Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 132 (2013)

Heft: 2

Artikel: Surveillance étatique et autorégulation des fondations classiques

Autor: Vez, Parisima

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895819

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 04.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Surveillance étatique et autorégulation des fondations classiques

Prof. Dr. Parisima Vez

Table des matières

A. Introduction 345
B. La justification de la surveillance étatique 346
I. L'évolution du concept de fondation 347
II. Les motifs de la constitution d'une fondation 348
III. Les motifs de la surveillance étatique 351
1. Présentation 351
2. Une appréciation critique 354
3. Quelques possibilités 355
a. L'interdiction des fondations à but économique 355
b. L'existence d'un intérêt public à la surveillance des fondations à but économique 357
c. Le réaménagement de la surveillance étatique 358
d. La suppression de la surveillance des fondations à but économique 359
4. Les propositions 361
C. L'organisation de la surveillance 362
I. Remarques introductives 362
II. Le système de surveillance à deux niveaux 367
1. La présentation du système 367
2. L'adéquation pour la surveillance des fondations classiques 368
III. Les angles de surveillance 372
1. La mission de l'autorité de surveillance 372
2. La répartition des tâches entre l'organe de révision et l'autorité de surveillance 374
a. Remarques préliminaires 374
b. La détermination de l'ampleur de la révision 375
c. La détermination de l'ampleur de la surveillance par l'autorité 378
ca. Le contrôle des comptes 378
cb. Le contrôle de la gestion 381
3. Une appréciation critique 383
IV. Les mesures de surveillance 385
1. Généralités 385
2. L'opportunité d'une énumération des mesures de surveillance dans un acte législatif fédéral 386
3. Les limites de la surveillance 388
a. Le principe de la légalité 389
b. Le principe de la proportionnalité 391
D. La responsabilité civile de l'autorité de surveillance 391
I. Remarques introductives 391
II. L'illégalité 392
III. L'illicéité 393
E. L'autorégulation 395
I. Notion, formes et effets 395
II. L'autorégulation dans le secteur des fondations classiques 397
1. En général 397
2. Les normes suisses d'autorégulation des fondations 398
a. La certification 399

b. Le «Swiss NPO-Code» 400
c. Le «Swiss Foundation Code» 400
3. Les principes fondamentaux communs 401
a. La réalisation efficace du but de la fondation 401
aa. Le respect du but 401
ab. Une organisation appropriée 402
ac. Des activités efficientes 402
ad. Une gestion efficace du patrimoine 403
b. Les mécanismes de contrôle internes 404
ba. La notion 404
bb. Les instruments 405
bba. La séparation des niveaux de gestion 405
bbb. Le système de contrôle interne 406
c. La transparence 408
F. Conclusions 409

A. Introduction

Durant près d'un siècle les dispositions du Code civil régissant les fondations n'avaient subi de modification autre que l'introduction en 1958 de l'article 89bis CC. Une première tentative de révision entreprise en 1989 à la suite de la motion du Conseiller aux Etats Iten[1] a été relativement rapidement enterrée, dès lors que son principal objet – l'interdiction pure et simple des fondations à but économique – avait rencontré une opposition farouche de la part des milieux libéraux[2].

En décembre 2000, le Conseiller aux Etats Schiesser a déposé une initiative parlementaire intitulée *«Révision de la législation régissant les fondations»*[3], laquelle visait principalement les aspects fiscaux du traitement des fondations en Suisse. Certes, quantitativement, les dispositions du Code civil subissaient une révision conséquente, puisque l'initiative modifiait sept des onze articles consacrés jusque-là aux fondations et en introduisait six nouveaux; cependant, la grande majorité de ces modifications ne faisaient que codifier les principes retenus depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence; les deux seules véritables nouveautés étaient l'introduction, d'une part, du droit pour le fondateur de requérir la modification du but de sa fondation, sans que le caractère ou la portée du but initial n'ait varié (art. 86a CC) et, d'autre part, de l'obligation pour les fondations de se doter d'un organe de révision (art. 83b s. CC). Cette initiative aboutit à la novelle du 8 octobre 2004 et les dispositions modifiées entrèrent en vigueur le 1er janvier 2006[4]. Chose relativement inhabituelle, avant même leur entrée en vigueur, un certain nombre de nouveaux articles avaient déjà subi une modification à l'occasion de l'adoption, par les Chambres fédérales, des dispositions légales portant une refonte totale du droit de la révision des personnes morales relevant du droit privé fédéral[5].

Tant l'avant-projet, rédigé en 1993, sur la base de la motion Iten que les deux révisions successives de 2004 et 2005, touchaient certains aspects de la surveillance des fondations, sans en révolutionner les règles.

Il faut dire que jusqu'il y a quelques années, la surveillance des fondations classiques n'était pas un thème. Elle l'est devenue, au niveau des autorités fédérales, à la suite de l'affaire Rau, fortement médiatisée, qui a intensément occupé

---

1 Motion n. 89.389, transformée en postulat le 19 septembre 1989 BOCE 1989 IV, p. 435. Cf. Harold Grüninger, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (éd.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4e éd., Bâle 2010–2011, CC 80–89bis N 10 ss.

2 Roger Schmid, Die Unternehmensstiftung im geltenden Recht, im Vorentwurf zur Revision des Stiftungsrechts und im Rechtsvergleich, thèse Zurich 1997, p. 114 ss.

3 Initiative parlementaire n. 00.461, BOCE 2001, p. 260.

4 RO 2005, p. 4545 ss.

5 Loi fédérale du 16 décembre 2005, portant modification du Code des obligations (Droit des sociétés à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), entrée en vigueur le 1er janvier 2008, RO 2007, p. 4791.

les Chambres fédérales, le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral depuis la fin des années 1990. Le rideau semble être définitivement tombé sur cette affaire avec l'adoption, le 27 février 2013, par le Conseil fédéral, de deux rapports[6], lesquels concluent qu'il n'est pas nécessaire de réviser le droit des fondations, en particulier la surveillance de celles-ci.

Pourtant d'autres événements passés presque inaperçus auraient dû inciter nos autorités à mener une réflexion plus approfondie sur le principe et les modalités de la surveillance des fondations classiques. Il s'agit en particulier de l'arrêt de principe du Tribunal fédéral reconnaissant explicitement l'admissibilité des fondations à but économique[7], des problèmes structurels rencontrés dans la surveillance des fondations de prévoyance professionnelle ayant abouti à la révision du 19 mars 2010 (Réforme structurelle)[8] ou encore les efforts d'autorégulation qu'a entrepris le secteur des fondations pour en améliorer la gouvernance[9].

Le propos de la présente contribution est d'examiner l'adéquation de la réglementation actuelle, d'une part sous l'angle de la surveillance administrative des fondations classiques, en mettant en exergue les faiblesses du système et en esquissant des solutions permettant de les pallier. D'autre part, de présenter les efforts privés, relativement récents, tendant à une autorégulation dans le secteur des fondations en Suisse.

B. La justification de la surveillance étatique

La fondation ordinaire est la seule personne morale du droit privé fédéral soumise, *en raison de sa forme juridique*, à une surveillance étatique[10].

D'autres personnes morales du droit privé peuvent être soumises à une surveillance non pas en raison de leur forme juridique, mais de *l'activité* qu'elles exercent[11]; il s'agit, outre les institutions de prévoyance professionnelles[12], des

---

6 Département fédéral de l'intérieur, *Bericht zum Modell einer Oberaufsicht bei klassischen Stiftungen*, 9 décembre 2012, disponible uniquement en allemand, http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-02-27/ber-edi-d.pdf (dernière consultation, 3 avril 2013).
Conseil fédéral, *Fondations. Renforcer l'attractivité de la Suisse*, Rapport du 27 février 2013 proposant le classement de la motion Luginbühl 09.3344 du 20 mars 2009, FF 2013, p. 1981 ss.

7 ATF 127 III 337, SJ 2002 I 193.

8 En vigueur depuis le 1er janvier 2012, RO 2011, p. 3393; FF 2007, p. 5381.

9 Cf. ci-dessous point E.II.

10 Hans Michael Riemer, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60–89bis ZGB) mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52–59 ZGB), Berne 2012, CC 84 N 2.

11 Schmid (note 2), p. 136. Cf. aussi Jost Gross, Staatshaftung für unterlassene Finanzaufsicht, PJA 2002, p. 747 ss.

12 Art. 61 ss de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40).

entités soumises à la loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers[13], en particulier les banques[14], les entreprises d'assurances[15] et les gestionnaires des placements collectifs[16]. Le but commun de la surveillance de ces entités est, d'une part, de protéger les créanciers, les investisseurs et les assurés et, d'autre part, d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers de façon à contribuer à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 5 LFINMA).

Les motifs de la surveillance des fondations classiques sont tout autres. Pour pouvoir les évoquer et les évaluer (III), il faut au préalable esquisser l'évolution du concept de fondation (I), puis déterminer pour quels motifs une personne décide de constituer une fondation (II).

I. L'évolution du concept de fondation

En tant que personnes morales de droit privé, les fondations sont une création relativement récente, dont l'origine en Europe ne remonte qu'au dix-neuvième siècle[17]. En Suisse, avant l'unification du droit privé fédéral, les codes civils cantonaux ne contenaient que peu de dispositions traitant de masses de biens affectées à un but; les contours de cette institution n'étaient ainsi que faiblement définis[18].

Lors de l'élaboration du Code civil au début du vingtième siècle, la conception dominante était qu'une fondation classique devait nécessairement avoir les trois caractéristiques suivantes: **1°** être érigée par une personne physique, **2°** avoir un but idéal – par opposition à un but économique – et **3°** être exclusivement, ou du moins principalement, alimentée par des biens provenant du patrimoine du seul fondateur[19]. C'est dans cette optique, c'est-à-dire pour s'assurer que la collectivité puisse effectivement profiter de l'existence de la fondation, que le législateur a élaboré des règles concernant la surveillance étatique des fondations et a soumis

13 Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA; RS 956.1).

14 Art. 23 ss de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0).

15 Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA; RS 961.01).

16 Art. 132 ss de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs des capitaux (LPCC; RS 951.31).

17 Reiner Schulze, Die Gegenwart des Vergangenen – Zu Stand und Aufgaben der Stiftungsrechtsgeschichte, in: Klaus J. Hopt/Dieter Reuter (éd.), Stiftungsrecht in Europa, Cologne 2001, p. 55 ss, en particulier, p. 67 s.

18 Hans Michael Riemer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Das Personenrecht, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80–89bis ZGB, t. I/3/3, 3e éd., Berne 1975 (réimpression 1981), Syst. Teil, N 563 et les références citées; Alexandra Zeiter, Neues zur Unterhaltsstiftung, RSJ 2001, p. 451 ss, p. 454 et les références citées.

19 Parisima Vez, La fondation: lacunes et droit désirable. Une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC, thèse Fribourg, Berne 2004, N 121 ss et les références citées.

à des conditions rigides leurs modifications subséquentes et leur dissolution. Certes, cette conception restrictive n'a pas empêché que, dans les premières années après l'entrée en vigueur du Code civil, la forme juridique de fondation soit utilisée à des fins étrangères à celles pour lesquelles l'institution avait été conçue, en particulier pour réaliser des économies fiscales, voire pour frauder le fisc[20]. Toutefois, cette pratique a été rapidement abandonnée à la suite de l'adoption de dispositions fiscales idoines.

Cela étant, le législateur n'a pas prévu un autre support juridique permettant de disposer d'un sujet de droit indépendant, constitué d'une masse de biens personnalisée, affectée à la poursuite d'un but déterminé, de nature purement privée. Ce vide a été partiellement comblé par la pratique[21]. C'est ainsi qu'on a vu se développer des fondations à but économique[22] et de puissantes fondations de famille[23], poursuivant, dans les faits, des buts qui dépassent largement ceux que permet l'article 335 CC[24]. De même, la pratique a vu l'émergence de fondations d'intérêt public constituées au moyen d'un capital initial symbolique, par une ou plusieurs personnes physiques ou morales privées, par une collectivité publique ou par les deux ensemble, servant de simple support juridique récipiendaires de subventions publiques, lesquelles constituent leurs ressources exclusives. La réglementation légale n'a pas suivi cette évolution.

II. Les motifs de la constitution d'une fondation

Traditionnellement, la fondation évoque non seulement une idée de bienfaisance, mais aussi de la probité; elle suscite la confiance tant du monde politique que de la société en général[25]. Lorsque son but est d'intérêt collectif, la fondation joue un rôle non négligeable dans la vie publique en assumant des tâches qui relèvent, en principe, du secteur étatique[26].

---

20 A cet égard, les exemples cités par ARNOLD SCHLUMPF, Steuerumgehung mittels Errichtung einer Stiftung im interkantonalen Verhältnis, RSJ 1945, p. 200 ss, tous tirés de la pratique des tribunaux dans les années 1920–1940, sont particulièrement évocateurs. Cf. aussi AUGUST EGGER, Rechtsprobleme der Familienstiftung, in: Walther Hug (éd.), Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, t. II, Zurich 1957, p. 43 ss, p. 49 ss.

21 Selon ADOLF FRIEDRICH SCHNITZER, Trust und Stiftung, RSJ 1965, p. 198, *«Wenn … das strikte Recht nicht den Erfordernissen der Zeit und den Wünschen der interessierten Personen entspricht, finden diese immer Mittel, die Praxis den Bedürfnissen anzupassen»*. Cf. aussi PEIDER MENGIARDI, Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, RDS 1968 II, p. 25 ss et 204 ss.

22 Pour quelques exemples, cf. HANS RAINER KÜNZLE, Stiftungen und Nachlassplanung, in: Hans Michael Riemer (éd.), Die Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis, Zurich 2001, p. 1 ss, p. 19 ss.

23 Pour quelques exemples de fondations de famille, cf. KÜNZLE (note 22), p. 13 s.

24 Ainsi Sandoz – fondation de famille; cf. www.sandozfondation.ch (dernière consultation, le 3 avril 2013).

25 BERNHARD HAHNLOSER, Stiftungsland Schweiz. Ein Überblick für die Praxis mit Schwergewicht auf der Stiftungsaufsicht, Schriftenreihe proFonds, Heft 7, Bâle 2004, p. 8.

26 GRÜNINGER (note 1), CC 80–89bis N 2; DOMINIQUE JAKOB, Schutz der Stiftung: die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, thèse Tübingen 2006, p. 3.

De manière générale, les ouvrages consacrés au droit des fondations ne traitent que marginalement des motifs de la constitution d'une fondation. Preuve en soit le commentaire bernois de Riemer – l'ouvrage de référence par excellence en droit suisse des fondations – qui, en un seul paragraphe, évoque le vœu du fondateur, d'une part, de voir se réaliser son idée charitable, d'utilité générale et désintéressée et, d'autre part, d'assouvir le besoin foncièrement humain d'immortalité; il termine en mentionnant que d'autres motifs, notamment de caractère fiscal, peuvent aussi entrer en ligne de compte, sans en dire davantage[27]. Les autres commentateurs ne vont guère plus loin[28].

En glanant çà et là, on peut considérer que le choix de la forme de fondation se fait notamment pour les motifs essentiels suivants:

1 **La philanthropie**. La fondation permet au fondateur de lier tout ou partie de sa fortune à une idée charitable, d'intérêt général et désintéressée, consignée dans l'acte de fondation, en principe immuable, et d'en assurer ainsi la pérennité[29].

2 **La perpétuation de la mémoire du fondateur**. La fondation est le véhicule idéal pour une personne de se constituer un mémorial au-delà de son existence[30].

3 **La prise d'influence sur les priorités étatiques**. Constituer au moyen d'une fortune considérable une fondation – fiscalement exonérée – avec un but ciblé, par exemple dans le domaine de la recherche, de la formation ou de la culture, permet d'orienter les priorités politiques, puisqu'à défaut de la fondation, l'impôt sur ladite fortune serait versé à la caisse générale de l'Etat dont ce dernier serait libre de disposer[31].

4 **La neutralité et l'indépendance**. La constitution de la fondation permet de disposer d'une plate-forme politiquement neutre et économiquement indépendante pour assurer aux fondateurs et aux donateurs subséquents la poursuite d'un but commun, sans qu'aucun d'entre eux ne puisse marquer la fondation de son empreinte personnelle; il en est ainsi notamment lorsque plusieurs collectivités publiques et/ou personnes privées, d'horizons et

---

27 Riemer (note 18), Syst. Teil N 48.

28 Grüninger (note 1), CC 80–89bis N 2; Thomas Sprecher/Ulysses von Salis-Lütolf, Die schweizerische Stiftung. Ein Leitfaden, Zurich 1999, p. 34.

29 ATF 102 II 161 c. 4b, JdT 1978 I 237; ATF 96 II 273 c. 9b, JdT 1972 I 162; ATF 93 II 439 c. 3c, JdT 1969 I 37; ATF 89 II 437; Max Gutzwiller, Die Stiftungen, Schweizerisches Privatrecht, t. II, Bâle et Stuttgart 1967, p. 571 ss, p. 577; Riemer (note 18), Syst. Teil N 48; Sprecher/von Salis-Lütolf (note 28), p. 32 et 34; Diego Vieli, Die Kontrolle der Stiftungen, insbesondere der Personalvorsorgestiftungen (Kontrollstelle und Experte für berufliche Vorsorge), thèse Zurich 1984, p. 2; Hans Wipfli, Besteuerung der Vereine, Stiftungen und übrigen juristischen Personen nach den Bundesgesetzen (DBG und StHG) und den kantonalen Steuerverordnungen, Berne 2001, p. 113.

30 Grüninger (note 1), CC 80–89bis N 4; Hahnloser (note 25), p. 8.

31 Hahnloser (note 25), p. 8; Jakob (note 26), p. 93 s.

d'idéologies divers, fondent et financent ensemble un musée, une école, un hôpital ou un orchestre[32].

5 **La prospérité d'une entreprise**. La fondation permet d'assurer la continuité[33] et l'indépendance d'une entreprise[34], de promouvoir les employés de celle-ci[35] en leur octroyant des avantages financiers (participation) ou en leur donnant un pouvoir de décision[36].

6 **Les avantages fiscaux**. Il n'est pas rare qu'une association poursuivant un but à la fois d'intérêt public et privé, telle qu'un club-services, constitue une fondation, généralement au moyen de contributions de ses membres (dons ou legs), pour poursuivre son but d'intérêt public; dans ce cas, la fondation bénéficiera pleinement d'une exonération fiscale[37].

7 **La recherche de bénéfices indirects**. Certaines institutions détachent de leur patrimoine une masse de biens qu'elles affectent à une fondation pour que leurs moyens propres apparaissent moins élevés au bilan et que la recherche de sponsors soit ainsi facilitée[38].

8 **Les exigences des collectivités publiques pourvoyeuses de subventions**. De plus en plus, pour pouvoir bénéficier de subsides étatiques, les institutions poursuivant un but d'utilité publique se voient contraintes de s'organiser sous la forme de fondation, plutôt que sous celle d'une association, car on estime que dans ce dernier cas, la stabilité de la poursuite du but n'est pas suffisamment garantie, dès lors que la modification des statuts peut intervenir (trop) facilement[39].

D'aucuns relèvent encore l'existence d'une surveillance étatique à la fois efficace et discrète; la confiance du public, la stabilité politique et monétaire de la Suisse voire la réglementation libérale du droit des fondations comme motifs de constitution d'une fondation[40]. Pourtant, il s'agit là non pas d'un motif de *constitution*, mais tout au plus de celui du *choix de la Suisse* comme Etat d'incorporation de la fondation.

---

32 Cristian Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zurich 2000, N 1312; Sprecher/von Salis-Lütolf (note 28), p. 35.

33 Harold Grüninger, Unternehmensstiftung in der Schweiz: Zulässigkeit – Eignung – Besteuerung, thèse Bâle, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1984, p. 4 et les références citées; Schmid (note 2), p. 21 s.

34 Il s'agit généralement de sociétés de révision ou de fiduciaires; cf. Grüninger (note 33), p. 5; Schmid (note 2), p. 23 s, 131 s.

35 Schmid (note 2), p. 24; Sprecher/von Salis-Lütolf (note 28), p. 32; Wipfli (note 29), p. 116.

36 Grüninger (note 33), p. 5.

37 Brückner (note 32), N 1299; Riemer (note 18), Syst. Teil N 48 *i.f.*; Sprecher/von Salis-Lütolf (note 28), p. 32 et 34.

38 Brückner (note 32), N 1299.

39 Hahnloser (note 25), p. 9.

40 Hahnloser (note 25), p. 9 s. et 31; Sprecher/von Salis-Lütolf (note 28), p. 34.

III. Les motifs de la surveillance étatique

1. Présentation

La détermination des motifs de la surveillance étatique des fondations classiques est nécessaire non seulement pour savoir si, compte tenu de l'évolution qu'a subie le concept de la fondation[41], une surveillance généralisée est encore justifiée, mais aussi dans la perspective d'une éventuelle responsabilité civile de la collectivité publique pour les dommages causés à la suite d'une défaillance de surveillance[42].

Les travaux préparatoires du Code civil de 1907 ne mentionnaient pas explicitement les motifs de la soumission des fondations à la surveillance étatique[43]. Le projet de Code de 1905 (art. 93) se bornait à instaurer cette surveillance et à indiquer les tâches de l'autorité de surveillance qu'étaient **1°** de pourvoir à ce que les biens des fondations soient conservés et employés conformément à leur but (art. 93 al. 3 P-CC), **2°** de concourir à la modification de l'organisation et du but de la fondation (art. 95 et 96 P-CC) et **3°** de provoquer la dissolution d'une fondation dont le but serait devenu illicite ou immoral (art. 98 P-CC). Eugen Huber, rapporteur de langue allemande de la commission parlementaire, justifiait principalement l'intervention de l'autorité de surveillance par le fait que souvent l'organisation prévue par le fondateur, incompétent ou mal renseigné, n'était pas suffisante et que de ce fait l'autorité devait pallier les lacunes de l'organisation de la fondation. Il relevait tout de même qu'il n'était pas nécessaire de soumettre à surveillance les fondations de famille, car disait-il ces dernières sont normalement concernées par des situations qui n'ont rien à voir avec les préoccupations de l'Etat, de la commune ou des autorités[44]. On peut en déduire que dans l'esprit du législateur de 1907, la surveillance étatique ne pouvait se justifier que par l'existence d'un intérêt public à la poursuite du but de la fondation.

Les publications qui ont immédiatement suivi l'adoption (en 1907), puis l'entrée en vigueur du Code civil (en 1912), mentionnaient aussi la sauvegarde de l'intérêt public comme l'unique motif de la surveillance des fondations[45].

---

41 Cf. ci-dessus point B.I.

42 Cf. ci-dessous point D.

43 On peut toutefois mentionner l'intervention d'Isler, membre de la commission d'experts, selon laquelle «*Bei die Familienstiftungen, die nur Privatinteressen dienen und die Aussenwelt nicht berühren, besteht nicht die gleiche Notwendigkeit noch Rechtfertigung für eine Aufsicht durch die Verwaltungsbehörde. Die Aufsicht soll hier durch den Richter auf Klage hin geübt werden … Die einschneidenden Aufsichtsrechte dieses Abschnittes würden nur bei Stiftungen zu öffentlichen Zwecken Anwendung finden*», Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Expertenkommission, Sitzung vom 11. Oktober 1901, p. 79.

44 Bull. Sten CN 1905 vol. II, p. 487: «*bei Familienstiftungen es sich ganz regelmässig um Verhältnisse handelt, mit denen der Staat die Gemeinde und die Behörden nichts zu tun haben sollen*». Cf. aussi EUGEN HUBER, Zehn Vorträge des Herrn Prof. E. Huber über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, vervielfältigt, Berne 1911, p. 72.

45 M. HÜRLIMANN, Die Stiftungen. Ihre Behandlung im zukünftigen schweizerischen Zivilgesetzbuch, thèse Leipzig 1907, p. 108; ERNST HAFTER, Berner Kommentar zum schweize-

Une dizaine d'années plus tard, un nouveau motif a été évoqué par la doctrine: la protection des intentions du fondateur. Alors que certains auteurs étaient d'avis que ces deux motifs devaient être considérés comme équivalents[46], d'autres donnaient la préséance à la protection de l'intérêt public[47] et d'autres encore à celle des intentions du fondateur[48]. Bien plus tard, Gutzwiller a estimé que la surveillance des fondations ne devait avoir pour but que la protection des intentions du fondateur[49]; à l'appui de son opinion, qu'il fondait sur le principe de la liberté du fondateur, il citait des exemples de buts poursuivis par les fondations (étudiants de telle faculté, carnaval de Bâle, sauvegarde d'un immeuble), lesquels ne présentaient à ses yeux aucun intérêt public mais l'intérêt particulier d'un cercle restreint de destinataires.

