

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4041/2016-DIV

ATA/946/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 septembre 2018

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Romain Jordan, avocat

contre

**AUTORITÉ CANTONALE DE SURVEILLANCE DES FONDATIONS ET DES
INSTITUTIONS DE PRÉVOYANCE**

et

FONDATION B_____, appelée en cause

soit pour elle Monsieur C_____, commissaire

EN FAIT

- 1) La Fondation B_____ (ci-après : la fondation) est une fondation de droit suisse dont le siège est à Genève, constituée le 11 mars 2010, par Messieurs A_____ et D_____ et Madame E_____, tous trois également initialement membres du conseil de fondation (ci-après : le conseil). La fiduciaire F_____ SA (ci-après : F_____) en était l'organe de révision.

Selon ses statuts, la fondation a pour but d'effectuer des dons en faveur de projets humanitaires initiés dans le canton de Genève et liés à l'aide au développement en faveur des populations démunies (art. 2 des statuts). Un capital de CHF 20'000.- lui est affecté lors de sa constitution (art. 5 des statuts). Ses ressources proviennent de dotations, subventions et donations ainsi que des intérêts du capital, la fondation pouvant accepter tous dons, héritages ou legs sans conditions (art. 6 des statuts). Les membres du conseil de fondation veillent à ne tirer de leur mandat aucun bénéfice personnel ou autre (art. 8.3 des statuts). La fondation est dissoute de plein droit si son but cesse d'être réalisable (art. 19.1 des statuts), aucun actif ne pouvant faire retour aux fondateurs (art. 19.4 des statuts).

- 2) Monsieur G_____, lequel a fait l'objet, entre 2000 et 2014, d'une centaine de poursuites pour près de CHF 3'000'000.- qui se sont soldées par des actes de défaut de biens, a été employé par la fondation dès sa création pour un salaire annuel brut de CHF 120'000.- afin d'accomplir toutes démarches susceptibles d'encourager des dons, des subventions et des allocations liées à l'activité de la fondation.
- 3) Le 23 mars 2010, la fondation a été inscrite au Registre du commerce (ci-après : RC) de Genève. M. A_____ disposait de la signature individuelle en tant que membre président du conseil et M. G_____ était mis au bénéfice d'une procuration individuelle, sans fonction particulière mentionnée.
- 4) Par décision du 16 avril 2010, le service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, devenu depuis lors l'autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance (ci-après : ASFIP), a assujéti la fondation à sa surveillance.
- 5) Le 27 août 2010, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a exonéré de l'impôt la fondation à compter de la période fiscale 2010.
- 6) Le 18 avril 2011, F_____ a établi son rapport de révision pour l'exercice 2010. Le résultat de celui-ci s'élevait à CHF 630'567.58, les fonds propres étant de CHF 20'000.-. Un montant de CHF 701'503.01 figurait dans la rubrique du compte de résultat intitulée « dons reçus » et un autre de CHF 84'000.- dans celle

d'« allocations de retour en emploi – État de Genève ». Un salaire de CHF 120'000.- avait en outre été versé. Le bilan mentionnait dans les actifs des titres par CHF 584'926.- et des véhicules pour CHF 56'172.-.

Le rapport indiquait également que les dons reçus durant le premier exercice avaient en grande partie été effectués sous forme d'apport de titres et espèces en monnaie étrangère. Par ailleurs, M. G_____ était mentionné comme responsable de projets.

Ces comptes ont été signés par M. G_____.

- 7) Selon le rapport annuel d'activité de la fondation pour l'année 2010 signé le 29 avril 2011 par MM. A_____ et G_____, plusieurs projets avaient été examinés, pour lesquels des compléments d'information étaient à l'étude. Toutefois, aucun projet parmi ceux-ci n'avait été approuvé « en l'état comme étant conforme pour (sic) justifier une intervention de la part de la fondation sous forme d'une contribution financière ».
- 8) Le 18 mai 2011, le conseil a approuvé les comptes de l'exercice 2010.
- 9) Le 1^{er} décembre 2011, M. A_____ a constitué l'Association H_____ (ci-après : l'association). Selon ses statuts, elle poursuit comme but la promotion et l'organisation de jeux de société privés et publics à caractère caritatif, social et culturel destinés au financement d'œuvres et activités de bienfaisance ainsi que le sponsoring gratuit, le financement et les dons en faveur d'œuvres sociales et culturelles en Suisse et à l'étranger (art. 2 des statuts).
- 10) Le 2 décembre 2011, la fondation a consenti à l'association un prêt de CHF 200'000.- sans intérêts, remboursable au plus tard le 1^{er} décembre 2020.
- 11) Le 8 février 2012, l'association a été inscrite au RC. M. A_____ disposait de la signature individuelle en tant que membre président et M. G_____ d'une procuration individuelle, sans fonction particulière mentionnée.
- 12) Le 31 mai 2012, l'association a déposé auprès du service du commerce, devenu depuis lors le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN), une demande d'autorisation de loterie à but caritatif, en priorité des bourses d'études pour des étudiants universitaires.
- 13) Le 31 mai 2012 également, l'ASFIP a écrit à la fondation, lui rappelant qu'elle était dans l'attente des justificatifs de libération du capital initial et la priant de la renseigner au sujet des postes « véhicules » et « allocations de retour en emploi » figurant dans les comptes 2010.
- 14) Le 20 juin 2012, la fondation a répondu à l