En 1970, se prononçant sur la recevabilité du recours de droit administratif contre les décisions de l'autorité de surveillance des fondations, le Tribunal fédéral a estimé que, dans le cas qui lui était soumis, on ne pouvait pas se fonder sur la théorie des intérêts[50] pour délimiter le droit privé et le droit public dès lors que les prescriptions sur la surveillance des fondations ont été prises aussi bien dans l'intérêt public que privé, sans que l'on puisse dire lequel de ces deux buts prédomine[51]. Cette conception est aujourd'hui encore celle que suit la doctrine[52].

Invoquant les travaux préparatoires du Code civil, Riemer[53] considère aussi que la protection de l'intérêt public est ce qui a motivé le législateur à introduire une surveillance étatique des fondations. C'est également parce que les fondations de famille et, dans une certaine mesure, les fondations ecclésiastiques ne poursuivent aucun but d'intérêt public qu'elles sont soustraites à la surveillance (art. 87 al. 1 CC). Selon cet auteur, dans l'esprit du législateur, chaque fondation se rattache par son but à une collectivité publique (art. 84 al. 1 CC). La mission que poursuit la fondation est identique ou similaire à l'une des

---

rischen Privatrecht. Das Personenrecht (Art. 11–89 ZGB), Berne 1910, CC 84 N 1; PETER TUOR, Das neue Recht, Zurich 1912, § 17 II; A. MARTIN, Des fondations en droit civil suisse, SJ 1915 I, p. 513 ss, p. 529 s.

46 WALTER EDUARD HINDERMANN, Der Stiftungszweck, RDS 1928, p. 225 ss, p. 246 s.; ROBERT EBERLE, Die Behandlung der Stiftungen im schweizerischen Recht, thèse Berne 1929, p. 136 et 139.

47 M. SCHWEIZER, Die kantonale Ausführung des schweizerischen Stiftungsrechtes, thèse Bâle 1948, p. 23 et 132.

48 RUDOLF SCHWEIZER, Die Beaufsichtigung der Stiftungen nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1927, p. 11 s. et 62; JOSEPH STOECKLIN, Die Revision von Stiftungsstatuten und die Anlage des Stiftungsvermögen (unter besonderer Berücksichtigung der Personalfürsorgestiftungen), thèse Bâle 1949, p. 61 s.; HANS GEROLD WIRZ, Die Personal- Wohlfahrtseinrichtungen der Schweizerischen Privatwirtschaft, thèse Berne 1955, p. 184 s. et 328.

49 GUTZWILLER (note 29), p. 616.

50 Théorie selon laquelle une règle est de droit public si elle a été édictée essentiellement et en première ligne dans l'intérêt public.

51 ATF 96 I 406 c. 2b, JdT 1972 I 124, jurisprudence confirmée par la suite dans ATF 105 II 70 c. 3b, JdT 1980 I 23; ATF 111 II 97 c. 3a, JdT 1987 I 322.

52 GRÜNINGER (note 1), CC 84 N 1; SCHMID (note 2), p. 137; VIELI (note 29), p. 14.

53 RIEMER (note 18), CC 84 N 48.

tâches de l'Etat; c'est à ce dernier que reviendrait d'agir, en lieu et place de la fondation, si celle-ci n'existait pas ou si elle n'était pas en mesure de poursuivre son but[54]. Pour Riemer, la protection de la volonté du fondateur, de son côté, doit être considérée comme le critère permettant de concrétiser, dans chaque cas, la mission de l'autorité de surveillance. Pourtant, curieusement, l'auteur ajoute que l'autorité de surveillance doit être garante du respect de la volonté du fondateur même lorsque cette volonté contredit ou ne correspond à aucun intérêt public[55]. Il cite comme exemples les cas dans lesquels le cercle des destinataires est fort limité ou celui où le but de la fondation est de ceux qu'aucune collectivité publique ne souhaiterait poursuivre (tel que la promotion de l'astrologie). L'auteur écarte encore d'un revers de main l'opinion[56] selon laquelle les fondations poursuivant un but d'intérêt public devraient être surveillées plus intensément que celles ayant un cercle restreint de destinataires, faute d'une base légale permettant de telles nuances.

On peut admettre que, dans la mesure où les fondations poursuivent généralement des buts qui intéressent, de près ou de loin, la collectivité, il existe un *intérêt public* à ce que les biens de la fondation soient employés conformément à leur destination[57]. Le rôle de la surveillance étatique est ainsi d'éviter que les organes de la fondation ne privilégient leurs propres intérêts au détriment de ceux de la fondation[58], donc de ceux de la collectivité.

La justification le plus souvent invoquée pour considérer que la surveillance a pour but de protéger les *intentions du fondateur* consiste à dire que contrairement aux corporations, les fondations n'ont ni membres ni propriétaires qui puissent former leur volonté et contrôler la manière dont leurs organes exécutifs gèrent les affaires[59] et la légalité des actes de ces derniers; il appartient dès lors à l'Etat de pallier ce manque de support humain[60] pour protéger ainsi les intentions du fondateur[61]. La protection des destinataires de la fondation est aussi parfois évoquée dans ce contexte[62].

---

54 ATF 105 II 321 c. 3b, JdT 1981 I 99; ATF 72 I 52 c. 2, JdT 1946 I 604; ATF 56 I 377 c. 2; RIEMER (note 18), Syst. Teil N 406.

55 Dans le même sens: SCHWEIZER (note 48), p. 62, qui considère que l'autorité de surveillance ne doit tenir compte de l'intérêt public que si celui-ci concorde avec les intentions du fondateur.

56 Soutenues par SCHWEIZER (note 48), p. 74 et SCHWEIZER (note 47), p. 151.

57 EBERLE (note 45), p. 126 s.; GRÜNINGER (note 1), CC 84 N 1; SCHMID (note 2), p. 137; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 166.

58 FELIX SCHMID, Die Stiftungsaufsicht in der Schweiz, ECS 7–8/1995, p. 649 s.

59 SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 38; WIPFLI (note 29), p. 120.

60 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Grundlagenbericht zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht*, 23 décembre 2010, http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-02-23/ber-ejpd-2010-d.pdf (dernière consultation, le 3 avril 2013), p. 2 *i.f.*; GRÜNINGER (note 1), CC 84 N 1; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 159 et 165.

61 GUTZWILLER (note 29), p. 616.

62 MARCO LANTER, Aufgaben und Verantwortlichkeit in der Stiftung, Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft für gemeinnützige Stiftungen, 6e cahier, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, p. 29;

2. *Une appréciation critique*

L'opinion selon laquelle la surveillance étatique sert à la fois la protection de l'intérêt public et celle des intentions du fondateur peut être suivie aussi longtemps que ces deux finalités sont convergentes. En revanche, il nous semble insensé de retenir que l'autorité de surveillance doit garantir le respect de la volonté du fondateur lorsque celle-ci ne représente aucun intérêt général voire contredit ce dernier, par exemple l'intérêt fiscal[63] de la collectivité publique.

Les arguments étayant la surveillance étatique par la protection des intentions du fondateur ne nous semblent pas pertinents pour plusieurs raisons: **1°** A partir du moment où la fondation est valablement constituée, elle quitte la sphère d'influence du fondateur, à moins que ce dernier ne se soit réservé un siège au conseil de fondation. Or s'il n'est pas membre de l'organe suprême, il n'aura pas son mot à dire dans les décisions que prendra l'autorité de surveillance pour sa fondation; s'il en est membre, il pourra, suivant les circonstances, en être révoqué, sur décision ou avec la bénédiction de l'autorité de surveillance, si l'intérêt de la fondation l'exige. N'y a-t-il pas là une contradiction pour la mission de l'autorité de surveillance? **2°** Après le décès du fondateur, qu'est-ce qui justifie que l'Etat protège l'œuvre de celui-là, contre les organes et qu'il n'en fasse pas de même pour celle du constituant décédé d'une autre personne morale – si ce n'est l'intérêt public à l'existence de la fondation? **3°** Un raisonnement semblable peut être tenu pour le contrôle de la légalité des actes des membres du conseil de fondation: pourquoi l'Etat ne contrôle-t-il pas aussi la légalité des actes du conseil d'administration d'une société cotée en bourse, bien que les actionnaires, dispersés, ne soient pas à même d'exercer eux-mêmes un contrôle efficace[64]?

Selon l'opinion ici défendue, une surveillance étatique ne saurait se justifier que si la collectivité publique a un intérêt à la poursuite du but d'une fondation. Erigée au rang d'un principe constitutionnel (art. 5 al. 2 Cst. féd.), l'existence d'un intérêt public est la raison d'être de toute activité administrative; il n'y a aucune raison que les autorités de surveillance des fondations fassent exception à cette règle[65]. A cet égard, on pourrait établir un parallèle avec l'article 246 al. 2 CO. A teneur de cette disposition, *«l'autorité compétente peut, après la mort du donateur, poursuivre l'exécution d'une charge imposée dans l'intérêt public»*. On constate ainsi que l'autorité étatique n'intervient qu'à la double condition que **1°** la charge imposée au donataire le soit dans l'intérêt public et que **2°** le donateur soit décédé, autrement dit, qu'il ne puisse pas lui-même veiller à l'exécution de la charge. Les analogies entre la constitution d'une fonda-

---

SCHMID (note 2), p. 137. Cf. cependant JAKOB (note 26), p. 370 s., qui estime – à juste titre – que l'autorité de surveillance n'a pas à protéger les intérêts des destinataires.

63 ATF 99 Ib 255 c. 3, JdT 1974 I 151; JAAC 1948–1950, p. 111 ss.

64 Cf. ci-dessous point E.II.3.b.

65 VEZ (note 19), N 968 et les références citées.

tion et une donation grevée de charges justifieraient qu'on leur applique des règles similaires.

3. *Quelques possibilités*

Si l'on retient l'existence d'un intérêt public comme seul motif de l'intervention de l'autorité de surveillance, encore faut-il déterminer le sort à réserver à la surveillance des fondations qui n'ont aucun intérêt direct pour la collectivité, parce qu'elles poursuivent un but de nature purement privée, c'est-à-dire principalement économique.

Le but de la fondation est économique lorsque les prestations de celle-ci sont versées sans contre-prestation et sans condition à un cercle limité de personnes[66]. Dans la mesure où, en élaborant les règles relatives aux fondations, le législateur n'avait pas envisagé ce type de fondations, la loi ne contient aucune disposition régissant leur statut. L'admissibilité de telles fondations, longtemps controversée par la doctrine[67], a été expressément reconnue par le Tribunal fédéral il y a plus de dix ans[68]. Selon celui-ci, la loi ne contient pas de limitation des buts d'une fondation classique, contrairement à ce qu'elle prévoit pour les associations (art. 60 al. 1 CC); c'est pourquoi il n'existe aucune base légale expresse pour limiter la liberté du fondateur en interdisant les fondations à but économique. Par ailleurs, même si l'on peut douter de la nécessité d'une surveillance étatique de telles fondations ou de l'opportunité économique de lier le capital d'une entreprise à une personne morale, la réponse à ces questions n'appartient pas à la pratique mais au législateur ou au fondateur. Or force est de constater que dans les faits, le besoin d'affecter durablement un patrimoine à la poursuite d'un but économique a parfois le pas sur les inconvénients découlant d'une surveillance étatique ou de la rigidité de la forme de fondation.

Pour régler le sort des fondations à but économique, sous l'angle de leur soumission à la surveillance étatique, le législateur pourrait envisager quatre solutions: les interdire **(a)**, en justifier la surveillance par l'existence d'un intérêt public **(b)**, réaménager la surveillance étatique pour les adapter aux fondations à but économique **(c)** ou encore renoncer à la surveillance administrative de ces fondations **(d)**.

a. *L'interdiction des fondations à but économique*

La solution la plus radicale est celle que prévoyait l'avant-projet pour une révision du Code civil en 1993 élaboré à la suite de la motion Iten[69], laquelle char-

---

66 VEZ (note 19), N 181 et les références citées.

67 VEZ (note 19), N 183 ss et les nombreuses références citées. Cf. aussi HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3e éd., Berne 2012, N 19.94 ss.

68 ATF 127 III 337 c. 2, SJ 2002 I 193.

69 Motion n. 89.389, transformée par la suite en postulat, BOCE 1989 IV, 435 s.

geait le Conseil fédéral *«de réviser le droit des fondations et notamment d'interdire les fondations d'entreprise à but exclusivement lucratif»*. L'élaboration de l'avant-projet et de son rapport explicatif a été confiée au Professeur Riemer[70]. Mettant en œuvre la motion, l'avant-projet interdisait purement et simplement les fondations à but économique. Cependant, l'interdiction n'était pas directement justifiée par l'absence d'un intérêt public à la surveillance de telles fondations. Le rapport explicatif alléguait simplement les inconvénients qu'engendrait pour l'Etat la surveillance des fondations à but économique: le manque de connaissances nécessaires pour surveiller la gestion commerciale de la fondation, la responsabilité que l'Etat pourrait encourir pour des activités commerciales de caractère privé et la surcharge des autorités de surveillance[71].

Or une question est de savoir quels sont les buts admissibles des fondations (seulement d'utilité publique ou n'importe quel but pour autant qu'il soit possible, licite et conforme aux mœurs), une autre est de savoir si tous les buts admissibles doivent être protégés avec la même intensité, avec les mêmes moyens de droit public[72]. En Suisse, la pratique a démontré qu'il existe un véritable besoin à l'admission des fondations à but économique. Ce besoin ne saurait être occulté en raison de quelques difficultés qu'allèguent certains pour les autorités de surveillance. Il existe d'autres moyens, bien moins drastiques, permettant d'éviter ces inconvénients, tout en conciliant intérêt public et intérêt privé[73].

En effet, le respect de la liberté des actes juridiques en général, et de la liberté de la fondation en particulier, postule que l'ordre juridique suisse n'interdise pas la création de fondations d'intérêt privé. Pour une personne ayant à l'esprit la possibilité de sa retraite et la certitude de sa mort, outre les instruments classiques que sont les dispositions pour cause de mort ou le contrat de mariage, la fondation constitue un outil intéressant de planification patrimoniale. La forme juridique de fondation est attrayante à plus d'un titre. Elle permet d'atteindre des objectifs qui ne peuvent pas être réalisés à l'aide d'autres institutions juridiques[74]. Parmi ces objectifs, on peut citer le désir légitime du fondateur d'assurer la perpétuation de l'entreprise qu'il a créée, d'accorder des avantages – matériels ou non – au personnel de son entreprise ou d'associer ce

---

70 Hans Michael Riemer, Aktuelle Revisionsbestrebungen im schweizerischen Stiftungsrecht, Schriftenreihe Arbeitsgemeinschaft für gemeinnützige Stiftungen, 2. Heft, Bâle 1991, p. 4.

71 Schmid (note 2), p. 109 ss et les références citées. Ces mêmes motifs étaient invoqués dans la motion à la base de l'avant-projet de 1993; de l'avis du motionnaire, si les organes d'une fondation à but économique faisaient défaut ou étaient incapables de remplir leur fonction, la gestion de la fondation incomberait à l'Etat, lequel serait alors contraint d'exercer une activité commerciale et endosser de ce fait une responsabilité; cf. Motion n. 89.389, BOCE 1989 IV, p. 435. Cf. aussi Kurt C. Schweizer, Zulässigkeit der Stiftung mit wirtschaftlichem Zweck. Standortbestimmung und Bemerkungen zu BGE 127 III 337 ff, in: Hans Michael Riemer/Reto Schiltknecht (éd.), Aktuelle Fragen zum Stiftungsrecht, unter Einbezug der geplanten Gesetzesrevision (Parlamentarische Initiative Schiesser), Berne 2002, p. 59 ss, p. 79 s. et les références citées.

72 Jakob (note 26), p. 61.

73 Cf. ci-dessous point A.III.3.d.

74 Vez (note 19), N 273 ss.

dernier à la conduite des affaires, en lui donnant le pouvoir de participer aux décisions de l'entreprise. On peut aussi concevoir le besoin légitime du fondateur d'accorder aux membres de sa famille, en particulier à ses descendants, le droit de jouir d'un patrimoine séparé (dépassant le cadre rigide de l'art. 335 CC), sans qu'ils puissent disposer de la substance des biens affectés à la fondation, biens qui seraient en outre soustraits à la mainmise des créanciers personnels des bénéficiaires. Enfin, les fondations d'intérêt privé présentent aussi des avantages indirects mais indéniables pour la collectivité: en déchargeant, dans une certaine mesure, l'Etat de l'aide sociale, en augmentant les recettes fiscales, en assurant la stabilité des places de travail, voire en augmentant l'attrait de la place financière suisse[75].

b. L'existence d'un intérêt public à la surveillance des fondations à but économique

Certains auteurs sont d'avis qu'il existe un intérêt public à la surveillance des fondations d'intérêt privé[76].

A l'appui de son opinion, Schiltknecht[77] cite l'exemple des déboires qu'a connus, au début des années 2000, la *«Kuoni und Hugentobler Stiftung»*[78] et du bon fonctionnement de la surveillance étatique dans ce cas. Les faits à la base de cette affaire étaient en résumé les suivants[79]. La fondation, créée en 1957, a pour but d'assurer le maintien durable du groupe de voyage Kuoni; sa participation au capital-actions du groupe lui confère la maîtrise effective de la société. En 2001, alors que la même personne présidait à la fois le conseil d'administration du groupe et le conseil de la fondation Kuoni, quelques membres du conseil d'administration se sont plaints à l'autorité de surveillance des fondations, relevant les indemnités extraordinairement élevées versées par la fondation aux membres de son conseil et en particulier au président[80]. Sur ce, l'autorité de surveillance a ordonné la suspension du droit de vote de la fondation lors de l'assemblée générale du groupe. Elle a ensuite révoqué et remplacé

---

75 Sur l'ensemble de ces objectifs, cf. VEZ (note 19), N 343 ss. Cf. aussi HANS SIEBER/LINDA ZURKINDEN-ERISMANN, Unternehmensstiftung als Instrument der Nachfolgeregelung, Gestaltungsmöglichkeiten und rechtliche Schranken, ECS 2006, 740 ss.

76 HERBERT KRONKE, Familien- und Unternehmensträgerstiftungen, in: Klaus J. Hopt/Dieter Reuter (éd.), Stiftungsrecht in Europa, Cologne 2001, p. 159 ss, p. 165; RETO SCHILTKNECHT, Corporate Governance und Stiftung – Ist das überhaupt ein Thema?, in: Hans Michael Riemer/Reto Schiltknecht (éd.), Aktuelle Fragen zum Stiftungsrecht, unter Einbezug der geplanten Gesetzesrevision (Parlamentarische Initiative Schiesser), Berne 2002, p. 41 ss, p. 54; HAROLD GRÜNINGER, Unternehmensstiftung, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (éd.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Berne 2010, p. 19 ss, p. 33 s.

77 SCHILTKNECHT (note 76), p. 51 ss.

78 Un extrait des statuts de cette fondation est publié dans RSJB 1980, p. 525 ss n. 6.

79 Pour une présentation complète des faits en français, cf. VEZ (note 19), N 739.

80 L'ensemble des indemnités versées aux membres du conseil – douze millions de francs – correspondait aux bénéfices réalisés durant les huit dernières années par la fondation.

les deux membres les plus contestés du conseil de fondation par deux personnalités intègres.

Selon Schiltknecht, l'autorité de surveillance devait veiller à ce que les biens de la fondation soient employés conformément à leur but, lequel est d'assurer l'indépendance financière du groupe Kuoni. Les efforts de l'autorité avaient pour but premier de rétablir l'autonomie et la crédibilité de la fondation, en particulier aux yeux des actionnaires et des collaborateurs et collaboratrices du groupe Kuoni. L'autorité a considéré que la disproportion évidente entre les indemnités versées aux membres du conseil de fondation et les moyens propres de cette dernière mettait en danger la réalisation du but. L'intervention courageuse de l'autorité de surveillance dans cette situation extraordinaire, dit Schiltknecht, a permis de sauver non seulement la fondation, mais aussi les entreprises concernées, ainsi que les milliers de collaborateurs et collaboratrices du groupe Kuoni.

C'est certainement une manière de voir les choses, mais nous ne la partageons pas. Si l'intérêt public sous-jacent à l'intervention de l'autorité de surveillance dans l'affaire Kuoni est le maintien d'un groupe de société prospère sur le territoire suisse, un tel intérêt existe pour le maintien de n'importe quelle entreprise d'une certaine importance, quelle qu'en soit la forme juridique. Or il n'en est rien. Il ne faut pas perdre de vue que si le holding n'était pas une fondation mais une société anonyme détenant la maîtrise du groupe et dont tous les actionnaires constituaient le conseil d'administration, aucune autorité administrative étatique n'aurait eu qualité pour intervenir.

Partant, de deux choses l'une: soit on retient qu'il n'existe pas d'intérêt public à la surveillance des fondations d'intérêt privé et donc on les y soustrait[81], soit on estime que le maintien d'une entreprise et des places de travail qu'elle génère est d'intérêt public et dans ce cas on doit soumettre au même type de surveillance toutes les entreprises d'une certaine importance, indépendamment de leur forme juridique.

c. *Le réaménagement de la surveillance étatique*

Pour une troisième partie de la doctrine[82], la solution consisterait à réaménager la surveillance étatique des fondations privées en s'inspirant des solutions retenues en matière de surveillance des banques et des assurances.

Développée bien avant que ne débutent les travaux législatifs qui ont mené à l'adoption de la loi sur la surveillance des marchés financiers[83], avant même que le droit de la révision ne soit modifié et alors que les fondations n'étaient

81 Cf. ci-dessous point B.III.3.d.

82 GRÜNINGER (note 33), p. 93 ss; SCHMID (note 2), p. 139 ss. Cf. Aussi SCHWEIZER (note 71), p. 79, qui évoque un réaménagement de la surveillance étatique, sans préciser dans quel sens.

83 Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA; RS 966.1).

pas encore légalement tenues de se doter d'un organe de révision, cette idée consistait à dire que le contrôle direct des fondations devait être confié aux organes de révision agréés par l'Etat, et dont les attributions iraient au-delà d'un simple contrôle de la conformité formelle de la comptabilité de la fondation. Cela permettrait à l'autorité de se limiter à la haute surveillance des fondations à but économique en s'appuyant largement sur l'organe de révision et n'intervenir qu'à titre subsidiaire. L'Etat serait ainsi déchargé tant du poids financier que de la responsabilité d'une surveillance complète des fondations à but économique.

Or, comme on l'a dit[84], la surveillance des marchés financiers a été instituée pour protéger l'intérêt public ou à tout le moins l'intérêt d'un large public (l'ensemble des créanciers et des assurés). Un tel raisonnement ne peut naturellement pas être tenu pour les fondations à but économique, lesquelles, par définition, ont un cercle limité de destinataires.

d. La suppression de la surveillance des fondations à but économique

La dernière solution – ici défendue – consisterait à soustraire à la surveillance administrative de la collectivité publique les fondations ne poursuivant pas un but d'intérêt public.

Evoquée quelques fois[85], sans jamais être vraiment approfondie, la suppression de la surveillance administrative des fondations à but économique constitue une solution satisfaisante aux inconvénients qu'engendrerait pour l'Etat la surveillance de telles fondations[86]: elle éviterait l'engagement de deniers publics pour mettre l'Etat en mesure de surveiller la gestion commerciale d'une fondation d'intérêt privé[87], dégagerait l'Etat de sa responsabilité pour la surveillance des activités commerciales de caractère privé et éviterait la surcharge des autorités de surveillance.

Par ailleurs, en plaçant la question de la surveillance des fondations dans un ensemble de règles cohérentes, on peut aboutir à ce que l'absence d'une surveillance administrative générale ne soit pas synonyme de l'absence de toute surveillance étatique:

1° Le **contrôle administratif lors de la constitution de la fondation**. Les fondations classiques ne peuvent acquérir la personnalité qu'en se faisant in-

---

84 Cf. ci-dessus point B.

85 Lors de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de 1993, ont évoqué cette idée les cantons de Thurgovie et de Vaud, ainsi que l'Association suisse des banquiers et la *Schweizerische Arbeitsgemeinschaft kultureller Stiftungen*. Cf. aussi SCHMID (note 2), p. 112 *i.f.* s.; HANS MICHAEL RIEMER, Die Unternehmensstiftungen im schweizerischen Recht, WuR 1985, p. 9 ss, 14; BOCE 1989 IV, p. 436.

86 Cf. ci-dessus point B.III.3. a.

87 Selon HANS MICHAEL RIEMER, Rechtsprobleme der Unternehmensstiftung, RSJB 1980, p. 489 ss, p. 503: *«Niemand bezahlt Steuern für Beamte, deren Aufgabe es ist, den andern Steuerpflichtigen möglichst viel wirtschaftliche Vorteile (Geld oder Sachvorteile) zukommen zu lassen»*!

scrire au registre du commerce (art. 52 al. 1 CC). L'obligation de s'inscrire a pour corollaire le devoir du préposé au registre du commerce de s'assurer que l'acte constitutif et les statuts de la fondation sont conformes au droit, tant formellement que matériellement[88].

2° Le **contrôle judiciaire dans une procédure contentieuse**. A l'instar des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques[89], soustraites à une surveillance administrative générale (art. 87 al. 1 CC), les fondations à but économique n'en seraient pas moins soumises à une surveillance judiciaire ponctuelle. Cependant, l'intervention du juge se limiterait aux cas litigieux.

3° Les dispositions spécifiques pour la **modification des statuts de la fondation**. Comme il n'y a aucun intérêt public au maintien du but ou de l'organisation d'une fondation à but économique, la loi devrait permettre au fondateur d'en modifier les statuts (but et organisation) à sa guise. Cependant, pour donner au fondateur un instrument permettant de l'assurer, dans une certaine mesure, du respect de sa volonté, il faudrait conférer au juge civil, après le décès du fondateur, la compétence d'autoriser, dans une procédure gracieuse, sur requête des organes de la fondation, la modification des statuts pour justes motifs[90].

2° Le renforcement des dispositions légales régissant la **responsabilité civile des organes** de la fondation. Contrairement au droit des sociétés commerciales[91], le droit des fondations ne contient pas de règles spécifiques étendant aux tiers les effets du contrat conclu entre l'organe et la fondation. La doctrine exclut l'application analogique des règles relatives à la responsabilité personnelle des organes d'une société commerciale à celle d'une fondation[92]. Pourtant, un régime sévère de responsabilité pour les organes d'une fondation à but économique se justifierait pour au moins trois raisons: *Premièrement*, comme une telle fondation n'a pas un organe comparable à l'assemblée générale d'une société anonyme à même de contrôler la gestion par l'organe exécutif, la loi devrait ouvrir à d'autres (p. ex. le destinataire ou un autre membre du conseil de fondation) la possibilité d'agir. *Deuxièmement*, un tel régime permettrait de renforcer la protection des créanciers de la fondation en étendant à ceux-ci les effets du contrat conclu entre l'organe et la fondation et ainsi d'évacuer l'une des principales objections élevées à l'égard de l'admission des fondations à but économique[93]. *Troisièmement*,

---

88 VEZ (note 19), N 465 ss et 471 ss.

89 GRÜNINGER (note 1), CC 335 N 6; RIEMER (note 18), Syst. Teil, N 121; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 203 *i.i.*

90 VEZ (note 19), N 1067.

91 Cf. art. 752 ss CO pour les sociétés anonymes, art. 769 CO pour les sociétés en commandite par actions, art. 827 CO pour les sociétés à responsabilité limitée et art. 916 ss CO pour les sociétés coopératives.

92 VEZ (note 19), N 654 ss et les références citées.

93 VEZ (note 19), N 198.

le régime spécifique de responsabilité civile permettrait un contrôle étatique indirect du fonctionnement de la fondation[94]. De même, pour l'organe de révision de la fondation, la loi devrait prévoir une norme de responsabilité civile comparable à celle prévue en droit des sociétés anonymes (art. 755 CO); ainsi l'organe de révision serait amené à répondre du dommage causé intentionnellement ou par négligence non seulement à l'égard de la fondation, mais aussi envers chaque créancier de la fondation, y compris des destinataires, pour autant que ces derniers soient titulaires d'un droit subjectif à l'égard de la fondation[95]. Pour mesurer l'étendue de la diligence attendue des organes de la fondation, à défaut de dispositions légales spécifiques, le juge pourrait se référer aux normes d'autorégulation développées par les organisations faîtières nationales[96].

4. *Les propositions*

Il découle des développements qui précèdent que la surveillance administrative des fondations classiques ne devrait plus être la règle, mais l'exception. Ainsi conçue, la surveillance administrative devient un service que l'Etat offre aux particuliers et non plus une contrainte qu'il leur impose. Autrement dit, deviendraient *privilégiées* les fondations soumises à une surveillance et non plus celles qui en seraient soustraites. La surveillance administrative serait ainsi une distinction accordée à la fondation, une marque de reconnaissance particulière de l'Etat, dont la fondation surveillée pourrait se prévaloir publiquement. Il faut dire qu'actuellement, selon le Tribunal fédéral[97], le fait pour une fondation de mentionner publiquement sa soumission à la surveillance de la Confédération constitue un abus du fait qu'une fondation est toujours soumise, de par la loi, à la surveillance et que la référence à l'autorité de surveillance crée l'apparence d'un encouragement particulier des autorités et sert de moyen de publicité trompeur pour des collectes de fonds.

La surveillance générale céderait ainsi le pas à une surveillance sélective qui serait instituée si un certain nombre de conditions matérielles et formelles étaient réunies: D'abord, pour bénéficier d'une surveillance administrative, la fondation devrait poursuivre nécessairement et exclusivement un but d'intérêt public[98]. Ensuite, une fondation ne serait assujettie à surveillance que sur requête expresse des organes de la fondation. Le but de cette règle est de renforcer l'idée que la surveillance est un service que l'Etat met à la disposition des entités privées; pour que ce service soit rendu, encore faut-il que l'administré en fasse la de-

---

94 VEZ (note 19), N 660 ss et les références citées.

95 VEZ (note 19), N 700 ss et les références citées.

96 Cf. ci-dessous point E.I.

97 ATF 105 II 70, JdT 1980 I 23. Cet arrêt a été approuvé par PETER LIVER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1979, RSJB 1981, p. 65 ss, p. 72 s.

98 Sur cette notion, cf. VEZ (note 19), N 251 ss.

mande. Enfin, dans la mesure où le refus de l'assujettissement n'aurait pas d'effet sur l'existence de la fondation, il faudrait reconnaître à l'autorité de surveillance une large marge d'appréciation non seulement de la notion d'intérêt public, appréciation qui est toujours tributaire du contexte socio-culturel du lieu et du moment de la constitution de la fondation [99], mais aussi, par exemple, si l'autorité a des doutes sur l'origine des biens affectés à la fondation (soupçons de blanchiment d'argent).

C. L'organisation de la surveillance

I. Remarques introductives

L'article 84 al. 1 CC place les fondations sous la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but. C'est ce dernier, ainsi que le rayon d'activité territorial de la fondation qui déterminent, dans chaque cas, l'autorité de surveillance compétente. A cet égard, ni la volonté du fondateur, ni le siège de la fondation ne jouent un rôle[100]. Selon le Tribunal fédéral, la surveillance doit être exercée par une seule collectivité: le partage de surveillance est inadmissible[101]. En application de cette disposition, les fondations dont le rayon d'activité s'étend à plusieurs cantons, à l'ensemble du territoire national voire au niveau international, sont soumises à la surveillance de la Confédération. La compétence de surveiller les autres fondations est déterminée par le droit cantonal; celui-ci peut prévoir que la surveillance est exercée par une autorité cantonale (art. 84 al. 1bis CC) ou laisser aux communes – voire aux districts[102] – la surveillance des fondations déployant leur activité sur le territoire respectif de ces collectivités.

Dans l'accomplissement de leur fonction, les unités administratives compétentes exercent une surveillance directe, sous leur propre responsabilité, sur les fondations qui leur sont assujetties; elles décident seules des mesures de surveillance. Les décisions et mesures prises par ces autorités ne sont soumises qu'à un contrôle judiciaire.

Le Code civil ne mentionne ni les angles sous lesquels les fondations doivent être surveillées ni, sauf quelques exceptions (art. 83d et 84a CC), les mesures de surveillance. La matière est ainsi largement régie par la pratique.

Jusqu'il y a une quinzaine d'année, cette organisation de la surveillance entre la Confédération et les cantons – en vigueur depuis l'entrée en vigueur du

99 Sibillia Cretti, Trust, fondation et patrimoine artistique. Aspects du droit fiscal, ECS 2002, p. 228 ss, p. 232.

100 Vez (note 19), N 786 et les références citées.

101 ATF 105 II 321 c. 3c, JdT 1981 I 99. Cf. aussi Vez (note 19), N 794 et les autres références citées.

102 ATF 56 I 377 c. 4; Vez (note 19), N 802 et les autres références citées.

Code civil – n'avait jamais été fondamentalement remise en question. Une première tentative d'énumérer dans le Code les principales mesures de surveillance (avant-projet de 1993) a été avortée avec l'abandon de l'avant-projet. Dans la mesure où cette énumération avait été critiquée avec véhémence dans le cadre de la procédure de consultation, elle n'a pas été reprise dans la révision du droit des fondations en 2004[103].

La situation a changé à la suite de ce qui est aujourd'hui encore convenu d'appeler *«l'affaire Rau»*. Cette affaire, fortement médiatisée en Suisse et à l'étranger, a occupé nos autorités fédérales durant plus d'une décennie. Voici les faits tels qu'ils peuvent être reconstitués à la lecture de nombreux rapports, interventions parlementaires, arrêts du Tribunal fédéral, coupures de presse ou documents publiés sur Internet.

Gustav Rau, né le 21 janvier 1922 à Stuttgart, était le fils unique d'un riche industriel allemand. Enrôlé à la Wehrmacht en 1941, il déserta l'armée peu de temps après. A l'issue de la Seconde Guerre mondiale, il obtint son diplôme en économie, puis dirigea la firme familiale jusqu'aux années 1960. Parallèlement, il entreprit les études de médecine qu'il acheva en 1969, en se spécialisant dans les maladies tropicales et en pédiatrie. En 1970, après le décès de son père, il vendit l'entreprise familiale pour aller exercer son art en Afrique. Il y érigea un hôpital, soigna, nourrit et finança les études de plusieurs dizaines de milliers d'enfants, durant près de vingt ans.

Grand amateur d'art, il consacra une grande part de sa fortune à la constitution d'une collection, composée de 700 à 800 œuvres d'une valeur de plusieurs centaines de millions de francs.

Entre 1971 et 1986, il constitua trois fondations de droit suisse: la Fondation médicale du docteur Rau *(Dr. Rau'sche Medizinalstiftung)*, la Fondation d'art du docteur Rau *(Dr. Rau'sche Kunststiftung)* et la Fondation Rau pour le Tiers-Monde ainsi qu'une fondation de famille de droit liechtensteinois: la Fondation Crelona.

Au début des années 1990, atteint dans sa santé, il regagna l'Europe. Fin 1997, il fut victime d'une attaque cérébrale alors qu'il résidait à Monaco. Le 23 mars 1998, le Tribunal de Grande Instance de Monaco, ayant des doutes sur les capacités mentales du Dr Rau, appointa un administrateur judiciaire pour gérer les biens de ce dernier. C'est à partir de là que les ennuis débutèrent.

Il faut dire que le Dr Rau avait donné la propriété de trente de ses tableaux à la Fondation d'art et remis à la garde de cette dernière le reste de sa collection. Ces œuvres étaient entreposées au port-franc d'Embrach (Zurich). Les statuts de la Fondation d'art prévoyaient qu'au décès du Dr Rau, ladite Fondation devait être dissoute et son patrimoine revenir à la Fondation médicale. Par ailleurs, en juillet 1997, le Dr Rau avait signé un contrat de donation dans lequel il s'engageait à offrir sa collection à la Fondation Crelona; il était prévu que la to-

103 RO 2005, p. 4545 ss.

talité du patrimoine donné à cette Fondation revienne à la Fondation pour le Tiers-Monde au décès du fondateur; ce contrat de donation n'a jamais été exécuté.

Le 17 juillet 1998, l'exécuteur testamentaire du Dr Rau, avocat de profession et membre du conseil de la Fondation pour le Tiers-Monde, alerta l'autorité fédérale de surveillance des fondations et l'invita à prendre des mesures de protection sur les fondations suisses du Dr Rau; à l'appui de sa dénonciation, il invoquait le comportement présumé douteux de l'entourage de l'intéressé et l'incertitude sur les facultés mentales de ce dernier. Sur la seule base de ces affirmations, sans entendre le fondateur, l'autorité ordonna la mise sous scellés et l'inventaire de l'ensemble des œuvres déposées au port-franc d'Embrach. Par ailleurs, elle enjoignit l'autorité tutélaire de Zurich d'instituer une curatelle de gestion sur la Fondation pour le Tiers-Monde. Par la suite, en été 1999, la Fondation d'art et la Fondation médicale furent également mises sous curatelle à la demande de l'autorité de surveillance.

Le 24 septembre 1999, à la demande de Gustav Rau et de son entourage, l'autorité de surveillance autorisa l'exposition au Japon de cent-six tableaux; nonante-cinq de ces tableaux appartenaient au Dr Rau à titre personnel et onze étaient propriété de la Fondation d'art. Cette autorisation fut donnée en dépit de l'opposition de la Fondation Crelona et du curateur de la Fondation d'art. L'autorisation octroyée comportait la charge qu'après l'exposition, sans l'assentiment du curateur de la fondation, les tableaux ne devaient aller nulle part ailleurs qu'au port-franc d'Embrach. L'autorité de surveillance entendait ainsi éviter que l'Allemagne ne puisse faire valoir des prétentions à l'égard de la collection, si Gustav Rau venait à décéder. Les conditions émises par l'autorité de surveillance ne furent pas respectées. Les onze tableaux appartenant à la Fondation d'art retournèrent en Suisse, mais les nonante-cinq restants furent envoyés directement à Paris, puis à Rotterdam, Cologne ou Bergame, toujours avec la bénédiction du Dr Rau et de son entourage direct.

En réalité, le principal enjeu de cette affaire n'était pas le maintien du patrimoine existant des fondations du Dr Rau, mais le sort de leurs expectatives sur la succession du fondateur. Tandis que les curateurs des fondations se battaient pour établir l'incapacité de discernement du Dr Rau et en conséquence la nullité de ses actes juridiques postérieurs aux promesses de don qu'il avait faites aux fondations, les avocats du Dr Rau semblaient privilégier les expectatives successorales de l'UNICEF allemande, dont ils étaient par ailleurs aussi les mandataires.

Alors que jusqu'à la fin de l'année 2000, l'autorité fédérale de surveillance avait épousé le point de vue des curateurs des fondations, à partir de là, elle changea totalement d'optique, en se rangeant du côté du fondateur et de son entourage. C'est ainsi que l'autorité révoqua, à la demande du fondateur, les anciens membres des conseils des trois fondations suisses – lesquels membres, soit dit en passant, n'ont jamais contesté cette décision – et les remplaça par

trois nouveaux membres, proches du Dr Rau et de l'UNICEF allemande. L'autorité de surveillance alla jusqu'à associer ces personnes à la rédaction de certaines de ses décisions les plus importantes. C'est à partir de là que les relations entre l'autorité de surveillance et les curateurs des fondations se détériorèrent gravement; l'autorité tutélaire zurichoise prit le parti des curateurs.

Par une ultime disposition de dernière volonté, le Dr Rau légua sa collection d'art à l'UNICEF allemande. Il décéda, célibataire et sans enfant, le 3 janvier 2002. Ses testaments successifs et contradictoires furent attaqués de toutes parts devant les tribunaux allemands, suisses, liechtensteinois et monégasques, motif pris principalement de l'incapacité de discernement de l'auteur. Finalement, au bout de plusieurs années de batailles judiciaires, les droits de l'UNICEF allemande furent judiciairement établis.

La Fondation d'art est en liquidation depuis novembre 2004; la Fondation pour le Tiers-Monde a été radiée du registre du commerce en août 2007, à la suite de sa fusion avec la Fondation médicale, laquelle porte, depuis cette date, le nom de *«Dr Rau Stiftung»*.

L'affaire Rau a eu un retentissement considérable dans les médias suisses, allemands et français ainsi que dans le monde politique. L'intérêt qu'elle a suscité était moins lié aux fondations elles-mêmes qu'à celui d'abriter une collection d'art d'une grande valeur. Outre de nombreuses interventions parlementaires, plus d'une trentaine de recours au seul Tribunal fédéral, plusieurs demandes de récusation et d'expertise, une action en dommages-intérêts contre la Confédération et trois plaintes pénales contre les collaborateurs de l'autorité fédérale de surveillance des fondations, cette affaire est à l'origine de la rédaction de non moins cinq rapports au niveau fédéral, entre 2006 et 2013: Après la parution, le 7 avril 2006, du rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats intitulé *«Aspects de la surveillance des fondations à l'exemple des fondations du docteur Gustav Rau»*[104], le Conseil fédéral a publié, le 7 décembre 2007, une *«Evaluation du transfert de l'autorité fédérale de surveillance des fondations»*[105], dans lequel il estimait que rien ne devait changer dans ce domaine. Puis, le Département fédéral de justice et police a rendu, le 23 décembre 2010, son *«Grundlagenbericht zur künftigen Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht»*[106], dont le but était notamment de recenser les modèles possibles de surveillance des fondations (sous l'angle de l'organisation, du contenu et du mode), ensuite d'évaluer les avantages et les inconvénients de chaque modèle; il s'agissait d'un *«état des lieux»* qui devait être complété ultérieurement par un rapport circonstancié. Ce dernier, rédigé en deux documents distincts[107], a été publié le 27 fé-

104 FF 2006, p. 7305 ss.

105 Conseil fédéral, Rapport du 7 décembre 2007, en réponse à la motion de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 7 avril 2006 (06.3177), https://biblio.parlament.ch/e-docs/147590.pdf. (dernière consultation, 3 avril 2013).

106 Grundlagenbericht (note 60).

107 Département fédéral de l'intérieur (note 6); Conseil fédéral (note 6).

vrier 2013; ces deux rapports concluent qu'il n'est pas nécessaire de réviser le droit des fondations et, en particulier, la surveillance de celles-ci.

Sur le plan juridique, en synthétisant au maximum, on peut relever trois problèmes essentiels rencontrés dans le cadre de l'affaire Rau:

1° **La répartition des compétences entre l'autorité de surveillance des fondations et l'autorité tutélaire**. Alors que durant les deux premières années depuis le début de l'affaire, ces deux autorités travaillaient *«main dans la main»*, par la suite elles ont été en proie à de nombreux conflits positifs de compétence, les organes de la tutelle, c'est-à-dire les curateurs des fondations, faisant systématiquement recours contre les décisions de l'autorité de surveillance. Entretemps, ce problème a été résolu avec l'abrogation de l'article 393 CC et donc la suppression de la possibilité de nommer un curateur aux fondations. En effet, depuis 2008, en cas de carence dans l'organisation de la fondation, il appartient à la seule autorité de surveillance de nommer un commissaire, d'en fixer les attributions et de le relever de ses fonctions (art. 83d CC). Cette nouvelle réglementation permet d'évacuer le risque de conflits positifs et négatifs de compétence entre les autorités de surveillance des fondations et les autorités tutélaires[108].

2° **Les limites des compétences de l'autorité de surveillance des fondations**. La mise sous scellés, dans un premier temps, puis l'envoi des œuvres d'art au Japon dans un second, restent parmi les décisions les plus contestées de l'autorité fédérale de surveillance des fondations. Une grande part de la confusion concernant ces décisions est liée au fait que la capacité de discernement du Dr Rau et les rapports de propriété sur la collection d'art étaient contestés par les parties impliquées. Or l'autorité de surveillance n'était compétente pour trancher ni l'une ni l'autre de ces questions; elle devait se conformer aux décisions prises par les juges civils[109]. On peut donc se demander si la précision des mesures et limites de compétence au niveau légal serait nécessaire pour éviter à l'avenir d'autres dysfonctionnements de ce genre[110].

3° **Un contrôle extrajudiciaire des activités des collaborateurs de l'autorité de surveillance**. A maintes reprises, l'impartialité et l'indépendance de l'autorité de surveillance – certes soumise à d'importantes pressions de la part de divers milieux – ont été remises en question. La collaboration étroite des conseillers juridiques personnels du fondateur dans la rédaction des décisions de l'autorité de surveillance, privilégiant le point de vue de l'entourage du Dr Rau, a été jugée inopportune et problématique[111]. C'est ainsi que s'est

108 Sur ces risques, cf. VEZ (note 19), N 908 ss, en particulier, N 925 ss.

109 TF, 29.6.2000, 5A.13/2000; TF, 29.6.2000, 5A.14/2000; TF, 18.7.2000, 5A.17/2000; TF, 18.7.2000, 5A.18/2000.

110 Cf. ci-dessous point C.IV.2.

111 Cf. Rapport annuel 2006 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, du 19 janvier 2007, FF 2007, p. 2909.

posée la question de savoir si le système actuel de surveillance ne devait pas être remplacé par une surveillance à deux niveaux[112].

II. Le système de surveillance à deux niveaux

Dans le cadre des réflexions menées sur le réaménagement de la surveillance des fondations classiques[113], on a examiné l'opportunité de remplacer l'organisation actuelle de la surveillance, à un niveau, par un système de surveillance à deux niveaux. Après une présentation sommaire de ce dernier système (1), nous en examinerons l'adéquation pour la surveillance des fondations classiques (2).

1. La présentation du système

Le système de surveillance à deux niveaux, connu par exemple pour les institutions de prévoyance en faveur du personnel, dans le domaine du registre du commerce ou dans celui de la poursuite pour dette et la faillite, soumet la surveillance directe, exercée par les cantons, à la haute surveillance de la Confédération. L'autorité de haute surveillance peut être soit une entité de l'administration centrale fédérale (p. ex. l'Office fédéral du registre du commerce pour les registres cantonaux du commerce[114], l'Office fédéral de la justice pour les offices de poursuite et de faillite[115]), soit une commission externe indépendante (p. ex. la Commission fédérale de haute surveillance dans le domaine de la prévoyance professionnelle[116]).

La situation juridique n'est pas tout à fait la même dans les cas mentionnés ci-dessus. Certes, les entités chargées de la surveillance directe ont en commun la tâche d'appliquer le droit fédéral dans leur domaine respectif. Cependant, alors que les organes de surveillance directs des institutions de prévoyance jouissent d'une certaine autonomie dans l'accomplissement de leurs compétences (art. 61 al. 3 LPP), les services cantonaux du registre du commerce et les offices de poursuite et de faillite sont généralement intégrés dans l'administration cantonale et soumis, de ce fait, outre à la haute surveillance fédérale, aussi au pouvoir hiérarchique cantonal.

---

112 Cf. ci-dessous point C.II.

113 Cf. ci-dessous point C.II.2.

114 Selon l'art. 4 ORC, le canton assume la surveillance administrative. En vertu de l'art. 5 ORC, l'Office fédéral du registre du commerce exerce la haute surveillance en édictant des directives, en vérifiant et approuvant les inscriptions cantonales, en procédant à des inspections, en demandant des mesures prévues à l'art. 4 al. 2 ORC et en recourant au Tribunal fédéral contre les décisions du Tribunal administratif fédéral et des tribunaux cantonaux.

115 Art. 1 de l'ordonnance du 22 novembre 2006 relative à la haute surveillance en matière de poursuite et de faillite (OHS-LP; RS 281.11).

116 Art. 64 ss de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40).

Normalement, la notion de haute surveillance est utilisée lorsqu'il est question du contrôle d'une unité administrative décentralisée plus ou moins autonome. La haute surveillance a pour but de s'assurer que l'entité surveillée remplit sa tâche correctement, dans le respect du droit. Les moyens dont dispose l'autorité supérieure déterminent son pouvoir de surveillance, lequel est moins incisif que le pouvoir hiérarchique. Font partie du pouvoir de surveillance les mécanismes suivants[117]:

- examiner les rapports périodiques des autorités de surveillance et procéder à des inspections auprès de ces dernières[118];
- émettre des directives pour garantir un exercice uniforme des autorités de surveillance directes;
- se saisir de dénonciations, voire de plaintes, émanant notamment de particuliers;
- pour autant qu'une base légale expresse l'y autorise: approuver, de façon constitutive, certaines prescriptions ou décisions des unités surveillées; annuler des décisions pour non-conformité au droit[119]; se prononcer sur des recours; nommer ou révoquer des organes de la surveillance directe; édicter les normes nécessaires à l'activité de surveillance.

Dans le domaine de la haute surveillance, il n'y a pas de modèle valant pour l'ensemble de l'administration décentralisée. Les modalités du pouvoir de surveillance varient considérablement selon les orientations prises par le législateur[120].

2. *L'adéquation pour la surveillance des fondations classiques*

Examinant l'adéquation, pour les fondations classiques du modèle de haute surveillance prévu dans le domaine du droit de la prévoyance professionnelle, tant le Département fédéral de justice et police[121], que le Département fédéral de l'intérieur[122] estiment ce modèle inadapté en l'occurrence pour les motifs suivants:

1° L'application du modèle de haute surveillance aux fondations classiques bouleverserait totalement le système de surveillance de celles-ci. Une telle organisation assurerait certes une harmonisation des activités et de la pra-

117 Sur l'ensemble de la question, cf. THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, N 130 ss.

118 Art. 2 de l'ordonnance du 22 novembre 2006 relative à la haute surveillance en matière de poursuite et de faillite (OHS-LP; RS 281.11).

119 ATF 136 II 457 c. 2.2, JdT 2011 I 68.

120 TANQUEREL (note 117), N 132.

121 GRUNDLAGENBERICHT (note 60), p. 12 s.

122 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR (note 6), p. 6 s.

tique de surveillance, mais elle nécessiterait un tout nouveau concept pour le réaménagement complet de la surveillance des fondations.

2° Cette restructuration impliquerait une nouvelle répartition des compétences entre la Confédération et les cantons: à l'instar des institutions de prévoyance, les fondations classiques ayant leur siège dans un canton devraient être surveillées par l'autorité cantonale, indépendamment de leur but et de leur rayon d'activité. La loi devrait aussi régler les tâches et compétences respectives des autorités impliquées.

3° On courrait le risque que l'autorité de haute surveillance n'ait qu'une approche plutôt théorique, puisqu'il lui manquerait la proximité à la pratique.

4° Dans les discussions sur la haute surveillance, la composante politique prendrait inévitablement de l'importance. L'instauration de la haute surveillance fédérale pourrait occasionner des oppositions pour des raisons de fédéralisme.

5° Parmi les attributions de l'autorité de haute surveillance dans le domaine de la prévoyance professionnelle, seul le pouvoir d'émettre des directives destinées aux autorités cantonales de surveillance des fondations pourrait entrer en ligne de compte pour les fondations classiques. Or, compte tenu du fait qu'en raison de la diversité des buts et des activités de telles fondations, il n'existe pas de réglementation spécifique détaillée qui leur soit applicable, les directives de l'autorité de haute surveillance ne pourraient concerner que des questions *«tout générales»*, lesquelles sont déjà aujourd'hui largement réglées par la jurisprudence ou pourraient l'être, au besoin, à l'avenir.

6° Tant la *«Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations»* que les deux associations faîtières *ProFonds* et *Swissfoundations* se sont opposées à ce modèle, principalement en raison des surcoûts disproportionnés qu'il occasionnerait et de la bureaucratie qu'il engendrerait pour les fondations.

Ces arguments sont parfaitement pertinents, vus sous le seul angle de l'application aux fondations classiques du système de surveillance des institutions de prévoyance. L'on peut sans autre adhérer à l'idée qu'il n'y a aucune raison objective de bouleverser un système qui a fait ses preuves depuis un siècle, notamment en supprimant la surveillance directe de la Confédération sur les fondations à caractère national ou international pour les confier aux cantons de siège, lesquels seraient difficilement en mesure d'assumer une telle tâche, si l'on exceptait des grands cantons tels que Genève, Zurich ou Bâle.

Cela dit, il est aussi vrai qu'en pratique, les autorités de surveillance – des cantons entre eux, voire avec l'autorité fédérale – tentent d'uniformiser leur pratique dans divers domaines, par exemple pour les exigences en matière de révision des comptes, l'examen de la politique de placement du patrimoine de la fondation, la rémunération des membres du conseil de fondation, la part des frais administratifs par rapport aux attributions de la fondation, les décisions re-

latives à un changement de siège ou à la modification accessoire des statuts de la fondation. Or la réglementation de ces domaines n'est pas du niveau légal, quand bien même il serait dans l'intérêt tant des autorités que des fondations elles-mêmes qu'une instance commune supérieure puisse émettre des lignes directrices applicables uniformément dans toute la Suisse. Toutefois, pour parvenir à une pratique harmonieuse dans ce domaine, nul besoin d'ébranler le système, les lignes directrices pouvant aussi être émises par un organe faîtier tel que la *«Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations»*.

Cependant, le modèle de surveillance des institutions de prévoyance n'est pas le seul dont pourrait s'inspirer le droit des fondations. Il existe d'autres types de contrôle de l'activité administrative, qui peuvent être mis en œuvre aussi pour le contrôle des autorités de surveillance des fondations classiques, avec une structure légère et à moindre coût, tant pour la collectivité publique que pour les fondations surveillées; on pense à la médiation.

Pour Moor et Poltier[123], le médiateur est une *«figure spécifique du contrôle de l'administration»*, jouissant à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif de la même indépendance que le juge. Le médiateur peut être saisi par toute personne et il est seul juge de la suite qu'il donnera à la plainte. Pour mener son enquête, il dispose des moyens classiques que sont l'accès aux documents, l'audition des fonctionnaires ou de témoins. Il n'a pas de pouvoir de décision, mais de recommandations. Cependant, dans son rapport annuel, il peut faire état des difficultés rencontrées avec des fonctionnaires récalcitrants, ce qui peut être un moyen efficace de pression; il peut aussi attirer l'attention sur des réglementations insuffisantes ou inadéquates. Il doit veiller au respect de la loi, d'un œil neutre et attentif, dans un cadre libre de formalisme d'un contrôle hiérarchique.

La médiation peut être un instrument utile de contrôle, si l'on tient compte d'un paramètre spécifique au domaine de la surveillance des fondations classiques. Il s'agit de *l'ambiguïté du statut* des unités étatiques chargées de cette tâche. Alors que ces unités sont pleinement intégrées dans l'administration, fédérale ou cantonale, et donc devraient logiquement être soumises au pouvoir hiérarchique de l'organe directeur[124], en pratique, l'autorité supérieure refuse souvent de mettre en œuvre les attributs de ce pouvoir – notamment celui de

---

123 Pierre Moor/Etienne Poltier, Droit administratif, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011, N 5.2.3.

124 Sur les composants du pouvoir hiérarchique, cf. Tanquerel (note 117), N 124. Les autorités de surveillance des fondations classiques ne sont soumises à aucun pouvoir hiérarchique lorsque leur surveillance est confiée aux établissements de droit public, chargés également de la surveillance des fondations LPP, puisque l'autorité fédérale de haute surveillance n'a aucune compétence en matière de fondations classiques; cf. Dominique Jakob/Goran Studen/Matthias Uhl, Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2011, Berne 2012, p. 52; Dominique Jakob, Rechtliche Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Stiftungswesen, in: Dominique Jakob (éd.), Stiften und Gestalten. Anforderungen an ein zeitgemässes rechtliches Umfeld, Bâle 2013, p. 3 ss, p. 8 s.

donner des instructions pour la manière de traiter l'affaire ou celui de contrôler l'opportunité des décisions prises par l'autorité inférieure –, arguant du statut *«quasi-juridictionnel»* de l'autorité de surveillance des fondations, ce qui implique une certaine indépendance dans les décisions qu'elle prend. De son côté, le Tribunal fédéral[125], amené à se prononcer sur une demande de récusation des fonctionnaires d'une autorité de surveillance, considère que l'exigence d'impartialité qui vaut pour les tribunaux ne vaut pas *«les yeux fermés»* pour les autorités administratives; seul entre en ligne de compte à leur égard le reproche de partialité en raison de l'existence d'un intérêt personnel; de par sa nature, dit le Tribunal fédéral, la juridiction faite au sein d'une unité administrative n'a pas besoin des mêmes garanties que celle des tribunaux indépendants. En résumé, *l'autorité de surveillance est presque indépendante, mais n'a pas besoin d'être vraiment impartiale.*

Cette situation est naturellement insatisfaisante dans un Etat de droit et, encore une fois en raison des spécificités du domaine des fondations, le seul aménagement des voies de droit – généralement longues et coûteuses – contre les décisions de l'autorité de surveillance ne suffit pas à y remédier. Voici pourquoi: normalement, un justiciable s'adresse à la justice pour défendre ses propres intérêts. C'est pourquoi il se justifie que l'autorité judiciaire requière du recourant une avance de frais et il est tout aussi justifié que ce dernier engage des dépenses pour préparer la défense de ses intérêts; en fin de compte, c'est lui personnellement qui profitera – ou pâtira – du jugement rendu. Tel n'est pas toujours le cas dans les recours en matière de fondations. Souvent, les litiges dans ce domaine ont pour origine une divergence de vues entre les membres du conseil de fondation sur ce qui est dans l'intérêt de la fondation; ces personnes n'ont – ou ne devraient avoir – rien à gagner ou à perdre personnellement de l'issue du litige, c'est la fondation comme telle qui est directement concernée. Alors que, de part et d'autre, chaque «camp» peut requérir presque gratuitement, dans un premier temps, l'intervention de l'autorité de surveillance, il doit financer avec ses propres deniers les frais de conseils juridiques et de justice si un recours paraît nécessaire. Dans ce cas, le «camp» qui a la disposition de la fondation, se servira sur les biens de cette dernière, alors que l'autre «camp» devra puiser dans son propre patrimoine pour pouvoir mettre en marche la justice. Lorsque, comme dans l'affaire Rau, la partialité de l'autorité de surveillance est en cause et que l'autorité hiérarchique supérieure refuse de s'immiscer dans les décisions, motif pris du statut quasi-juridictionnel de l'autorité de surveillance, le recours à un médiateur neutre pourrait être propre à persuader ou à dissuader la partie mécontente de poursuivre la voie judiciaire. Ce mode de résolution des litiges peut ainsi être une alternative au recours, visant généralement à l'éviter.

125 TF, 10.7.2001, 5A.4/2001 c. 2a.

III. Les angles de surveillance

1. La mission de l'autorité de surveillance

Selon l'article 84 al. 2 CC, l'autorité de surveillance doit pourvoir à ce que les biens de la fondation soient employés conformément à leur destination.

On déduit de cette disposition que la surveillance étatique couvre non seulement l'ensemble des activités de la fondation[126], examinées principalement sous l'angle *juridique*, c'est-à-dire la conformité au droit des actes des organes, mais aussi, dans une mesure limitée, sous l'angle *technique*, c'est-à-dire l'efficacité des activités des organes.

Considérée comme une *surveillance juridique*, le contrôle de l'autorité porte sur:

1° **Le respect du droit objectif**. L'autorité de surveillance doit avant tout veiller à ce que les organes de la fondation se conforment au droit objectif[127]. Il ne s'agit pas seulement du respect des dispositions applicables directement aux fondations (art. 80 ss CC), mais aussi de celui d'autres règles du droit positif[128].

2° **Le respect des dispositions internes régissant la fondation**. L'autorité de surveillance doit s'assurer que les organes de la fondation agissent conformément à l'acte de fondation, aux statuts et aux règlements internes. Cela implique que les organes de la fondation sont tenus d'élaborer les règlements que l'acte de fondation prévoit et de les transmettre à l'autorité de surveillance pour contrôle[129].

3° **L'usage approprié du pouvoir d'appréciation**. L'autorité de surveillance doit veiller à ce que les organes de la fondation n'excèdent, ni n'abusent de leur pouvoir d'appréciation[130]. Sont soumises à surveillance non seulement toutes les actions des organes de la fondation, mais également toutes leurs omissions[131].

Par ailleurs, bien que la loi ne le prévoie pas expressément, en pratique, se fondant sur l'article 84 al. 2 CC, les autorités de surveillance contrôlent également *l'efficience de la gestion du patrimoine* de la fondation (soit l'optimisation des

---

126 ATF 106 II 265 c. 3c, JdT 1982 I 194; ATF 105 II 70 c. 3b, JdT 1980 I 23; ATF 100 Ib 137 c. I/2a, JdT 1975 I 354; GRÜNINGER (note 1), CC 84 N 9; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 170.

127 ATF 111 II 97 c. 3, JdT 1987 I 322; ATF 106 II 265 c. 3c, JdT 1982 I 194; ATF 105 II 70 c. 3b, JdT 1980 I 23; ATF 100 Ib 132 c. 3; ATF 100 Ib 137 c. 1/2a, JdT 1975 I 354; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 170.

128 RIEMER (note 18), CC 84 N 49.

129 RIEMER (note 18), CC 84 N 56.

130 ATF 108 II 497 c. 5; LANTER (note 62), p. 15; BERNHARD SCHNYDER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1984. ZGB Einleitungstitel und Personenrecht, RSJB 1986, p. 71 ss, p. 79; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 171 s.

131 JAKOB (note 124), p. 11; RIEMER (note 18), CC 84 N 51.

moyens mis en œuvre pour atteindre les buts de la fondation[132]), en particulier de sa politique de placement, exerçant ainsi une *surveillance technique*. Dans ce domaine, le Tribunal fédéral a rendu quelques arrêts concernant le devoir des autorités de surveillance de veiller à ce que le patrimoine des fondations soit utilisé conformément au but de celles-ci, notamment en émettant des directives concernant le placement et l'administration de la fortune. Le placement du patrimoine doit être fait en conformité des principes de liquidité, de rendement, de sécurité, de répartition appropriée des risques et du maintien de la substance[133]. L'autorité de surveillance doit veiller au respect de ces principes, tout en tenant compte de l'ensemble des circonstances et eu égard au principe de la proportionnalité, de manière à ce que le maintien de la substance du patrimoine de la fondation dans la durée soit assuré[134]. Dans cette optique, le Tribunal fédéral[135] a jugé qu'il n'était pas arbitraire que lors de l'examen de la politique de placement d'une fondation ordinaire, l'autorité de surveillance se réfère, à titre indicatif, aux dispositions de l'OPP2[136]. Naturellement, les organes de la fondation doivent disposer d'une liberté de décision aussi large que possible pour le placement de la fortune[137]. Cela dit, même le contrôle des placements constitue une surveillance juridique, si les principes d'un tel placement sont clairement réglés dans l'acte de fondation ou le règlement. Ce n'est qu'à défaut de telles dispositions internes que l'autorité de surveillance doit intervenir pour autant que les principes mentionnés ci-dessus soient gravement violés[138].

En droit positif, la surveillance technique de l'autorité ne s'étend pas au contrôle de *l'efficacité de la gestion opérationnelle* de la fondation (c'est-à-dire, le ratio entre les résultats obtenus et les objectifs fixés[139]), puisqu'un tel contrôle implique que l'autorité ait des compétences professionnelles et des connaissances approfondies spécifiques aux divers domaines d'activité des fondations. Certes, l'autorité doit pouvoir juger que les attributions de la fondation sont conformes aux buts de celle-ci. En revanche, lorsque la fondation est à caractère d'entreprise (p. ex. un home pour personnes âgées ou un hôpital), l'autorité n'est pas en mesure d'estimer l'impact et d'identifier les risques liés aux décisions prises et aux activités exercées par les organes de la fondation, que ce soit au niveau stratégique ou opérationnel[140].

---

132 Swiss NPO-Code, Glossaire en annexe, http://www.swiss-npocode.ch/cms/images/swiss_npocode/swiss_npo_code_maerz_2010.pdf (dernière consultation, 3 avril 2013).

133 ATF 108 II 352 ss. Concernant la définition et la portée de ces principes, cf. VEZ (note 19), N 622 ss et les nombreuses références citées.

134 ATF 124 III 97 c. 2a, JdT 1998 I 259.

135 ATF 124 III 97, JdT 1998 I 259.

136 Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.441.1).

137 GRUNDLAGENBERICHT (note 60), p. 3 s.

138 ATF 124 III 97 c. 3, JdT 1998 I 259.

139 Swiss NPO-Code (note 132), Glossaire en annexe.

140 JAKOB (note 124), p. 10 s.

L'opportunité de soumettre à l'avenir les fondations classiques à une surveillance technique complète a été examinée par l'Office fédéral de la justice[141], mais cette idée a été écartée principalement parce qu'elle impliquait non seulement une augmentation de la densité normative et une consolidation massive des autorités de surveillance, mais aussi un risque que l'Etat soit tenu civilement responsable des décisions de la fondation.

2. *La répartition des tâches entre l'organe de révision et l'autorité de surveillance*

a. *Remarques préliminaires*

Jusqu'au milieu des années 2000, les fondations classiques n'avaient pas d'obligation légale de se doter d'un organe de révision. Pourtant, dans la pratique, de nombreuses fondations s'étaient pourvues d'un tel organe sur une base volontaire. Dans les statuts-modèles que l'autorité fédérale de surveillance des fondations avait édictés, elle prévoyait le principe de la désignation d'un organe de révision, tout en précisant que cet organe devait non seulement vérifier la bonne tenue de la comptabilité de la fondation, mais aussi s'assurer du respect, par les organes, des statuts (acte de fondation et règlement) et du but de la fondation.

L'introduction de cette obligation dans le Code civil (art. 83b et 83c CC) s'est inscrite dans le cadre plus large de la refonte totale du droit de la révision des personnes morales relevant du droit privé fédéral, adoptée le 16 décembre 2005 par les Chambres fédérales[142]. Cette réforme avait été induite à la suite d'une succession de scandales financiers en Suisse et à l'étranger, lesquels avaient mis en évidence les lacunes du droit suisse en la matière et la nécessité d'y remédier[143]. L'idée principale était de créer une nouvelle conception globale et harmonisée de la révision des comptes, valables pour tous les sujets relevant du droit privé. Si l'option d'élaborer une loi fédérale spéciale dédiée à la révision des comptes a été rejetée, les modifications législatives ont été intégrées au droit des sociétés anonymes. Les dispositions ainsi adoptées constituent en quelque sorte la partie générale du droit de la révision; elles s'appliquent aux autres personnes morales du droit privé par un renvoi dit dynamique, à moins que les dispositions spécifiques applicables à chaque type de personnes morales ne prévoient une réglementation dérogatoire[144].

En principe donc, ce sont les règles relatives à la révision des sociétés anonymes qui s'appliquent aussi aux fondations (art. 83b al. 3 CC)[145]. Toutefois, le

---

141 GRUNDLAGENBERICHT (note 60), p. 10.

142 RO 2007, p. 4791.

143 FF 2004, p. 3753 et p. 3779.

144 FF 2004, p. 3766.

145 Il s'agit des dispositions relatives à l'ampleur de la révision (art. 727 et 727a CO), aux exigences de qualification des réviseurs (art. 727b et 727c CO), à l'indépendance des réviseurs (art. 728 et

droit des fondations prévoit quelques dérogations: **1°** L'absence de possibilité d'*opting-out* (art. 727a al. 2 CO) pour la fondation elle-même, mais possibilité pour l'autorité de surveillance de dispenser la fondation de l'obligation de révision (art. 83b al. 2 CC)[146]. **2°** Sauf pour les fondations *«d'une certaine importance économique»*, il appartient à l'autorité de surveillance de déterminer l'ampleur de la révision à laquelle doit être soumise la fondation. **3°** C'est l'autorité de surveillance et non le juge civil qui est destinataire des *«avis obligatoires»* de l'organe de révision (art. 728c et 729c CO; art. 84a al. 2 CC)[147].

Alors que les attributions de l'organe de révision résultent directement, exclusivement et exhaustivement de la loi (art. 728a à 728c et 729a à 729c CO, applicables par le renvoi de l'art. 83b al. 3 CC) et sont les mêmes pour tous les sujets révisés, celles de l'autorité de surveillance ne sont pas détaillées dans la loi et doivent être adaptées aux circonstances de chaque cas concret.

Ainsi, contrairement à l'autorité de surveillance, l'organe de révision n'exerce pas une surveillance complète de la fondation[148]. En particulier, cet organe ne peut prendre aucune mesure contre le conseil de fondation, même en cas de faute commise par celui-ci; son influence se limite à l'obligation de communication (art. 83c CC) et d'avis (art. 728c et 729c CO). L'autorité de surveillance ne peut pas exiger de l'organe de révision d'accomplir d'autres tâches[149].

On peut donc affirmer qu'en matière de contrôle financier de la fondation, l'autorité de surveillance fait tout ce que la loi ne place pas dans les attributions de l'organe de révision.

b. La détermination de l'ampleur de la révision

Concrètement, la première tâche de l'autorité de surveillance est de déterminer le type de révision à laquelle une fondation doit être soumise. L'autorité n'a pas de marge d'appréciation pour les fondations *«d'une certaine importance économique»*, c'est-à-dire celles qui dépassent, au cours de deux exercices successifs deux des valeurs suivantes: total du bilan vingt millions de francs, chiffre d'affaires quarante millions de francs, effectif deux cent cinquante emplois à

---

729 CO), aux attributions de l'organe de révision (art. 728a à 729c CO) ainsi que les dispositions communes (art. 730 ss CO). Les autres dispositions du Code des obligations ne sont pas concernées, en particulier la responsabilité civile de l'organe de révision (art. 755 CO); cf. DIEGO CAVEGN, Die Revision der Revision von Stiftungen und Vereinen, thèse Zurich, 2008, p. 32 et LUKAS HANDSCHIN/DANIEL WIDMER, Spezifische Probleme der Revision von Stiftungen, in: Philipp Egger/Georg von Schnurbein/Daniel Zöbeli/Claus Koss (éd.), Rechnungslegung und Revision von Förderstiftungen, Bâle 2011, p. 149 ss, p. 159.

146 ROLF KUHN, L'opting out dans le cas des fondations classiques, TREX 2011, p. 354 ss.

147 FF 2004, p. 3828.

148 THOMAS SPRECHER, Die Revision des schweizerischen Stiftungsrechts, Zurich 2006, N 96 note de bas de page 64.

149 CAVEGN (note 145), p. 87; HANDSCHIN/WIDMER (note 145), p. 175 s.

plein temps en moyenne annuelle (art. 727 CO)[150]. De telles fondations doivent être soumises au contrôle ordinaire d'un expert-réviseur agréé[151].

En principe, toutes les autres fondations seront soumises au contrôle restreint d'un réviseur agréé sauf dans trois cas: **1°** Les statuts de la fondation prévoient un contrôle ordinaire des comptes ou l'organe suprême de la fondation en décide ainsi. **2°** Un contrôle ordinaire semble nécessaire à l'autorité de surveillance pour *«révéler l'état du patrimoine et les résultats de la fondation»* (art. 83b al. 4 CC). **3°** L'autorité de surveillance estime que la fondation peut être dispensée de l'obligation de désigner un organe de révision parce que les conditions définies par le Conseil fédéral sont réunies (art. 83b CC)[152].

Formulées dans l'abstrait, ces règles doivent être concrétisées en fonction des caractéristiques de chaque fondation, puisque de par leurs buts, leur structure patrimoniale, leur organisation et leur mode de fonctionnement, les fondations classiques présentent la plus grande diversité[153]. La doctrine évoque plusieurs types de fondations classiques, sans en faire une énumération exhaustive. D'ailleurs, il est fréquent qu'une même fondation réunisse des caractéristiques de deux ou de plusieurs de ces différents types. Sauf dans certains cas qui seront mentionnés ci-dessous, les considérations des deux paragraphes précédents valent pleinement pour tous les types de fondations.

1° **La fondation donatrice** dispose d'un patrimoine propre, attribué généralement par le fondateur lui-même, dont en principe seuls les revenus sont affectés à la réalisation du but. Les revenus de la fondation proviennent soit du placement de la fortune de celle-ci, soit de ses activités industrielles ou commerciales (fondation-entreprise[154]) ou même d'une combinaison de ces deux sources. Elle soutient et promeut financièrement les réalisations et projets de tiers, entrant dans le champ de ses buts[155]. Correspondant à la définition anglo-américaine de *«Grant-making Foundations»*, elle constitue l'archétype des fondations classiques.

2° **La fondation à caractère d'entreprise** peut soit exploiter elle-même une entreprise en la forme commerciale (fondation-entreprise) soit détenir des participations à une ou plusieurs entreprises commerciales (fondation-holding). La fondation-holding donne à celle-ci la possibilité de prendre influence sur l'entreprise dont elle détient les actions; en cela elle se distingue d'un pur placement du patrimoine[156]. Autrement dit, ce qui est décisif, c'est

150 RO 2011, p. 5863; FF 2008, p. 1407.
151 FF 2004, p. 3828 s.
152 Ordonnance du 24 août 2005 concernant l'organe de révision des fondations (RS 211.121.3).
153 Thomas Sprecher/Philipp Egger/Martin Janssen, Swiss Foundation Code 2009, avec commentaire, adaptation française: Parisima Vez, Bâle 2009, p. 130 ss.
154 Vez (note 19), N 175 ss.
155 Jakob (note 26), p. 84.
156 Grüninger (note 1), CC 80–89bis N 16; Riemer (note 18), Syst. Teil N 400; Schweizer (note 71), p. 64.

la participation dans les décisions de l'entreprise et non dans son capital[157].

3° **La fondation opérative** est une entité mettant en œuvre ses propres objectifs – et non ceux de tiers – par des prestations et/ou des projets qui lui sont propres; elle est ainsi activement présente sur le marché[158].

4° **La fondation fonctionnelle** est constituée lorsque l'accomplissement d'une tâche ou d'une fonction dans l'intérêt de tiers nécessite un support juridique autonome. C'est le cas lorsqu'une institution, pour être politiquement neutre et économiquement indépendante, revêt la forme juridique de la fondation; on s'assure ainsi que personne ne pourra prendre influence – comparable à celle d'un propriétaire – sur la fondation. La fondation fonctionnelle joue ainsi un rôle intégratif en équilibrant des intérêts différents. La fonctionnalité de la fondation ne va pas forcément de pair avec ses activités, mais bien plutôt du fait de sa dépendance de l'institution pour laquelle elle doit remplir sa fonction. Par ailleurs, le capital initial affecté à la fondation joue généralement un rôle secondaire; la fondation est financée par des contributions et subventions régulières; or des tiers ne financeraient la fondation que si celle-ci exerçait une fonction dans leur intérêt[159].

   Généralement, lorsqu'une fondation est subventionnée par des fonds publics, sa gestion et sa comptabilité sont contrôlées par les collectivités publiques subventionnantes. Un contrôle détaillé par l'autorité de surveillance serait contraire au principe de l'économie de la procédure[160], cette autorité pouvant se fier à la surveillance exercée par les collectivités qui octroient les subventions.

5° **La fondation abritante** offre à des fonds sans personnalité morale (fondations dépendantes[161]) un réservoir tant pour le placement du patrimoine que pour la promotion de projets. Elle gère de manière professionnelle ses placements et ses activités de soutien et constitue de ce fait, pour les patrimoines modestes, une alternative attrayante à la constitution d'une *«vraie»* fondation[162].

   En principe, comme le patrimoine de la fondation ne provient pas exclusivement d'un seul fondateur, ce type de fondation devrait être soumise au contrôle ordinaire d'un organe de révision, quand bien même les seuils de l'article 727 ch. 2 CO ne seraient pas atteints (art. 83b al. 4 CC). Bien entendu, en application du principe de la proportionnalité, si l'état du patrimoine et les résultats de la fondation sont transparentes, l'autorité peut accepter un contrôle restreint.

---

157 SCHMID (note 2), p. 17.
158 SPRECHER/EGGER/JANSSEN (note 153), p. 133; JAKOB (note 26), p. 84.
159 JAKOB (note 26), p. 86.
160 VEZ (note 19), N 757 ss.
161 VEZ (note 19), N 45 ss.
162 SPRECHER/EGGER/JANSSEN (note 153), p. 130.

6° **La fondation collectrice** est souvent constituée au moyen d'un faible patrimoine initial et compte sur une collecte active de fonds de la part de tiers privés pour se procurer les ressources financières nécessaires à la réalisation de son but. Un exemple typique d'une telle fondation est la *«Chaîne du bonheur»*.
Si, selon la pratique habituelle de la fondation, les fonds sont, à court ou à moyen terme, affectés au but pour lequel ils ont été récoltés, un contrôle restreint de la comptabilité par l'organe de révision devrait être suffisant. En revanche, si les fonds récoltés ne sont pas distribués rapidement, l'autorité devrait être plus vigilante, le cas échéant, en exigeant un contrôle ordinaire – toujours dans le respect du principe de la proportionnalité – et en examinant le rapport de gestion et la politique de placement de la fondation, notamment pour éviter que les fonds *«dorment»* à long terme sans être utilisés.

7° **La fondation à capital consommable** est une fondation de durée limitée, destinée à disparaître une fois que le patrimoine de la fondation aura été totalement affecté à la réalisation du but et donc épuisé[163].
C'est l'une des situations typiques dans lesquelles la fondation peut être dispensée de l'obligation de désigner un organe de révision. La comptabilité d'une telle fondation est relativement simple et se limite à mentionner les attributions faites. L'examen de l'autorité de surveillance peut se limiter à s'assurer de la présence et de l'exactitude des pièces justificatives.

c. *La détermination de l'ampleur de la surveillance par l'autorité*

ca. Le contrôle des comptes

Si une fondation est soumise au *contrôle ordinaire*, les attributions de l'organe de révision sont déterminées aux articles 728a à 728c CO, appliqués *mutatis mutandis*. Dans ce cas, le contrôle ordinaire[164] de l'autorité de surveillance porte sur les éléments suivants:

- La révision a-t-elle été effectuée par un expert-réviseur agréé (art. 727b CO et 4 LSR[165])?
- L'organe de révision est-il indépendant de la fondation, dans les faits et en apparence (art. 728 CO)? Comme la compétence de désigner l'organe de révision incombe au conseil de fondation, c'est ce dernier qui doit s'assurer que cet organe remplit les exigences légales, notamment concernant l'indépendance. A défaut, le conseil de fondation peut être rendu responsable des dommages causés en raison du choix d'un réviseur qui ne répondrait pas aux exigences légales[166]; bien entendu, l'organe de révision engage également sa

163 Thomas Sprecher, Die Verbrauchsstiftungen und andere Möglichkeiten der Stiftungsgestaltung, Jusletter 31 mai 2010.
164 Vez (note 19), N 847 ss.
165 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (RS 221.302).
166 Cavegn (note 145), p. 91; Sprecher (note 148), N 144 et 148.

responsabilité, s'il accepte un mandat, sachant qu'il ne répond pas aux exigences légales. L'indépendance implique que l'organe de révision ne soit ni membre du conseil de fondation, ni employé, ni destinataire (direct ou indirect), ni débiteur ou créancier, ni chargé de l'établissement de la comptabilité de la fondation[167].
- Le système d'alternance des réviseurs (art. 730a al. 2 CO) a-t-il été respecté?
- Le rapport de l'organe de révision contient-il les indications détaillées mentionnées à l'art. 728b CO?
- Au moins un membre de l'organe de révision a-t-il son domicile, son siège ou une succursale inscrite au registre du commerce en Suisse (art. 730 al. 4 CO)?

Si on peut répondre par l'affirmative aux cinq questions ci-dessus, et si le rapport de révision ne permet de déceler aucun problème particulier, une intervention plus importante de l'autorité de surveillance ne se justifie pas. En revanche, si tel n'est pas le cas, l'autorité de surveillance doit intervenir par des mesures extraordinaires de surveillance[168], dont le choix et l'intensité dépendra des circonstances de chaque cas. En aucun cas, l'autorité de surveillance ne doit réviser elle-même en détail la comptabilité de la fondation, même si le rapport de l'organe de révision révèle que la comptabilité n'a pas été tenue dans les règles de l'art. En pareil cas, l'autorité de surveillance doit exiger l'établissement de nouveaux comptes, d'abord de la fondation elle-même et, le cas échéant, en cas d'inaction de celle-ci, en confiant cette tâche à un tiers (fiduciaire) qu'elle mandaterait aux frais de la fondation (exécution par équivalent[169]).

Si la fondation est soumise à un *contrôle restreint*, les attributions de l'organe de révision sont déterminées aux articles 729a à 729c CO[170]. Dans ce cas, le contrôle ordinaire de l'autorité de surveillance porte sur les éléments suivants:
- La révision a-t-elle été effectuée par un réviseur agréé (art. 727c CO et 5 LSR)?
- L'organe de révision est-il suffisamment indépendant de la fondation (art. 729 CO)? A noter que contrairement à la révision ordinaire (art. 728 al. 2 ch. 4 CO), dans la révision restreinte, le réviseur peut collaborer à la tenue de la comptabilité et fournir d'autres prestations; mais s'il y a risque de devoir contrôler son propre travail, un contrôle sûr doit être garanti par la mise en place de mesures appropriées sur le plan de l'organisation et du personnel (art. 729 al. 2 CO)[171].

---

167 Cavegn (note 145), p. 103 et 105; Handschin/Widmer (note 145), p. 163; Sprecher (note 148), N 134 ss et 146.
168 Vez (note 19), N 875 ss.
169 Vez (note 19), N 944 ss.
170 Peter Anderegg, Die Eingeschränkte Revision – Besondere Anforderungen an Arbeitspapiere und Prüfdokumentation, TREX 2011, p. 222 ss.
171 Handschin/Widmer (note 145), p. 165.

- Le rapport de l'organe de révision contient-il les indications mentionnées à l'article 729b CO?
- Au moins un membre de l'organe de révision a-t-il son domicile, son siège ou une succursale inscrite au registre du commerce en Suisse (art. 730 al. 4 CO)?

Si on peut répondre par l'affirmative aux quatre questions ci-dessus et si le rapport de révision ne permet de déceler aucun problème particulier, une intervention plus importante de l'autorité de surveillance ne se justifie pas. Dans le cas contraire, les indications mentionnées ci-dessus à propos de contrôle ordinaire sont aussi valables ici.

Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'autorité de surveillance peut décider de *dispenser une fondation de l'obligation de désigner un organe de révision* (art. 83b al. 2 CC). Selon le Conseil fédéral, la dispense doit constituer l'exception et n'être possible que pour les fondations disposant d'un patrimoine insignifiant ou ayant une activité très limitée[172]. La dispense ne peut être accordée que si les conditions cumulatives suivantes sont réunies: total du bilan au cours de deux exercices successifs est inférieur à 200 000 francs, la fondation n'effectue pas de collectes publiques et la révision n'est pas nécessaire pour révéler exactement l'état du patrimoine et les résultats de la fondation[173]. La question de savoir si une nouvelle fondation peut être d'emblée, c'est-à-dire sans attendre la fin du deuxième exercice, dispensée de l'obligation de désigner un organe de révision est controversée. Une partie de la doctrine, s'appuyant sur le texte de l'ordonnance, considère qu'il faut attendre la fin de la deuxième année d'exercice[174]. Une autre partie de la doctrine est d'avis que la requête peut être déposée au moment de la constitution de la fondation, pour autant qu'il soit vraisemblable que le bilan de la fondation n'atteindra pas le seuil indiqué[175]. Comme l'article 83b al. 2 CC est une disposition potestative, l'autorité de surveillance n'est pas obligée d'accorder la dispense, même si toutes les conditions sont réunies[176]. La dispense ne peut être accordée que si la fondation la requiert; l'autorité de surveillance ne peut pas en décider d'office[177]. Dans l'hypothèse où la fondation est dispensée, l'autorité doit porter une attention particulière à la comptabilité dont l'exactitude doit être facile-

172 FF 2004, p. 3827.

173 Ordonnance du 24 août 2005 concernant l'organe de révision des fondations (RS 211.121.3).

174 Giacomo Roncoroni, Das neue Stiftungsrecht. Überblick und Ausblick, ECS 2006, 736; Sprecher (note 148), N 108, 122 et 158; Parisima Vez, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (éd.), Commentaire romand, Code civil I, Art. 1–359, Bâle 2010, CC 83b/83c N 18.

175 Cavegn (note 145), p. 64; Grüninger (note 1), CC 83b N 10; Handschin/Widmer (note 145), p. 156; Reto Sanwald, Die Revisionsstelle der Stiftung im Umbruch, in: Mélanges Heinrich Koller, Aus der Werkstatt des Rechts, Bâle, Genève, Munich 2006, p. 171 ss, p. 172 note de bas de page 8 et p. 173.

176 Cavegn (note 145), p. 63; Sprecher (note 148), N 103.

177 Cavegn (note 145), p. 63; Sprecher (note 148), N 102.

ment décelable au vu des pièces justificatives. Si tel n'est pas le cas, elle doit révoquer la dispense et exiger la désignation d'un organe de révision. Ainsi, ce n'est que si l'examen de la comptabilité annuelle peut être sans autres effectué par l'autorité de surveillance, avec la même fiabilité que celui d'un organe de révision, que l'autorité peut considérer que la révision n'est pas nécessaire pour révéler l'état du patrimoine et les résultats de la fondation[178]. Dans la pratique, pour accorder la dispense, les autorités de surveillance exigent un rapport spécifique du conseil de fondation, dans lequel ce dernier atteste annuellement, en particulier, que les conditions de l'octroi de la dispense sont toujours réunies et que la comptabilité est tenue dans les règles de l'art. La décision de dispense reste en vigueur tant qu'elle n'a pas été révoquée par l'autorité de surveillance[179]. La révocation doit intervenir si les conditions de dispense ne sont plus remplies (art. 1 al. 2 ordonnance); elle peut aussi intervenir pour d'autres raisons, par exemple si les organes de la fondation ne coopèrent pas avec l'autorité de surveillance[180].

cb. Le contrôle de la gestion

Alors que ni en cas de contrôle ordinaire, ni en cas de contrôle restreint, l'organe de révision n'est habilité à contrôler la manière dont le conseil de fondation dirige celle-ci (art. 728a al. 3 et 729a al. 3 CO, par analogie) ou gère son patrimoine[181], l'autorité de surveillance peut, voire doit, intervenir si elle soupçonne ou constate des irrégularités dans la gestion de la fondation[182]. Pour ce faire, l'autorité de surveillance demande aux fondations de présenter annuellement un rapport d'activités, les comptes annuels (comprenant le bilan, le compte de résultat et l'annexe), le rapport de l'organe de révision et le procès-verbal de la réunion du conseil de fondation au cours de laquelle les comptes ont été approuvés.

Il faut toutefois garder à l'esprit que la responsabilité primaire de la gestion et du placement revient au conseil de fondation. A cet égard, la composition dudit organe révèle souvent le sérieux avec lequel le patrimoine de la fondation est géré. Plus les compétences – économiques, juridiques et financières – et la probité des membres du conseil de fondation sont élevées, plus l'autorité de surveillance peut se fier aux décisions prises par cet organe et au rapport d'activités annuel de la fondation.

Le mode et l'ampleur du contrôle de l'autorité de surveillance dépendent, d'une part, des caractéristiques patrimoniales de chaque fondation et, d'autre part, de la connaissance ou des soupçons d'irrégularités commises au sein de la fondation ou des risques de surendettement. L'existence d'irrégularités, telles

178 Cavegn (note 145), p. 65.
179 Cavegn (note 145), p. 66; Sanwald (note 175), p. 172 s.; Sprecher (note 148), N 111.
180 Cavegn (note 145), p. 69; Sanwald (note 175), 172 s.; Sprecher (note 148), N 117.
181 FF 2004, p. 3757, p. 3762 et p. 3798; Handschin/Widmer (note 145), p. 167.
182 Cf. ci-dessus point C.III.1.

que violation de la loi, des statuts, des règlements ou du cadre de référence de la fondation[183], commises au sein de la fondation ou d'un risque d'insolvabilité ou de surendettement de la fondation requiert que l'autorité prenne des mesures extraordinaires de surveillance[184].

Ces circonstances peuvent être portées à la connaissance de l'autorité de différentes manières: par le préposé au registre du commerce[185], par l'organe de révision en vertu de son obligation d'avis (art. 728c et 729c CO), par le conseil de fondation ou l'un de ses membres, sur dénonciation d'un tiers (destinataire, créancier), par l'examen du rapport d'activité et des résultats de la fondation ainsi que par les autres communications importantes que doit lui faire l'organe de révision (art. 83c CC).

La loi ne dit pas quelles sont les communications importantes. Il faut interpréter largement cette notion, n'en excluant que ce qui peut être considéré avec certitude comme sans importance[186]. En font partie tous les avis obligatoires prévus aux articles 728c et 729c CO, appliqués par analogie[187]. L'organe de révision doit en avertir le conseil de fondation par écrit et communiquer cet avertissement à l'autorité de surveillance. De même, la démission de l'organe de révision est une communication importante. En application analogique de l'article 730a al. 3 CO, tant le conseil de fondation que l'autorité de surveillance doivent être informés des motifs de la démission. Par ailleurs, lorsque la fondation exerce une industrie en la forme commerciale, les motifs d'une démission prématurée doivent être mentionnés dans l'annexe aux comptes annuels (art. 959c al. 2 ch. 14 CO), cela pour que les tiers puissent prendre connaissance de ces motifs; en effet, de telles fondations peuvent être tenues, à certaines conditions, de publier leurs comptes annuels (art. 958e CO)[188].

La découverte des manquements n'est pas l'objet de l'examen de l'organe de révision. Les réviseurs n'ont pas une obligation particulière de mener une enquête[189]. Ce n'est que s'ils ont des indices de manquements qu'ils doivent procéder à des analyses plus approfondies et les annoncer (p. ex. un versement en espèces inhabituel, des rapports critiques dans des médias, l'existence d'une procédure officielle[190]). Les réviseurs doivent aussi annoncer les illégalités qu'ils constatent fortuitement[191].

---

183 La fondation peut adopter un cadre de référence comme Swiss GAAP RPC. Si tel est le cas, l'organe de révision doit aussi vérifier que celui-là a été scrupuleusement respecté; FF 2004, p. 3797.

184 VEZ (note 19), N 875 ss.

185 SPRECHER (note 148), N 147 *i.f.*

186 CAVEGN (note 145), p. 88.

187 HANDSCHIN/WIDMER (note 145), p. 175.

188 CAVEGN (note 145), p. 93. Concernant les conditions du droit du créancier d'une société anonyme à la consultation des comptes, cf. ATF 137 III 255, JdT 2012 II 122.

189 FF 2004, p. 3800.

190 CAVEGN (note 145), p. 116 note de bas de page 407.

191 ATF 133 III 453 c. 7.3, JdT 2008 I 20; CAVEGN (note 145), p. 116; HANDSCHIN/WIDMER (note 145), p. 176; FF 2004, p. 3800.

Lorsqu'un risque de surendettement[192] (les actifs ne couvrent pas les dettes) ou d'insolvabilité à long terme (incapacité imminente ou aiguë d'honorer les obligations de paiement en raison d'absence de liquidités disponibles) est décelé, le conseil de fondation doit dresser un bilan intermédiaire fondé sur la valeur vénale des biens et le soumettre pour examen à l'organe de révision (art. 84a al. 1 CC), lequel, constatant ce fait, remet le bilan à l'autorité de surveillance (art. 84a al. 2 CC). Le non-respect de cette disposition constitue une violation de la loi que l'organe de révision est tenu de signaler à l'autorité de surveillance (art. 83c CC)[193]. Si la fondation n'a pas d'organe de révision, ce bilan est transmis directement à l'autorité de surveillance (art. 84a al. 1 CC). Celle-ci ordonne au conseil de fondation de prendre les mesures nécessaires; même avant une telle injonction de la part de l'autorité, le conseil de fondation est tenu de prendre lui-même les mesures adéquates. Ce n'est que si cet organe demeure inactif que l'autorité de surveillance doit intervenir[194]. Elle peut ordonner par exemple de réduire temporairement les attributions de la fondation, de baisser les coûts administratifs de la fondation, ou de chercher des donateurs pour fournir des liquidités à la fondation[195]. Si les mesures ordonnées demeurent sans effet, l'autorité de surveillance est seule habilitée à requérir des mesures d'exécution forcée (art. 84a al. 4 CC)[196].

3. *Une appréciation critique*

Dans son rapport sur l'aménagement de la surveillance des fondations[197], le Département fédéral de justice et police a évalué l'option d'une *«surveillance médiate» (mediasierte Aufsicht)*, consistant à déléguer à une entité externe certaines tâches de l'autorité de surveillance des fondations. Cette entité ferait périodiquement rapport à l'autorité de surveillance sur le résultat de son contrôle et lui proposerait des mesures de surveillance. La mise en œuvre de ce système supposerait que les compétences respectives de l'autorité de surveillance et de l'entité externe soient clairement définies et délimitées par la loi. Il en irait de même des exigences qualitatives minimales auxquelles devraient satisfaire les entités délégataires, des domaines auxquels s'étendrait le contrôle qu'elles devraient effectuer, des critères formels et matériels du contrôle, de la structure et du contenu minimal du rapport. Parmi les avantages d'une surveillance médiate, le rapport cite le gain de temps et d'efficacité pour l'autorité de surveillance et la réduction

192 Handschin/Widmer (note 145), p. 153; Sprecher (note 148), N 178.
193 Cavegn (note 145), p. 118.
194 Sprecher (note 148), N 183.
195 Handschin/Widmer (note 145), p. 153; Sprecher (note 148), N 184 s; Thomas Sprecher, Zweckänderung, Fusion, Aufhebung – Möglichkeiten von Stiftungen in Zeiten der Krise, RSJ 2012, 425 ss.
196 Cavegn (note 145), p. 118; Handschin/Widmer (note 145), p. 153; Sprecher (note 148), N 186.
197 Grundlagenbericht (note 60), p. 7 et 10 ss.

du risque de responsabilité civile encourue par l'Etat (cf. art. 19 al. 1 let. a LRCF[198]). Les principaux inconvénients de ce système seraient la perte progressive du savoir-faire de l'autorité de surveillance et une augmentation des coûts de surveillance à la charge des fondations, puisque les entités externes ne travailleraient qu'aux conditions du marché.

Dans les rapports fédéraux rédigés par la suite[199], l'option de la surveillance médiate n'a plus été mentionnée.

Si l'on peut sans autre souscrire à l'idée que les inconvénients d'une externalisation quasi-complète de la surveillance l'emportent largement sur ses avantages (augmentation de la densité normative et des coûts), on peut tout de même se demander si l'application, aux fondations classiques, des dispositions relatives à la révision de la société anonyme est vraiment opportune. Force est de constater que dans la pratique, l'introduction de l'obligation légale pour les fondations de se doter d'un organe de révision n'a pas apporté les allègements escomptés des charges des autorités de surveillance. Pire, elle a augmenté les frais administratifs des fondations surveillées, notamment en raison des honoraires – souvent élevés – des réviseurs. Dans les faits, les rapports des organes de révision reprennent invariablement la formule standard rédigée à leur attention par la *«Chambre fiduciaire»* pour la révision restreinte; de ce fait, ils n'apportent aucun éclairage particulier sur la situation financière de la fondation. Compte tenu des seuils très élevés à partir desquels la fondation doit être soumise à une révision ordinaire (art. 727 al. 1 ch. 2 CO), rares sont les cas dans lesquels l'autorité de surveillance des fondations pourrait s'appuyer sur un rapport de révision complet (art. 728b CO).

Sans aller jusqu'à demander que toutes les fondations soient astreintes au contrôle ordinaire, on pourrait augmenter la fiabilité de la surveillance des fondations avec deux mesures simples:

1° L'obligation pour l'organe de révision de rédiger systématiquement, et de transmettre à l'autorité de surveillance, une *«lettre de recommandation» (management letter)* succincte comportant ses commentaires sur les systèmes de contrôle interne ou d'autres faiblesses ou risques constatés lors de l'exécution de sa mission, ainsi que ses recommandations visant à améliorer la situation.

2° L'obligation pour toutes les fondations soumises à surveillance de tenir leurs comptes selon une norme comptable reconnue (p.ex. Swiss GAAP RPC 21[200]), taillée sur mesure pour des organisations sociales à but non lucratif.

---

198 Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32).

199 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR (note 6); CONSEIL FÉDÉRAL (note 6).

200 Pour une présentation de cette norme, cf. RETO EBERLE, «Tue Gutes und berichte darüber» oder wie durch (freiwillige) Transparenz Vertrauen geschaffen wird, in: Philipp Egger/Georg von Schnurbein/Daniel Zöbeli/Claus Koss (éd.), Rechnungslegung und Revision von Förderstiftungen, Bâle 2011, p. 57 ss.

Notons que toutes les fondations qui demandent à porter le label ZEWO[201] ou choisissent de se soumettre au Swiss NPO-Code[202] doivent aujourd'hui déjà tenir leur comptabilité selon cette norme[203].

IV. Les mesures de surveillance

1. Généralités

Exception faite des articles 83d et 84a CC, le Code civil est muet au sujet des mesures de surveillance. La plupart des cantons énumèrent dans leur législation d'application les principales mesures, mais il n'existe pas d'ordonnance fédérale dans ce domaine. La législation cantonale d'application n'est pas soumise au contrôle abstrait du Tribunal fédéral, mais dans chaque cas concret, sous l'angle de sa concordance avec l'article 84 al. 2 CC[204].

Cela dit, il est unanimement admis que pour accomplir sa mission, l'autorité de surveillance dispose d'une large palette de mesures qui consistent en une série de droits et d'obligations auxquels correspondent des droits et obligations des fondations surveillées. Le choix de la mesure est laissé à la libre appréciation de l'autorité[205], laquelle doit le faire en respectant les principes généraux régissant l'activité administrative, en particulier celui de la proportionnalité[206].

Les mesures de surveillance sont traditionnellement classées en mesures préventives et répressives[207]. Les premières sont celles qui devraient empêcher, *a priori*, que la fondation ne subisse un inconvénient; elles concernent toutes les fondations surveillées et peuvent être prises à tout moment. Les secondes ont pour objectif d'éviter que la fondation ne pâtisse des conséquences de la violation de leur devoir par ses organes; elles n'interviennent que si des irrégularités sont constatées dans la gestion de la fondation[208].

Cette classification traditionnelle n'est ni aisée, ni même utile. Les frontières entre ces deux types de mesures sont souvent floues et les interactions nombreuses[209]. Par ailleurs, même les mesures répressives ont un caractère préventif, dès lors que leur finalité est d'éviter que des fautes ne soient commises à

---

201 Art. 11 ch. 3 du Règlement relatif au label de qualité Zewo délivré aux organisations d'utilité publique, http://www.zewo.ch/fr/Dokumente/Reglemente_Zert/Reg_Guetes_F.pdf (dernière consultation, 3 avril 2013).

202 Swiss NPO-Code (note 132), § 25 et § 28, ch. 2.

203 Cf. ci-dessous point E.II.2.

204 ATF 108 II 352 c. 5a, JdT 1984 I 73.

205 VIELI (note 29), p. 16.

206 Cf. ci-dessous, point C.IV.3.

207 ATF 105 II 321 c. 5a, JdT 1981 I 99; ATF 105 II 70 c. 3b, JdT 1980 I 23; ATF 100 Ib 137 c. I/2a, JdT 1975 I 354; GRÜNINGER (note 1), CC 84 N 12; RIEMER (note 18), CC 84 N 54; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 174 s.

208 ATF 106 II 265 c. 3c, JdT 1982 I 195; RIEMER (note 18), CC 84 N 55.

209 BRÜCKNER (note 32), N 1388 ne distingue pas ces deux types de mesure.

l'avenir[210]. C'est pourquoi il nous semble plus approprié de renoncer à cette distinction, au profit de celle entre les mesures ordinaires et extraordinaires de surveillance.

Les mesures ordinaires de surveillance comprennent notamment le contrôle annuel des comptes et rapports d'activité des fondations, celui des dispositions internes de la fondation (règlements), la compétence d'édicter des recommandations et directives ou d'approuver des modifications des statuts. Les mesures extraordinaires les plus courantes sont l'injonction aux organes de la fondation, les mesures affectant les décisions de la fondation (modification ou annulation), la révocation des organes ou la nomination d'un commissaire[211].

Il n'est pas question de traiter ici en détails des différentes mesures de surveillance et de leurs implications. Par contre, il nous semble utile d'examiner l'opportunité de l'énumération de certaines mesures dans un acte législatif fédéral (2) et d'exposer les limites de la surveillance étatique (3).

2. *L'opportunité d'une énumération des mesures de surveillance dans un acte législatif fédéral*

L'avant-projet de 1993 portant révision du droit des fondations contenait une disposition spécifique consacrée aux mesures de surveillance; il s'agissait d'une énumération non exhaustive des mesures les plus importantes: la modification du règlement de la fondation, la consultation du rapport annuel du conseil de fondation et de l'organe de révision, l'établissement des prescriptions sur le placement de fortune, le rappel à l'ordre, l'injonction, l'avertissement et la révocation des organes de la fondation, l'annulation des décisions du conseil de fondation et l'exécution par équivalent. En outre, l'avant-projet conférait expressément au Conseil fédéral et aux cantons la compétence d'édicter des prescriptions d'application. Le rapport explicatif précisait que cette disposition ne modifiait pas matériellement le droit en vigueur, mais consistait en la précision des tâches et moyens d'action de l'autorité de surveillance. Cette disposition a été diversement appréciée par les organismes consultés: Certains souhaitaient que la liste des mesures soit complétée, d'autres au contraire estimaient qu'elle empiétait sur l'autonomie de la fondation et de ses organes et était un prélude à la *«police des fondations»*.

Compte tenu de cette controverse, l'énumération n'a pas été reprise dans la novelle du 8 octobre 2004[212].

Après l'éclatement de l'affaire Rau, la Commission de gestion du Conseil des Etats demanda au Conseil fédéral d'ancrer dans une base légale formelle les mesures de surveillance les plus importantes et les conditions de leur exer-

---

210 Riemer (note 18), CC 84 N 55; Vieli (note 29), p. 17.
211 TF, 16.9.2010, 5A_232/2010, c. 3.1.2; TF, 19.1.2009, 5A_274/2008 c. 5.1.
212 RO 2005, p. 4545 ss.

cice[213]. Elle estimait que du point de vue de la légalité et de la prévisibilité, il n'était pas satisfaisant de laisser à la jurisprudence et à la pratique le soin de déterminer ces mesures. Dans son rapport sur l'aménagement de la surveillance des fondations[214], le Département fédéral de justice et police a évoqué les possibilités d'améliorer le système en mentionnant dans la loi le contenu de la surveillance (limitée à un contrôle juridique), ainsi que certains aspects matériels du droit des fondations (tels que les attributions du conseil de fondation, la délégation de ses compétences ou le contenu minimal de l'acte de fondation). Tout en reconnaissant qu'une telle législation servirait la sécurité du droit et simplifierait la tâche de l'autorité de surveillance, le rapport a relevé que le maintien du *statu quo* présentait l'avantage de laisser subsister le libéralisme du droit en vigueur. La question d'une énumération légale des mesures de surveillance n'a pas été traitée dans ce rapport.

Faisant siennes les observations de la *«Conférence des autorités de surveillance LPP et des fondations»* au sujet du rapport sur l'aménagement de la surveillance des fondations, le Conseil fédéral[215] estime inutile de préciser les dispositions légales dans le domaine des fondations classiques, dès lors que la plupart des cantons disposent d'ordonnances dans lesquelles les mesures de surveillance sont réglées de manière détaillée, ce qui rend inopportunes des normes légales supplémentaires au niveau fédéral. *«Les autorités de surveillance doivent toujours décider au cas par cas quelle mesure est appropriée et utile. Il est de plus difficile de préciser de manière générale les mesures de surveillance. Les fondations et institutions soumises à la surveillance sont de nature si diverse (des pures fondations donatrices aux fondations d'entreprise) que des normes efficaces dans un domaine seraient inopérantes dans d'autres. Les pièces justificatives que les fondations doivent fournir sont réglées par ordonnance dans la plupart des cantons (par ex. rapport du conseil d'administration, rapport du réviseur accompagné des comptes annuels avec annexes); il y aurait risque de surréglementer ce point si l'on ajoutait des prescriptions au niveau fédéral. Si cela devait toutefois être le cas, il faudrait entrer dans le détail de chaque type de fondation dans le cadre des dispositions sur la comptabilité, mais c'est là une question de droit matériel.»*

Il nous semble déceler une contradiction dans cette observation: d'une part, dit-on, que les mesures de surveillance sont déjà énumérées dans des ordonnances cantonales; d'autre part, soutient-on, qu'il est difficile de préciser de manière générale les mesures de surveillance.

L'on peut aisément se rallier à l'opinion selon laquelle il est inopportun de mentionner dans le *Code civil* les mesures de surveillance, puisqu'il s'agit de prescriptions de droit public qui n'y ont pas leur place[216]. En revanche, il nous

---

213 FF 2006, p. 7305 ss, Recommandation 3.
214 GRUNDLAGENBERICHT (note 60), p. 14 s.
215 FF 2013, p. 1981 ss, p. 1991 s.
216 Dans le même sens, JAKOB (note 124), p. 11 s.

semble utile, voire même nécessaire, d'énumérer ces mesures dans une *ordonnance fédérale*, applicable uniformément tant au niveau fédéral que dans tous les cantons. Evitant la lourdeur d'une procédure législative, donc pouvant être rapidement adaptée aux thèmes du moment (p. ex. la transparence ou la lutte contre le blanchiment d'argent), un acte réglementaire fédéral présenterait surtout l'avantage de mettre fin aux controverses au sujet de certaines mesures de surveillance telles que la représentation de la fondation par l'autorité de surveillance[217], l'action en dommages-intérêts intentée par celle-ci contre les organes de la fondation[218], le séquestre des avoirs de la fondation[219] ou l'avis aux débiteurs de la fondation[220]. De même, il constituerait le *sedes materiae* idéal pour des exigences concernant la présentation d'une *«lettre de recommandation»* par l'organe de révision ou pour l'adoption d'une norme comptable reconnue par la fondation[221].

3. *Les limites de la surveillance*

Les règles relatives à la surveillance des fondations trouvent leur fondement dans le Code civil; la surveillance est donc formellement du droit privé[222]. Pourtant, elle implique une intervention étatique; elle relève ainsi matériellement du droit public fédéral[223]. Les règles qui l'aménagent ressortissent au droit administratif[224]. Comme dans l'exercice de la surveillance l'Etat exerce sa puissance publique[225], il doit respecter les principes constitutionnels généraux (art. 5 Cst. féd.)[226] régissant toute activité administrative, c'est-à-dire, outre le principe de l'intérêt public que nous avons déjà traité[227], celui de la légalité, de la proportionnalité, de la bonne foi et de l'égalité de traitement. A notre connaissance, il n'existe pas d'arrêt de Tribunal fédéral faisant application des principes de la bonne foi et de l'égalité de traitement dans l'exercice de la surveillance des fondations classiques. Reste donc à examiner la portée des principes de la légalité (a) et de la proportionnalité (b).

---

217 VEZ (note 19), N 902 ss et les références citées.
218 GRÜNINGER (note 1), CC 84 N 13; BRÜCKNER (note 32), N 1392.
219 VEZ (note 19), N 949 et les références citées.
220 VEZ (note 19), N 950 et les références citées.
221 Cf. ci-dessus point C.III.3.
222 RIEMER (note 18), CC 84 N 45.
223 ATF 129 III 641 c. 1.1 *(considérant non publié)*; TF, 27.3.2000, 5A.23/1999 c. 1; ATF 120 II 412 c. 2b; ATF 119 Ib 46 c. 1a; ATF 107 II 385 c. 2, JdT 1983 I 182; ATF 103 Ib 161 c. 1; ATF 100 Ib c. I/2a, JdT 1975 I 354; ATF 96 I 406 c. 2a, JdT 1972 I 124; GRÜNINGER (note 1), CC 84 N 3; RIEMER (note 18), CC 84 N 37.
224 ATF 124 IV 211, c. 2e, JdT 2000 IV 173; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 41 et 168.
225 BRÜCKNER (note 32), N 1378.
226 ATF 129 III 641 c. 1.2 *(considérant non publié)*; ATF 124 IV 211 c. 2e, JdT 2000 IV 173; ATF 110 II 436 c. 4; ATF 105 II 321 c. 5a, JdT 1981 I 99; ATF 100 Ib 137 c. II/1, JdT 1975 I 354; GRÜNINGER (note 1), CC 84 N 10; RIEMER (note 18), CC 84 N 37, 87, 99, 102, 106 et CC 83 N 36 *i.f.*; VIELI (note 29), p. 16.
227 Cf. ci-dessus point B.III.2.

a. *Le principe de la légalité*

Comme toute unité administrative, l'autorité de surveillance est soumise à la loi – plus précisément à l'ordre juridique –, pour l'ensemble de ses activités. Elle doit respecter la loi et ne peut, en principe, agir que si la loi l'y autorise[228]. Toutefois, les bases légales régissant la surveillance des fondations sont conçues dans des termes généraux[229]. C'est pourquoi l'autorité de surveillance jouit d'un espace dans lequel elle peut agir relativement librement. Ainsi dispose-t-elle d'une compétence discrétionnaire, en raison des possibilités de choix qui lui sont offertes[230].

Les conditions dans lesquelles l'activité de l'autorité de surveillance s'exerce font que les facteurs de décision résultent bien plus des circonstances concrètes et individuelles que de critères généraux. L'autorité jouit alors d'un *pouvoir d'appréciation* qui lui permet de choisir, entre plusieurs conséquences juridiques légalement possibles, celle qui lui paraît la plus opportune[231].

De façon générale, la liberté d'appréciation peut revêtir *trois formes*: la faculté pour l'autorité d'agir ou de ne pas agir, de choisir entre diverses mesures, ou d'individualiser la mesure choisie[232]. L'autorité de surveillance des fondations ne dispose d'aucune marge d'appréciation pour *décider du principe* même de l'exercice de la surveillance[233]; lorsque les conditions légales sont réunies[234], elle *doit* exercer sa surveillance. En revanche, elle jouit d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les *moyens* de surveillance à mettre en œuvre et la possibilité d'individualiser la mesure d'intervention qu'elle choisit.

Cependant, la liberté d'appréciation de l'autorité de surveillance est *limitée* par deux principes inhérents au droit des fondations en Suisse: le principe de la liberté du fondateur et le principe de l'autonomie de la fondation[235]. Bien que non écrits, ces principes sont unanimement reconnus tant par la jurisprudence[236] que par la doctrine[237]. Leur violation constitue une violation du droit fédéral[238].

---

228 André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 306 ss; Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, Droit administratif, vol. I: Les fondements, 3e éd., Berne 2012, N 4.1.1.1.

229 Sprecher/von Salis-Lütolf (note 28), p. 41.

230 Moor/Flückiger/Martenet (note 228), N 4.3.1.1; Riemer (note 18), CC 84 N 37.

231 Moor/Flückiger/Martenet (note 228), N 4.3.1.2 et N 4.3.2.

232 Moor/Flückiger/Martenet (note 228), N 4.3.2.1.

233 ATF 120 II 374 c. 3, JdT 1996 I 110.

234 C'est-à-dire si la fondation est valablement constituée, si elle n'est pas soustraite à surveillance (art. 87 al. 1 et 59 CC) et si la compétence territoriale de l'autorité de surveillance n'est pas contestée.

235 Hausheer/Aebi-Müller (note 67), N . s ; Jakob (note 26), p. 99.

236 ATF 133 III 167 c. 3.4; ATF 127 III 337 c. 2c, SJ 2002 I 193; ATF 112 II 471, JdT 1988 I 540; ATF 108 II 352 c. 5a, JdT 1984 I 73; ATF 70 I 209 c. 3.

237 Grüninger (note 1), CC 80–89bis N 6 ss et CC 84 N 2; Riemer (note 18), CC 83 N 9 ss et 30 s.; Schweizer (note 48), p. 11; Vieli (note 29), p. 1.

238 ATF 112 II 471 c. 3b *i.f.*, JdT 1988 I 540; ATF 108 II 352 c. 5a, JdT 1984 I 73; ATF 101 Ib 231 c. 2; Vieli (note 29), p. 14.

Selon le principe de la liberté du fondateur[239], ce dernier peut librement décider de la constitution d'une fondation[240], du but qu'il lui assigne, du cercle des destinataires, du patrimoine qu'il affecte à la réalisation du but ainsi que de l'organisation de la fondation. Sa liberté n'est limitée que par le droit impératif découlant tant des prescriptions générales (art. 19 CO)[241] que des prescriptions spécifiques au droit des fondations (p. ex. art. 335 CC). En conséquence, ce n'est que s'il y a *violation du droit impératif* par le fondateur que l'autorité de surveillance peut restreindre la liberté de celui-ci.

La liberté du fondateur ne peut être invoquée qu'au moment de la constitution de la fondation. Pour une fondation déjà constituée, le principe perd de son importance car le caractère d'établissement d'une fondation a pour conséquence que celle-ci ne peut plus être modifiée par le fondateur, en dehors des cas prévus par la loi[242]. En revanche, la constitution de la fondation confère à celle-ci la personnalité morale, donc l'exercice des droits civils. De ce fait, la fondation doit, à l'instar de toute personne morale, jouir d'une certaine autonomie[243]. C'est pourquoi le Tribunal fédéral[244] a jugé que *la surveillance ne doit pas devenir équivalente d'une mesure tutélaire*. Par principe, la fondation a plein exercice des droits civils; l'intervention de l'autorité de surveillance dans la sphère d'autonomie de la fondation constitue dès lors une violation du droit fédéral[245]. Lorsque l'appréciation est possible – parce que la loi ou les dispositions internes régissant la fondation aménagent un tel pouvoir au profit des organes de la fondation[246] –, l'autorité de surveillance doit faire preuve de la plus grande retenue; elle ne doit intervenir que si les organes de la fondation excèdent ou abusent de leur pouvoir d'appréciation[247], ou s'ils ne font pas usage de leur pouvoir d'appréciation[248]. Ainsi, l'autorité de surveillance viole le principe de l'autonomie de la fondation si elle agit à la place de la fondation[249], sous réserve d'une exécution par équivalent[250]. De même, un examen complet de

239 WIPFLI (note 29), p. 117.

240 C'est ainsi que le législateur a rejeté le système de concession pour la constitution de la fondation: ATF 120 II 374 c. 4b, JdT 1996 I 110; SCHWEIZER (note 48), p. 11.

241 RIEMER (note 18), Syst. Teil N 61.

242 GRÜNINGER (note 1), CC 80–89bis N 8; WIPFLI (note 29), p. 118.

243 SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 171 et 175; JAKOB (note 26), p. 95.

244 TF, 27.3.2000, 5A.23/1999, c. 3a; ATF 108 II 497 c. 5; ATF 108 II 352 c. 5a, JdT 1984 I 73; ATF 108 II 254 c. 5bb; ATF 100 Ib 132 c. 3. Cf. aussi VIELI (note 29), p. 14.

245 TF, 16.9.2010, 5A_232/2010, c. 3.2; ATF 111 II 97 c. 3, JdT 1987 I 322; ATF 108 II 497 c. 5; ATF 108 II 352 c. 5a, JdT 1984 I 73; ATF 101 Ib 231 c. 2; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 142.

246 RIEMER (note 18), CC 84 N 90 et 123 ss.

247 ATF 112 II 471, JdT 1988 I 540; ATF 111 II 97 c. 3, JdT 1987 I 322; ATF 108 II 497 c. 5. Cf. aussi GUTZWILLER (note 29), p. 616; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 142 s. et 171 s.

248 LANTER (note 62), p. 15 s.

249 ATF 108 II 497 c. 5; GRÜNINGER (note 1), CC 84 N 10.

250 RIEMER (note 18), CC 84 N 116 ss; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 143 et 171 *i.i.*

l'intégrité et de l'honnêteté de l'ensemble des membres des organes de la fondation dépasse les compétences de l'autorité de surveillance[251].

b. Le principe de la proportionnalité

Dans le domaine de la surveillance des fondations, de tous les principes constitutionnels régissant l'activité administrative, c'est le principe de la proportionnalité qui est le plus souvent invoqué[252]. Cela s'explique probablement par le fait qu'en cette matière, comme le principe de la légalité a une portée restreinte (puisque la loi est rédigée dans des termes généraux), l'examen de la proportionnalité apporte des limites matérielles aux activités de l'autorité de surveillance et se substitue à un contenu normatif qui est loin d'être dense[253]. Ce principe a pour fonction de *«canaliser l'usage de la liberté d'appréciation»*[254]. Lorsque la loi laisse à l'autorité le choix entre diverses mesures, celle-là est tenue de déterminer la fin d'intérêt public poursuivie et de choisir la mesure en fonction de cet objectif. Le principe de la proportionnalité complète ainsi celui de l'intérêt public[255].

D. La responsabilité civile de l'autorité de surveillance

I. Remarques introductives

A notre connaissance, il n'existe aucune décision judiciaire ayant pour objet la responsabilité civile de l'autorité de surveillance d'une fondation classique. Un arrêt non publié du Tribunal fédéral[256] a trait à la responsabilité civile de l'autorité de surveillance d'une fondation de prévoyance; dans ce cas, les demandeurs, tous membres du conseil de fondation, reprochaient à l'autorité de surveillance de les avoir révoqués à tort et d'avoir confié la gestion de la fondation à un commissaire; réintégrés au conseil de fondation à la suite d'un recours, les demandeurs ont intenté une action en responsabilité contre l'autorité de surveillance pour les dommages causés à la fondation par le commissaire; leur action a été rejetée car périmée.

La doctrine de son côté est pauvre à ce sujet. Cela tient probablement au fait que la responsabilité primaire de la gestion d'une fondation incombe à ses organes. Si ces derniers causent un préjudice à la fondation, ils doivent en répondre

251 LIVER (note 97), p. 73.
252 ATF 126 III 499 c. 4b, JdT 2001 I 98; ATF 106 II 265, JdT 1982 I 194; GRÜNINGER (note 1), CC 84 N 10; RIEMER (note 18), CC 84 N 37; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF (note 28), p. 175.
253 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 228), N 5.2.1.4 b, *i.f.*
254 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 228), N 5.2.1.1. Cf. aussi GRISEL (note 228), p. 348 ss.
255 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 228), N 5.2.1.1.
256 TF, 10.1.2007, 2C.3/2005.

en premier. Ainsi, le Tribunal du commerce du canton de Zurich a reconnu la responsabilité de l'organe de révision d'une fondation qui avait recommandé l'acceptation sans réserve de la comptabilité alors qu'il n'était pas en possession de toutes les pièces justificatives[257]. Parfois même cette responsabilité incombe aux tiers: le Tribunal fédéral a admis la responsabilité d'une banque qui n'avait pas usé de la diligence nécessaire pour examiner le pouvoir de représentation d'un membre du conseil de fondation, dont les agissements avaient causé un dommage à la fondation[258].

En matière de surveillance des fondations classiques, le Code civil ne contient aucune disposition spécifique relative à la responsabilité civile de l'autorité. De ce fait, ce sont les règles générales régissant la responsabilité des collectivités publique et de leurs agents qui s'appliquent[259].

Alors que les notions du dommage, de la causalité adéquate, de la faute, de l'agent public et de l'exercice de la charge publique peuvent être déterminées en se fondant sur la théorie générale du droit de la responsabilité civile des collectivités publiques, deux notions méritent d'être spécifiées pour la surveillance des fondations: celle de l'illégalité et celle de l'illicéité. En effet, outre la condition d'illicéité, nécessaire pour admettre chaque cas de responsabilité civile, le droit public connaît celle de l'illégalité.

II. L'illégalité

Elle est définie comme les *«vices d'irrégularité juridique qui affectent les décisions administratives»*[260]. Or, le contrôle de la légalité des actes administratifs se fait en principe par le biais des voies de recours ordinaires. Si l'intéressé omet de recourir, dans les délais, contre une décision prétendument illégale, et qu'en conséquence celle-là entre en force, il ne saurait par la suite se prévaloir de l'illégalité dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée contre la collectivité publique[261]. Cependant, la voie de l'action en responsabilité reste ouverte contre les décisions nulles *ab ovo*, dès lors que la nullité peut être invoquée en tout temps et devant toute autorité[262]; elle est aussi ouverte contre les décisions annulables si l'effet suspensif a été refusé ou retiré arbitrairement[263] (art. 55 al. 4 PA[264]).

---

257 HG ZH, 17.12.2009, HG080125/U.

258 TF, 27.3.2009, 4A_228/2008; TF, 27.3.2009, 4A_230/2008; TF, 27.3.2009, 4A_232/2008.

259 TF, 10.01.2007, 2C.3/2005 c. 1; ATF 121 III 204; 120 Ia 377, 379 s. c. 2; TF, 10.01.2007, 2C.3/2005 c. 1; Riemer (note 18), CC 84 N 53.

260 Pierre Moor/Denis Piotet, La responsabilité des cantons à raison d'actes illicites: Droit public ou droit privé? Quelques réflexions à propos de l'avant-projet portant révision de la partie générale du droit de la responsabilité civile, ZBl 1996, p. 481 ss, p. 487.

261 Moor/Poltier (note 123), N 6.2.3.4 b.

262 TF, 22.05.2001, 5A.8/2001 c. 2; ATF 127 II 32, c. 3g.

263 Moor/Poltier (note 123), N 6.2.3.4 a.

264 Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021).

III. L'illicéité

Elle se définit comme la transgression d'une norme protectrice des intérêts d'autrui, en l'absence de motifs justificatifs. Elle peut résulter d'une atteinte à un droit absolu de la victime (illicéité du résultat) ou de la violation d'une norme de comportement destinée à protéger le lésé contre le type de dommage qu'il subit (illicéité du comportement)[265]. En conséquence, en l'absence de violation d'une norme de comportement destinée à protéger le patrimoine de la victime, ni le dommage purement économique (soit une diminution du patrimoine qui n'est consécutive ni à une atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, ni à l'endommagement, à la destruction ou à la perte d'une chose[266]), ni le dommage réfléchi (soit le dommage qui se produit à la suite d'un acte illicite par répercussion sur la situation d'une tierce personne[267]) n'entraînent l'obligation de réparer.

En matière de surveillance des fondations, il est difficile d'imaginer un comportement de l'autorité de surveillance qui porterait atteinte à un droit absolu du lésé. En revanche, il faut examiner si des normes de comportement peuvent fonder l'obligation de réparer, qu'elles soient contenues dans la législation concernant le droit des fondations ou qu'elles découlent des principes généraux régissant l'activité administrative, tels que la bonne foi, dans le cas de renseignements inexacts[268] ou d'assurances erronées[269], la proportionnalité, l'abus du pouvoir d'appréciation[270] ou un déni de justice formel[271].

On doit donc se demander quels intérêts protège la norme de comportement dont la violation est invoquée. Le défaut de surveillance n'est un acte illicite que si *«dans l'exercice de ses compétences telles qu'elles lui sont conférées pour prévenir le genre de dommage indirect qui s'est produit, l'autorité applique incorrectement la loi, ou si, appelée à les exercer, elle s'y refuse»*[272] violant ainsi une obligation topique. Par exemple, selon Moor et Poltier, rien n'exclut que la Confédération soit tenue responsable envers les créanciers d'une banque à l'égard de laquelle la FINMA[273] n'aurait pas pris les mesures

265 ATF 123 II 577 c. 4.
266 ATF 118 II 176 c. 4b, JdT 1994 I 554.
267 ATF 112 II 118 c. 5e.
268 ATF 107 Ib 5 c. 2.
269 ATF 105 Ia 330 c. 6, JdT 1981 I 493.
270 ATF 91 I 449 c. 2 à 4, JdT 1966 I 600.
271 ATF 107 Ib 155; ATF 107 Ib 160 c. 3, JdT 1983 I 345.
272 Moor/Poltier (note 123), N 6.2.3.3 b et les nombreuses références citées.
273 Cependant, selon l'art. 19 al. 2 LFINMA, l'autorité de surveillance et les personnes qu'elle a mandatées ne sont responsables que si elles ont violé des devoirs essentiels de fonction et que l'assujetti n'a pas causé les dommages en violant ses obligations. Autrement dit, la responsabilité de la FINMA est exclue chaque fois que le dommage est causé par la violation de ses obligations par la personne assujettie à la surveillance. A ce sujet, cf. Renaud Rini, La responsabilité des autorités de surveillance bancaire en Europe, Zurich 2008, p. 159 ss et p. 206 ss. Cf. aussi Jean-Baptiste Zufferey, (Dé, re, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière. Thèses pour un état des lieux en droit suisse, RDS 2004 V, p. 479 ss, p. 599 ss.

que les circonstances imposaient[274], tout en reconnaissant que si l'autorité jouit d'une certaine liberté d'appréciation, il n'est pas toujours aisé de déterminer quelle mesure de surveillance elle aurait dû prendre et à quel moment[275].

Retenir comme motif de surveillance la sauvegarde de l'intérêt public ou la protection des intentions du fondateur[276] revient finalement à dire que la surveillance vise à protéger la fondation en tant que telle. C'est pourquoi il n'est pas exclu que la collectivité puisse être amenée à réparer le dommage causé à la fondation si ce préjudice est en lien de causalité adéquate avec un défaut de diligence de l'autorité de surveillance. Cela dit, une action en responsabilité serait plutôt rare pour la raison suivante: La fondation ne peut agir que par le truchement de son organe suprême. Or comme il a été relevé, la responsabilité primaire de la gestion de la fondation incombe à cet organe lui-même. Si la fondation subit un dommage, en principe, ce dernier ne peut être imputé qu'à ses dirigeants. Tant que ceux-ci restent en place, ils n'auraient pas intérêt à intenter une action en responsabilité contre l'autorité de surveillance, puisqu'ils mettraient ainsi aussi en cause leur propre responsabilité[277]. Par contre, si la composition du conseil de fondation est modifiée, par exemple à la suite de la destitution d'un membre parce que les agissements de ce dernier ont causé un dommage à la fondation et que l'autorité de surveillance, connaissant la situation, n'a pas pris de mesures appropriées commandées par les circonstances, on peut imaginer que le conseil, dans sa nouvelle composition, s'en prenne à l'autorité de surveillance. Il pourra en aller de même, par exemple, si l'autorité de surveillance désigne un organe incompétent pour remplacer un organe qui fait défaut (art. 83d al. 1 let. a CC) ou si l'autorité révoque les organes de la fondation et nomme à celle-ci un commissaire incapable (art. 83d al. 1 let. b CC).

Dans la grande majorité des cas, les destinataires d'une fondation classique n'ont pas une créance à l'égard de celle-ci, mais de simples expectatives, non pas de droit – comme pour les bénéficiaires d'une fondation de prévoyance professionnelle ou les titulaires d'une créance conditionnelle –, mais de fait (soit de simples espérances). C'est pourquoi un dommage causé à la fondation n'affecterait pas leur propre patrimoine; leur éventuelle action serait ainsi toujours infondée.

Enfin, on pourrait se demander si, se fondant sur l'article 84a CC, un créancier de la fondation pourrait tenir la collectivité publique pour responsable du dommage qu'il aurait subi, notamment parce que l'autorité de surveillance aurait tardé à requérir les mesures d'exécution forcée. La réponse à cette question dépend du motif qui a amené le législateur à adopter cette règle: est-ce pour

---

274 Question laissée indécise dans l'ATF 106 Ib 357, 370 et acte illicite non admis dans l'ATF 116 Ib 193, JdT 1993 I 55.

275 Moor/Poltier (note 123), N 6.2.3.3 b.

276 Cf. ci-dessus point B.III.

277 Jakob (note 26), p. 217.

protéger les intérêts des créanciers d'une fondation surendettée ou insolvable, ou est-ce pour imposer à l'autorité de surveillance d'examiner si une solution de sauvegarde de la fondation existe, avant que celle-ci ne soit mise en faillite? Les travaux préparatoires ne contiennent aucune indication à cet égard. On pourrait supposer que si l'intention du législateur était de protéger les créanciers de la fondation, il n'aurait pas interposé une instance intermédiaire (soit l'autorité de surveillance) entre le conseil de fondation et le juge de la faillite, retardant ainsi inutilement l'ouverture de cette procédure[278]. On peut cependant douter que, dans ses réflexions, le législateur soit allé aussi loin.

E. L'autorégulation

I. Notion, formes et effets

Alors que la réglementation étatique *«s'appuie sur des pouvoirs souverains permettant, dans le cadre d'un processus défini et de manière unilatérale, d'édicter des règles générales et abstraites qui s'imposent à tous»*, l'autorégulation est *«l'élaboration de normes et… leur mise en œuvre par des sujets de droit privé… directement concernés»*[279].

L'autorégulation peut prendre différentes formes[280]:

1° **Autorégulation libre**. Elle correspond à la création, par des particuliers, d'une réglementation sans intervention étatique, s'appliquant uniquement aux membres des organismes qui l'ont édictée. Les codes de déontologie élaborés par des associations professionnelles ont pour but *«d'éviter que l'autorité adopte elle-même les dispositions relatives à la surveillance de la profession»*[281]. On peut citer comme exemples d'autorégulations libres, les règles de déontologie des avocats[282] et des médecins[283], ou encore le *«Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance»*, élaboré par la Fédération des entreprises suisses[284].

---

278 Vez (note 19), N 695 ss.

279 Commission fédérale des banques, L'autorégulation dans le secteur financier suisse. «Rapport de la CFB sur l'autorégulation», juillet 2007, p. 9 et les références citées.

280 Commission fédérale des banques (note 279), p. 10; Alexandre Flückiger, Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires, RDS 2004 II, p. 159 ss, p. 180.

281 Flückiger (note 280), p. 212. Cet auteur estime encore que de tels codes peuvent aussi être adoptés non pas pour éviter une réglementation, mais parce que réglementer le domaine s'avère inopportun, impossible ou très difficile; il cite comme exemple la régulation de l'Internet (p. 213 et les références citées).

282 Code suisse de déontologie, du 10 juin 2005, élaboré par la Fédération suisse des avocats (état 22 juin 2012).

283 Code de déontologie de la FMH, du 12 décembre 1996, élaboré par la Fédération des médecins suisses (état 26 octobre 2011).

284 www.economiesuisse.ch (dernière consultation, 3 avril 2013).

2° **Autorégulation sous forme de standards minimaux**. Lorsque les organismes visés par une autorégulation sont soumis à une surveillance étatique, la loi peut conférer à l'autorité de surveillance la compétence de reconnaître une valeur de standard minimal aux normes créées dans le cadre de l'autorégulation libre et de les transposer dans ses propres règles de surveillance (cf. p. ex. art. 7 al. 3 LFINMA[285]). Cette reconnaissance élargit le champ d'application des normes d'autorégulation au-delà des seuls membres des organismes qui les ont édictées.

3° **Autorégulation obligatoire**. Elle repose sur un mandat conféré par le législateur à un organisme privé d'élaborer des normes d'autorégulation[286].

Si les destinataires sont libres de suivre ou non les normes d'autorégulation, les effets juridiques de celles-ci sont principalement appréciatifs: les normes d'autorégulation peuvent être utilisées par les autorités (l'administration ou les tribunaux) comme auxiliaires à l'interprétation[287]. Par ailleurs, à juste titre, Flückiger remarque que, *«la crainte d'engager sa responsabilité pour actes illicites … constitue un vecteur puissant pour inciter un individu … à respecter un acte non obligatoire. Tel est le cas lorsqu'un tribunal a jugé qu'une recommandation déterminée, qu'elle soit publique ou privée d'ailleurs, s'applique pour définir les limites de la négligence ou de l'imprudence. Juridiquement cependant, les destinataires demeurent libres d'adopter un autre comportement et ne seront 'sanctionnés' qu'a posteriori, c'est-à-dire au moment de la survenance du dommage. La crainte d'une responsabilité pour actes illicites est également décisive du point de vue de l'auteur de l'acte non obligatoire, incitant ce dernier à édicter l'acte dans le respect des principes d'un Etat de droit»*[288]. Cette opinion n'est toutefois pas partagée par une partie de la doctrine[289] en ce qui concerne la portée des normes d'autorégulation édictées dans le secteur des fondations classiques.

---

285 Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1).

286 Cf. p. ex. l'art. 37h de la loi sur les banques (RS 952.0), l'art. 4 de la loi sur les bourses (RS 954.1), l'art. 4 al. 3 de l'ordonnance sur les placements collectifs (RS 951.311) ou l'art. 25 de la loi sur le blanchiment d'argent (RS 955.0).

287 Thomas Sprecher, Was ist und was leistet Foundation Governance, Jusletter 26 avril 2010, Rz 111 et les références citées; Flückiger (note 280), p. 257.

288 Flückiger (note 280), p. 254. Dans le même sens, pour les entreprises commerciales: Hans Caspar von der Crone, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, RDS 2000 II, p. 235 ss, p. 246 ss.

289 Sprecher (note 287), Rz 111; Alex Fischer, Corporate Governance bei Stiftungen – von der Selbstverständlichkeit des Guten, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Martin Waldburger (éd.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zurich 2006, p. 645 ss, p. 668.

II. L'autorégulation dans le secteur des fondations classiques

1. En général

Le droit suisse des fondations se distingue par son libéralisme; il contient un minimum de règles impératives et laisse une large autonomie au fondateur dans l'organisation de la fondation et aux organes de celle-ci dans la gestion. Pourtant, il faut admettre qu'en définissant les droits et les devoirs des organes, il serait plus aisé de circonscrire leur marge de manœuvre et leur responsabilité[290]. Reste la question du *sedes materiae* de ces règles: faut-il les intégrer au Code civil ou peut-on se contenter des actes d'organismes privés d'autorégulation? Le Conseil fédéral privilégie cette seconde solution[291]; il considère en effet que des mécanismes de contrôle alternatifs ont pour conséquence un allégement de la surveillance institutionnelle[292].

Il ne s'agit naturellement pas de privatiser la surveillance par l'autorégulation. Cette option, évoquée dans le rapport sur l'aménagement de la surveillance des fondations, n'a pas été retenue en raison de l'absence de caractère contraignant des mesures ordonnées, ayant pour conséquence de les rendre inefficaces pour les fondations qui refuseraient de participer au système autorégulé[293]. Il s'agit bien plus de promouvoir les efforts des organismes privés tendant à l'application des principes de *«Good Governance»* au secteur des fondations classiques.

La gouvernance des fondations porte sur les relations entre l'organe suprême de la fondation, la direction et les parties prenantes. *«Elle détermine la structure, la méthode de travail, les rôles respectifs qui garantissent la maîtrise du projet, de la stratégie, de sa mise en œuvre et des actions et moyens correspondants. Elle est le garant de la transparence, du respect des valeurs et des engagements pris. Elle assure que* [l'organe suprême de la fondation] *ait les moyens de surveillance et de contrôle des objectifs et qu'il agit en concertation avec les parties prenantes. La bonne gouvernance des … fondations favorise l'engagement, la confiance de l'opinion publique et le développement de ce secteur».*[294]

La réflexion sur la gouvernance répond notamment aux enjeux suivants[295]:

1° Les fondations sont librement constituées en vue de poursuivre, dans la durée, un but d'intérêt général. Quelles que soient leur diversité et leurs spéci-

290 FF 2013, p. 1981 ss, p. 1989 s.

291 FF 2013, p. 1981 ss, p. 1990.

292 GRUNDLAGENBERICHT (note 60), p. 13. Dans le même sens, JAKOB (note 26), p. 7; MAX FRENKEL, Zwischen Selbstregulation und staatlicher Stiftungsaufsicht, in: Philipp Egger (éd.), Stiftungsparadies Schweiz. Zahlen, Fakten und Visionen, Bâle-Genève-Munich 2003, p. 121 ss.

293 GRUNDLAGENBERICHT (note 60), p. 9. Dans le même sens, FLÜCKIGER (note 280), p. 269.

294 IFA – Institut français des administrateurs, La gouvernance des grandes associations et fondations, Recommandations et guide pratique, avril 2007, p. 7.

295 IFA (note 294), p. 6.

ficités, ce sont des acteurs économiques. Le souci d'atteindre leurs buts leur commande une bonne gouvernance des ressources qui leur sont confiées.

2° Les fondations qui, pour pouvoir participer à l'environnement sociétal et y exercer leur part de responsabilité, font appel à la générosité du public doivent être en mesure de convaincre les donateurs de la qualité de leur gestion.

3° Les fondations gestionnaires de services, offrant des prestations en partenariat avec les collectivités publiques qui les subventionnent, doivent répondre à des exigences accrues concernant leur gouvernance.

2. *Les normes suisses d'autorégulation des fondations*

En Suisse, les discussions concernant la gouvernance des fondations ont démarré au début des années 2000. Plusieurs facteurs y ont contribué, notamment diverses affaires médiatisées de mauvaise gestion de fondations, les discussions sur les modifications envisagées du droit des fondations, voire – après les attentats du 11 septembre 2001 – le risque que les fondations se transforment en véhicules de blanchiment d'argent, de terrorisme ou de corruption[296].

Les travaux entrepris depuis lors sont de deux ordres[297]: la certification (a) et l'élaboration de deux codes de gouvernance, soit le *«Swiss NPO-Code»* (b) et le *«Swiss Foundation Code»* (c); les principes fondamentaux de ces codes se recoupent, mais ils se distinguent à la fois par leur portée et par la spécificité des domaines pour lesquels ils ont été conçus. Principalement en raison de ces différences, mais aussi dans la mesure où les relations de ces codes par rapport au droit objectif ne leur semblent pas claires, d'aucuns se montrent sceptiques à l'égard de l'utilité de ces codes, considérant qu'ils ne pourraient déployer d'effet que si leurs recommandations sont intégrées dans l'acte de fondation[298].

Signalons cependant que bien auparavant, l'autorité fédérale et certaines autorités cantonales de surveillance des fondations mettaient déjà – et mettent encore – à disposition des intéressés des statuts-modèles, lesquels constituent une variante de recommandations, même s'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'autorégulation. Ces modèles permettent aux autorités de surveillance d'uniformiser en quelque sorte le droit alors qu'en fait, elles n'en ont pas la compétence[299].

---

296 SPRECHER (note), Rz 35 s. Cf. Aussi HANS MICHAEL RIEMER, Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Stiftungsrecht: Fusionsgesetz, Revision des Stiftungsrechts, Revisionsstelle/Revisionsaufsicht, AG-Gründung durch Stiftungen, Stiftungen und Corporate Governance, Annuaire du registre du commerce 2003, p. 67 ss, p. 72 ss; KARL HOFSTETTER, Corporate Governance – Herausforderung für Stiftungen, in: Philipp Egger (éd.), Stiftungsparadies Schweiz. Zahlen, Fakten und Visionen, Bâle-Genève-Munich 2003, p. 43 ss.

297 PRIMUS FELLMANN, NPO-Audits aus Sicht der Revisionspraxis, in: Philipp Egger/Georg von Schnurbein/Daniel Zöbeli/Claus Koss (éd.), Rechnungslegung und Revision von Förderstiftungen, Bâle 2011, p. 181 ss.

298 HANS MICHAEL RIEMER, Corporate Governance-Richtlinien für Vereine und Stiftungen aus juristischer Sicht, RSJ 2006, p. 513 ss.

299 Cf. dans ce sens, mais pour la loi-modèle, FLÜCKIGER (note 280), p. 200.

a. La certification

Plusieurs entités privées accordent des labels de qualité aux organisations d'utilité publique qui choisissent de respecter leurs exigences. La certification privée est une variante d'autorégulation, le label adopté étant souvent propre à éviter une réglementation étatique[300].

1° **La Zewo**[301] constituée en association en 1934, puis transformée en fondation en 2001, a pour but d'assurer la transparence et la loyauté sur le marché des dons en Suisse. Elle contrôle les organisations d'utilité publique et vérifie qu'elles utilisent les dons conformément aux buts pour lesquels ils ont été récoltés. Elle accorde un label de qualité à celles qui respectent ses standards. Elle publie un répertoire des organisations d'entraide contrôlées et met à disposition une banque de données des organisations certifiées sur son site Internet.

2° **La SQS** – Association Suisse pour Système de Qualité et de Management[302] accorde un label de qualité à des organisations à but non lucratif de tous types et de toute taille: associations, fondations, fédérations etc. Ses standards se rapportent à l'organisation et à la gestion des entités certifiées.

3° **La VMI** – Verbandsmanagement Institut de l'Université de Fribourg[303] a développé un modèle de gestion, le *«Freiburger Management-Modell für NPO (FMM)»*, lequel sert de référence pour l'octroi du *«NPO-Label für Management Excellence»* aux entités à but non lucratif organisées et gérées selon les connaissances scientifiques les plus récentes en matière de gestion.

4° **Le Swiss GAAP RPC** – Fondation pour les recommandations relatives à la présentation des comptes[304] émet des recommandations en matière de présentation des comptes, lesquels doivent donner une image fidèle de la situation financière et des résultats *(true and fair view)* de l'entité qui les adopte. Parmi ces recommandations, le *«Swiss GAAP RPC 21»*[305] est spécialement conçu pour l'établissement des comptes des organisations sociales d'utilité publique à but non lucratif. Les entités qui présentent leurs comptes selon cette norme s'obligent à établir des comptes consolidés, à compléter le rapport financier par un rapport de performance et un tableau de variation du capital et à publier des informations relatives à leurs charges administratives et à la rémunération des organes dirigeants.

---

300 FLÜCKIGER (note 280), p. 212 s.

301 www.zewo.ch (dernière consultation, 3 avril 2013).

302 www.sqs.ch (dernière consultation, 3 avril 2013).

303 www.vmi.ch (dernière consultation, 3 avril 2013).

304 www.fer.ch (dernière consultation, 3 avril 2013).

305 Pour une présentation de cette norme, cf. RETO EBERLE, «Tue Gutes und berichte darüber» oder wie durch (freiwillige) Transparenz Vertrauen geschaffen wird, in: Philipp Egger/Georg von Schnurbein/Daniel Zöbeli/Claus Koss (éd.), Rechnungslegung und Revision von Förderstiftungen, Bâle 2011, p. 57 ss.

b. *Le «Swiss NPO-Code»*

Ce code a été élaboré en 2006 sous l'égide de la *«Conférence des présidentes et des présidents des grandes œuvres d'entraide de Suisse»*[306], en collaboration avec la fondation ZEWO et l'association proFonds[307].

Il s'applique aux organes dirigeants des grandes organisations à but non lucratif en Suisse qui fournissent des prestations d'intérêt général et qui font appel à un cercle indéterminé de donateurs, qu'il s'agisse de particuliers, de sociétés ou de collectivités publiques. S'appliquant non seulement aux fondations, mais aussi aux associations d'intérêt public, le code contient des dispositions spécifiques aux relations avec des membres, des donateurs, des bénévoles ou des salariés[308].

Le *«Swiss NPO-Code»* est obligatoire pour les organisations qui lui sont soumises; il exige un engagement selon le principe *«comply or explain»*, tout écart par rapport aux recommandations du code devant être motivé. A notre connaissance, il n'est disponible qu'en allemand.

c. *Le «Swiss Foundation Code»*

Ce code [309] a été élaboré à l'initiative de l'association SwissFoundations[310]. Edité une première fois en 2005, puis réédité en 2009, il comprend trois principes et vingt-six recommandations, tous commentés. Les principes et recommandations du code sont taillés sur mesure pour les fondations donatrices, c'est-à-dire celles qui disposent d'un patrimoine propre et déploient, à l'aide de ce patrimoine ou des revenus de celui-ci, des activités d'intérêt public. Ayant suffisamment de moyens pour mettre en œuvre leurs objectifs, ces fondations ne dépendent pas du monde extérieur: elles ne reçoivent pas de subventions publiques et ne procèdent pas à des récoltes publiques de fonds; elles ne sont donc pas soumises à la concurrence, du moins pour l'acquisition des moyens financiers. Par ailleurs, dépourvues de sociétaires, donc de propriétaires, elles ne connaissent pas de contrepoids face aux responsables de leur gestion. Le code ne s'applique que *mutatis mutandis* aux autres types de fondations, en particulier aux fondations collectrices, lesquelles sont constituées avec un faible patrimoine initial, et dont les ressources proviennent de collectes actives de fonds auprès de tiers.

Le *«Swiss Foundation Code»* a le caractère de simple recommandation; son but est d'inciter les fondations à l'autorégulation. Il est disponible en allemand, français et anglais.

---

306 www.swiss-npocode.ch (dernière consultation, 3 avril 2013).
307 www.profonds.org (dernière consultation, 3 avril 2013).
308 Swiss NPO-Code (note 132), § 4, ch. 4 et 5.
309 SPRECHER/EGGER/JANSSEN (note 153).
310 www.swissfoundations.ch (dernière consultation, 3 avril 2013).

3. *Les principes fondamentaux communs*

Il n'est pas le lieu ici d'entrer dans les détails des normes contenues dans les deux codes qui viennent d'être présentés. Seuls seront donc exposés les trois principes fondamentaux communs que sont la réalisation efficace du but de la fondation (a), la mise en place de mécanismes de contrôle (b) et la transparence (c). Ces trois principes ont une portée illimitée et leur respect simultané est indispensable quel que soit l'acte envisagé. Interagissant mutuellement, ils constituent le noyau dur de la gouvernance des fondations, c'est-à-dire le niveau normatif suprême de repère pour toutes les actions de la fondation[311].

a. *La réalisation efficace du but de la fondation*

Les organes de la fondation doivent toujours avoir en ligne de mire le but de la fondation et tout mettre en œuvre pour l'atteindre effectivement et efficacement[312]. A première vue, ce principe peut sembler une lapalissade, tant il va de soi. Cependant, sa portée est plus profonde qu'il n'y paraît. Une réalisation efficace du but de la fondation implique non seulement le respect du but (aa), mais elle est aussi tributaire de l'organisation que la fondation se donne (ab), de la manière avec laquelle elle déploie ses activités (ac) et de l'efficacité avec laquelle elle gère son patrimoine (ad).

aa. Le respect du but

La fonction primordiale des organes de la fondation est de pourvoir à la réalisation du but, tel qu'il figure dans l'acte de fondation, puisque le but constitue le point de départ et de repère pour toutes les activités de la fondation[313]. Cette exigence ne doit pas être prise au pied de la lettre: il ne s'agit pas de l'obligation de ne s'écarter sous aucun prétexte du but tel que *fixé* dans l'acte de fondation. *«Le souci de respecter à la lettre la volonté du fondateur peut en dernière analyse conduire au mépris le plus complet de ses intentions véritables»*[314]. Ainsi, le but de la fondation doit être réinterprété régulièrement en fonction de l'évolution de la société: changement de mœurs, changements politiques, changements économiques etc.

Il s'agit en fait de se mettre à la place du fondateur, en se demandant ce qu'il aurait voulu ou ce qu'il aurait fait, s'il avait eu connaissance des changements intervenus. Souvent, cette réinterprétation permettra à la fondation de s'adapter aux circonstances tout en gardant le cap. Mais il n'est pas exclu qu'elle mène à un changement en profondeur du but de la fondation, justement parce que la situation aura, elle aussi, profondément changé.

---

311 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 18.

312 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 18; Swiss NPO-Code (note 132), § 3 et § 4, ch. 2.

313 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 18; Swiss NPO-Code (note 132), § 12, ch. 2, let. a.

314 Pierre Tuor, Le Code civil suisse, Traduit de l'allemand par Henri Deschenaux, Zurich 1950, p. 118.

ab. Une organisation appropriée

Concernant l'organisation de la fondation, la loi est particulièrement laconique. Dans une phrase sibylline, l'article 83 CC se contente d'évoquer les organes de la fondation et son mode d'administration, sans nommer ces organes (à l'exception de l'organe de révision, art. 83b s. CC), ni en fixer la composition, le mode de désignation ou les attributions, si ce n'est l'obligation de tenir une comptabilité (art. 83a CC). C'est dire la liberté – donc la responsabilité – que laisse la loi au fondateur, respectivement aux organes de la fondation, pour la détermination de l'organisation de la fondation.

Il est bien entendu que chaque fondation doit nécessairement avoir deux organes: l'organe suprême qu'on appelle généralement le conseil de fondation et, en principe, un organe de révision. Par ailleurs, outre ces organes nécessaires, la fondation peut aussi s'en doter d'autres, tels qu'une direction ou des conseils consultatifs pour autant que la gestion de la fondation l'exige ou qu'un savoir-faire spécifique soit indispensable[315].

L'organisation de la fondation n'est appropriée que si elle est adaptée aux moyens financiers disponibles et au genre et à l'ampleur des activités que déploie la fondation. Ce sont ces facteurs qui déterminent le nombre de membres du conseil de fondation, leur profil, la nécessité d'une direction opérationnelle ou celle de conseils consultatifs.

Dans ce domaine également, l'organisation de la fondation ne doit pas rester figée, mais adaptée en fonction des possibilités de la fondation et de ses besoins du moment[316].

ac. Des activités efficientes

La fondation réalise son but par ses activités. Une des premières tâches des organes de la fondation consiste à établir une politique (que fait-on?) et une stratégie (comment le fait-on?), lesquelles constituent le cadre général de référence pour ses activités[317].

Pour ce faire, la fondation doit, d'une part, identifier les besoins de la société, prenant en considération les autres acteurs déployant un travail similaire dans son rayon d'activité, afin d'éviter des doublons[318]. Elle doit, d'autre part, déterminer ses propres moyens financiers n'engageant pour ses activités plus de ressources qu'elle ne génère de revenus, mais utilisant effectivement ceux-ci au maximum[319].

Cette première phase devrait aboutir à l'élaboration de critères clairs permettant d'orienter le ou les domaines d'action de la fondation, notamment pour sé-

---

315 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 83 s.; Swiss NPO-Code (note 132), § 19.
316 Swiss NPO-Code (note 132), § 9, ch. 2, let. a et § 15, ch. 5 et 6.
317 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 86; Swiss NPO-Code (note 132), § 12, ch. 2, let. b et c.
318 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 86.
319 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 88.

lectionner les projets que la fondation entend soutenir[320]. Puis, la fondation doit suivre l'évolution et la réalisation des projets sélectionnés[321].

Enfin, la fondation doit réévaluer périodiquement sa politique et sa stratégie, en tenant compte de l'évolution de la situation et adapter, le cas échéant, ses champs d'action, par exemple en envisageant des coopérations avec d'autres institutions privées ou publiques[322].

ad. Une gestion efficace du patrimoine

Dans ce domaine, il faut distinguer les fondations à capital consommable, c'est-à-dire celles qui sont d'une durée déterminée car destinées à disparaître une fois que le patrimoine de la fondation aura été totalement épuisé dans la réalisation du but, de celles dont seuls les revenus du patrimoine sont affectés à ses activités. Dans ce dernier cas, une gestion efficace du patrimoine implique que la fondation croît le capital à concurrence du taux d'inflation, quelle que soit sa stratégie de placement. Les revenus compensant l'inflation doivent être ajoutés au patrimoine et non distribués[323].

De manière toute générale, on peut dire que le processus de gestion du patrimoine devrait englober trois étapes: **1°** la détermination de la stratégie de placements, **2°** la mise en œuvre de la stratégie ainsi déterminée, et **3°** le contrôle du résultat des placements[324].

Les revenus du patrimoine qui dépassent les réserves de fluctuation constituent les moyens financiers disponibles tant pour la gestion administrative de la fondation que pour ses activités nécessaires à la réalisation du but[325].

Dans ce contexte, un problème récurrent est la part des charges administratives par rapport aux montants affectés directement aux destinataires de la fondation.

Les charges administratives ne doivent pas être confondues avec celles directement liées aux projets soutenus par la fondation, telles que les frais engendrés par le travail de communication, de sélection, d'accompagnement ou de contrôle de projets. Les charges occasionnées par de telles activités, directement liées aux projets, font partie intégrante de la promotion opérationnelle de projets et doivent se refléter dans une comptabilité analytique faisant clairement la différence entre ces deux types de charges[326].

L'idée générale est de maintenir les coûts administratifs dans un rapport – non pas aussi bas mais – aussi favorable que possible avec les moyens affectés à la réalisation du but. L'efficacité d'une fondation ne se mesure pas à l'aune de

320 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 92.
321 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 96.
322 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 86.
323 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 108.
324 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 103.
325 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 89.
326 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 90 s.

la modicité de ses coûts administratifs. Le seul fait d'économiser n'est pas encore une gestion efficace du patrimoine. Maintenir les charges d'exploitation aussi basses que possible peut paradoxalement conduire à une activité qualitativement insuffisante et trop peu efficace, puisqu'il peut transformer la fondation en une pure entité de distribution qui répartit et verse de temps à autre des sommes d'argent à la manière d'un arrosoir[327].

En principe, la part des revenus affectée directement à la réalisation du but de la fondation doit être distribuée complètement et à brève échéance. Les fondations exonérées d'impôts ne sauraient thésauriser les rendements et bénéfices en diminuant les quotes-parts de distribution. La violation de ce principe signifie que la fondation ne gère pas efficacement son patrimoine et, en conséquence, ne met pas en œuvre son but dans la mesure de ses possibilités. Exceptionnellement, pour les petites fondations ou celles nouvellement constituées, d'autres principes peuvent s'avérer plus adaptés; elles peuvent par exemple réaliser des économies durant une période limitée pour créer suffisamment de réserves de fluctuations ou pour réaliser des projets de plus grande envergure[328].

b. Les mécanismes de contrôle internes

ba. La notion

Appelés communément *«Checks and Balances»*, les mécanismes de contrôle internes sont destinés à éviter durablement l'abus du pouvoir dans des organismes complexes; il s'agit du contrôle réciproque *(checks)* des organes entre eux pour établir un système d'équilibre *(balances)* afin de favoriser la réussite de l'ensemble[329]. C'est en quelque sorte un système de séparation des pouvoirs.

Pour illustrer le problème on peut faire appel à la théorie de l'agence (*«Principal-Agent Theory»* ou le problème de *«other people's money»*[330]), développée dans le contexte des sociétés commerciales cotées en bourse[331]. Cette théorie est fondée sur l'opposition des intérêts de deux partenaires contractuels, d'une part, le mandant (le principal) et de l'autre, le mandataire (l'agent). Alors qu'en déléguant à l'agent un certain pouvoir décisionnel, le mandant (en l'occurrence, l'actionnaire) entend tirer un maximum de bénéfice de son investissement, faute d'un mécanisme de contrôle adéquat, le mandataire (membre de l'organe exécutif de la société) peut être tenté d'abuser du pouvoir qui lui est ainsi laissé en maximisant son propre profit au détriment du principal. Dans le domaine éco-

---

327 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 90.

328 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 89.

329 SPRECHER (note 287), Rz 58.

330 CLAUS KOSS, Notwendigkeit und Gestaltung der Rechnungslegung von Stiftungen, in: Philipp Egger/Georg von Schnurbein/Daniel Zöbeli/Claus Koss (éd.), Rechnungslegung und Revision von Förderstiftungen, Bâle 2011, p. 15 ss, p. 21 ss.

331 SPRECHER (note 287), Rz 62 et les références citées; LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance-Aspekten, RDS 2000 II, p. 135 ss, p. 141 ss.

nomique, les discussions concernant les salaires exorbitants des managers sont illustrées à l'aide de cette théorie.

L'approche principal-agent est aussi congrue dans le domaine des fondations[332], puisqu'il y a un danger latent que les décideurs ne cherchent pas à mettre en œuvre le but de la fondation: ce qui est, dans une entreprise commerciale, l'intérêt de l'actionnaire, correspond, dans une fondation, au but de celle-ci[333]. Le problème se pose avec d'autant plus d'acuité que la fondation appartient à elle-même: elle n'a ni propriétaire, ni sociétaires. Par conséquent, elle ne dispose pas d'un organe de contrôle comparable à l'assemblée générale d'une association ou à l'assemblée des actionnaires d'une société anonyme[334]. Le problème est encore plus intense pour les fondations donatrices qui – contrairement aux fondations collectrices – ne sont pas même soumises au *«contrôle du marché des donateurs»*[335].

De ce fait, pour garantir une séparation des pouvoirs, la fondation doit veiller elle-même à ce que, d'une part, elle soit dirigée et que, d'autre part, cette direction soit contrôlée. Le conseil de fondation ayant la responsabilité de la direction, il est aussi garant de l'organisation des contrôles – incluant son propre contrôle. La difficulté à laquelle doit faire face le conseil de fondation est précisément qu'il est son propre organe de surveillance[336].

bb. Les instruments

Les instruments de contrôles sont multiples: outre l'établissement d'exigences éthiques élevées pour les membres de l'organe suprême de la fondation[337], on peut mentionner la séparation des niveaux de gestion au sein de la fondation (bba) et la mise en place d'un système de contrôle interne (bbb).

bba. La séparation des niveaux de gestion[338]

Dans les fondations de taille moyenne et grande[339], il est indispensable que, sur le plan personnel, la direction stratégique, qui est une tâche du conseil de fondation, soit distincte de la direction opérationnelle. En revanche, cette distinction n'est pas possible ou n'est pas opportune pour les fondations de petite taille; dans ce cas, la direction est, d'une part, un organe d'exécution et gère la fonda-

---

332 Jakob (note 26), p. 530.
333 Hofstetter (note 296), p. 45.
334 Jakob (note 26), p. 89 ss.
335 Sprecher (note 287), Rz 68; Jakob (note 26), p. 98.
336 Jakob (note 26), p. 72.
337 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 45.
338 Swiss NPO-Code (note 132), § 4, ch. 1 et § 10.
339 Sont considérées de grande taille, les fondations ayant un patrimoine supérieur à 50 millions de francs, de taille moyenne, celles dont le patrimoine se situe entre 10 et 50 millions de francs, de petite taille, celle ayant une fortune inférieure à 10 millions de francs: Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 154.

tion; elle est, d'autre part, l'état-major du conseil de fondation, dont elle prépare les décisions. Des difficultés peuvent survenir s'il y a union personnelle d'un membre (souvent le président) du conseil de fondation et de la direction. Même si une telle union personnelle est judicieuse en raison de la taille de la fondation, il faut concevoir un mécanisme de contrôle pour permettre aux autres membres du conseil de fondation de surveiller la direction. Cette tâche peut par exemple être confiée soit à un comité, soit à un autre membre du conseil de fondation[340]. Pour les fondations portant le label ZEWO, l'union personnelle entre les directions stratégique et opérationnelle n'est admise que si ces deux fonctions sont exercées à titre bénévole[341].

bbb. Le système de contrôle interne[342]

Depuis le 1er janvier 2008, les fondations ayant une importance économique (art. 727 CO, applicable aux fondations par le renvoi de l'art. 83b al. 3 CC) sont tenues de se soumettre à une révision ordinaire laquelle implique qu'outre la tenue des comptes, l'existence d'un système de contrôle interne soit également vérifiée par l'organe de révision (art. 728a al. 1, ch. 3 CO). Cependant, quelle qu'en soit la taille, il est recommandé à chaque fondation de mettre sur pied un système de contrôle interne[343], en adoptant notamment les mesures suivantes:

1° **Les évaluations périodiques** du travail tant de la direction opérationnelle que du conseil de fondation. Il s'agit pour l'essentiel de prévoir des processus afin d'identifier les risques potentiels encourus par la fondation pour pouvoir les prévenir à temps[344].

2° **La réglementation des droits de signature**. Pour garantir un double contrôle, les signatures individuelles sont en principe à éviter, plus particulièrement dans les relations bancaires[345].

3° **La prévention des conflits d'intérêts**[346]. Il y a conflit d'intérêts si, dans un cas particulier, un organe dirigeant de la fondation ne peut pas assumer sa tâche indépendamment de ses propres intérêts ou de ceux de ses proches ou

340 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 46; SPRECHER (note 287), Rz 79.

341 Art. 6 ch. 4 et 7 du Règlement relatif au label de qualité Zewo délivré aux organisations d'utilité publique (note 201).

342 THOMAS RAUTENSTRAUCH, Internes Kontollsystem (IKS) in Stiftungen: Grundlagen und Zusammenhänge, in: Philipp Egger/Georg von Schnurbein/Daniel Zöbeli/Claus Koss (éd.), Rechnungslegung und Revision von Förderstiftungen, Bâle 2011, p. 37 ss; BÉATRICE MEYER/LUKA ZUPAN, Einführung und Anwendung eines internen Kontrollsystems (IKS) in Förderstiftungen, in: Philipp Egger/Georg von Schnurbein/Daniel Zöbeli/Claus Koss (éd.), Rechnungslegung und Revision von Förderstiftungen, Bâle 2011, p. 81 ss.

343 Swiss NPO-Code (note 132), § 26.

344 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 51.

345 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 49; art. 6 ch. 6 du Règlement relatif au label de qualité Zewo délivré aux organisations d'utilité publique (note 201).

346 Swiss NPO-Code (note 132), § 18.

lorsque l'exécution d'une activité et son contrôle sont assumés par une seule et même personne. Les conflits d'intérêts dans les fondations peuvent exister aussi bien dans le domaine du placement de la fortune (la proximité de personnes actives au sein de la fondation avec les gestionnaires de fortune) que dans celui des activités de soutien (la proximité avec le cercle des destinataires de la fondation). Si le conflit d'intérêts est permanent, le dirigeant concerné ne doit pas faire partie du conseil de fondation ou de la direction; si le conflit est passager, l'intéressé doit signaler la situation au conseil de fondation puis se récuser non seulement lors du vote, mais déjà au stade des délibérations[347]. Enfin, des affaires importantes entre la fondation et ses dirigeants ou des proches de ceux-ci doivent être conclues aux mêmes conditions qu'avec des tiers (*«dealing at arms' length»*)[348].

4° **La garantie d'indépendance** des tiers se trouvant dans un rapport juridique particulier avec la fondation, notamment:

- **L'organe de révision**. De par la loi, la fondation est tenue d'élire un organe de révision externe qui répond aux exigences légales relatives à l'indépendance et aux qualifications particulières. A certaines conditions, l'autorité de surveillance peut dispenser une fondation de l'obligation de désigner un organe de révision[349]. Cependant, en application du principe des *«Checks and Balances»*, la dispense de l'obligation de désigner un organe de révision ne doit être requise ou octroyée qu'avec la plus grande réserve. Par principe, le conseil de fondation ne doit confier à l'organe de révision aucune tâche allant au-delà des attributions légales de celui-là[350]; il veille périodiquement au renouvellement de l'organe de révision[351].
- **Les experts externes**. Même lorsque les membres du conseil de fondation disposent de connaissances spécialisées, il peut s'avérer nécessaire de faire appel à un conseil externe pour des affaires importantes. L'indépendance des experts externes, qu'ils soient des prestataires de services agissant à titre onéreux ou des conseils bénévoles, assure une meilleure qualité des délibérations et des décisions prises[352].
- **Les gestionnaires de fortune**. La fondation doit être indépendante dans le placement de son patrimoine, notamment à l'égard des gestionnaires de fortune et des banques. Même si le conseil de fondation dispose lui-même des connaissances effectives, théoriquement solides et professionnelles en matière de placements, il est recommandé de recourir à un conseiller indépendant pour l'élaboration de la politique et de la stratégie de place-

347 Swiss NPO-Code (note 132), § 18, ch. 2; art. 6 ch. 5 du Règlement relatif au label de qualité Zewo délivré aux organisations d'utilité publique (note 201).
348 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 70 ss; Swiss NPO-Code (note 132), § 18, ch. 3.
349 Cf. ci-dessus point B.III.2.c.ca.
350 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 80 ss.
351 Swiss NPO-Code (note 132), § 27, ch. 3.
352 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 63.

ments, pour l'attribution, aux conditions de la concurrence, du mandat de gestion de fortune, pour le contrôle du gestionnaire de fortune et du résultat des placements, ou pour le contrôle périodique de la stratégie d'investissements. Il faut éviter les *«solutions en bloc»* consistant pour un gestionnaire de fortune d'élaborer pour une fondation aussi bien une politique qu'une stratégie d'investissements, de les mettre en œuvre puis les évaluer lui-même[353].

c. *La transparence*

Bénéficiant de privilèges fiscaux et intervenant dans la dynamique des processus sociaux, les fondations d'intérêt public doivent assurer une large transparence de leur but, leurs objectifs, leur structure et leurs activités[354].

Bien entendu, toute exigence de transparence connaît aussi des limites. Ainsi peut-on la catégoriser de la manière suivante:

1° Transparence à l'égard d'un **large public**. Il s'agit de faits publics, donc par définition accessibles à tout un chacun. Il en va ainsi des statuts – qui contiennent notamment le but de la fondation – du nom des membres du conseil de fondation, inscrits au registre du commerce (art. 95 let. i ORC) et de celui de l'organe de révision, aussi inscrit au registre du commerce (art. 95 let. m ORC). Le cas échéant, des règlements importants de la fondation, sa charte et son organigramme peuvent aussi être rendus publics.
Il en va de même pour ce que devraient connaître les destinataires potentiels de la fondation notamment les critères et processus de sélection de projets que la fondation pourrait soutenir[355].

2° Transparence à l'égard d'éventuels **donateurs et sponsors** de la fondation, lesquels doivent être dûment renseignés du sort réservé à leurs attributions[356].

3° Transparence à l'égard des **requérants des prestations de la fondation**. Ces derniers doivent être informés par écrit, dans un délai raisonnable, des décisions – positives ou négatives – concernant leur requête[357].

4° Transparence **à l'interne**[358]. De manière générale, les dispositions internes de la fondation sont classées sur trois niveaux hiérarchiques: les dispositions normatives (acte de fondation, statuts), les directives stratégiques et les instructions opérationnelles. Les premières ont la priorité matérielle et temporelle par rapport aux deuxièmes et celles-ci par rapport aux troisièmes. *«Cette*

---

353 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 99.

354 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 19; Swiss NPO-Code (note 132), § 4, ch. 3 et § 28 et 29.

355 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 93.

356 Cf. art. 9 et 10 du Règlement de la Zewo, du 1er janvier 2007, régissant l'activité relative aux collectes de fonds à des fins d'utilité publique; Swiss NPO-Code (note 132), § 11.

357 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 94.

358 Swiss NPO-Code (note 132), § 15, ch. 3.

hiérarchisation n'est toutefois pas ‹à sens unique›; il s'agit plutôt d'un système transparent et communicant. Dans les trois domaines normatif, stratégique et opérationnel de la gestion, la mise en place de processus de rétroaction (feedback) est essentielle»[359].

5° Transparence à l'égard de **l'autorité de surveillance**. Les comptes annuels, le rapport de gestion et le rapport de l'organe de révision doivent être présentés au moins une fois par année à l'autorité de surveillance. Les comptes annuels doivent fournir une image complète, transparente et fidèle de la situation financière de la fondation. Par ailleurs, à la demande de l'autorité de surveillance, la fondation doit lui remettre tous documents internes de la fondation (procès-verbaux des séances, les directives internes, les règlements de défraiements etc.). Enfin, le conseil de fondation doit informer spontanément l'autorité de surveillance de tous faits et de toutes circonstances ayant une certaine importance[360].

F. Conclusions

La surveillance administrative des fondations classiques ne devrait plus être la règle, mais l'exception. Seules les fondations poursuivant un *but d'intérêt public* devraient être soumises à une surveillance générale de l'Etat, car une telle surveillance ne saurait se justifier que si la collectivité publique a un intérêt à la poursuite du but de la fondation. Ainsi conçue, la surveillance administrative deviendrait un service que l'Etat offre aux fondations et non plus une contrainte qu'il leur impose.

Le modèle de *surveillance à deux niveaux*, adéquat pour les fondations de prévoyance professionnelle, *n'est pas adapté* aux fondations classiques. Même si une telle organisation était apte à assurer, dans une certaine mesure, une harmonisation des activités et de la pratique de la surveillance, elle impliquerait un bouleversement total de la réglementation actuelle en la matière, occasionnerait des coûts disproportionnés tant pour la collectivité publique que pour les fondations surveillées et engendrerait une bureaucratie disproportionnée.

En raison de l'ambiguïté du statut des autorités de surveillance des fondations classiques, souvent indépendantes du pouvoir hiérarchique, mais dont on n'exige pas la même impartialité que celle d'un juge, le seul aménagement des voies de recours contre leurs décisions ne suffirait pas au contrôle de leurs activités, notamment en raison de la durée et des coûts élevés d'une procédure de recours. En revanche, la mise sur pied d'une *médiation*, une structure informelle, légère et peu coûteuse, pourrait être un instrument utile de contrôle et

359 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 127.
360 Swiss Foundation Code 2009 (note 153), p. 51.

constituer une alternative intéressante au recours, qu'elle aurait généralement pour conséquence d'éviter.

L'application, aux fondations classiques, du droit de la révision des sociétés anonymes ne suffit pas pour augmenter la fiabilité de la surveillance étatique. En revanche, l'obligation pour l'organe de révision de transmettre systématiquement à l'autorité de surveillance, une *«lettre de recommandation»* succincte comportant ses commentaires et recommandations, d'une part, et l'obligation pour toutes les fondations de tenir leurs comptes selon une *norme comptable reconnue*, d'autre part, contribueraient largement à améliorer la surveillance des fondations classiques.

Il serait inopportun de mentionner dans le Code civil les mesures de surveillance. Par contre, il serait fort utile d'énumérer ces mesures dans une *ordonnance fédérale*, applicable uniformément tant au niveau fédéral que dans tous les cantons. Evitant la lourdeur d'une procédure législative, un acte réglementaire fédéral présenterait en outre l'avantage de mettre fin aux controverses au sujet de de l'admissibilité de certaines mesures de surveillance.

La collectivité publique pourrait être amenée à réparer le dommage causé à la fondation, si ce préjudice était en lien de causalité adéquate avec un défaut de diligence de l'autorité de surveillance. Cependant, une action en responsabilité serait plutôt rare, dès lors que la responsabilité primaire de la gestion de la fondation incombe aux organes de celle-ci. Le dommage subi par une fondation ne pourrait, en principe, être imputé qu'à ses dirigeants. Tant que ceux-ci restent en place, ils n'auraient pas intérêt à intenter une action en responsabilité contre l'autorité de surveillance, sauf à mettre aussi en cause leur propre responsabilité. Par contre, si la composition du conseil de fondation venait à être modifiée, une action en responsabilité pourrait entrer en ligne de compte pour défaut de surveillance sur le précédent conseil. Il pourrait en aller de même si l'autorité de surveillance désignait un organe incompétent pour remplacer un membre défaillant ou si elle nommait à la fondation un commissaire incapable. La question de savoir si un créancier de la fondation pourrait tenir la collectivité publique pour responsable du dommage qu'il aurait subi, notamment parce que l'autorité de surveillance aurait tardé à requérir les mesures d'exécution forcée conformément à l'article 84a CC, dépend du motif qui a amené le législateur à adopter cette règle: protection des intérêts des créanciers d'une fondation surendettée ou insolvable, ou sauvegarde de la fondation. Dans le silence des travaux préparatoires, la réponse à cette question appartiendra aux tribunaux.

Toute société appelle à des régulations. Tantôt, celle-ci est imposée par l'Etat, tantôt, elle est suscitée par les entités qui composent l'Etat. L'autorégulation – en tant que manifestation libérale du respect nécessaire des règles établies – ancre la responsabilité des entités qui s'y soumettent non pas dans un filet de dispositions légales rigides, mais dans un terreau de principes éthiques qu'elles ont choisi de suivre. La culture politique helvétique est unanimement décrite comme empreinte de libéralisme. Elle valorise la responsabilité individuelle.

L'Etat limite son intervention à l'indispensable en accordant des privilèges à la société civile pour promouvoir le développement spontané de celle-ci, tout en lui assurant une large liberté d'action. Or qui dit liberté, dit aussi responsabilité: celle de prendre les décisions au plus près de sa conscience et d'en assumer les conséquences. De même, pour des tâches accomplies dans l'intérêt général, l'Etat accorde aux privés des avantages fiscaux lesquels en marquent la reconnaissance, mais impliquent également certains devoirs: le devoir pour le privé de remplir effectivement sa mission d'intérêt public. Car qui dit avantage, dit aussi réciprocité. Dans le secteur des fondations classiques d'utilité publique, l'autorégulation constitue la seule alternative crédible à l'intervention étatique: les fondations étant dépourvues de membres ou de propriétaires, il n'existe d'autres contrepoids face aux responsables de leur gestion que ceux que ces mêmes responsables se donnent. Les fondations doivent se comporter de manière telle qu'elles accroissent constamment la confiance que placent en elles le public et les autorités.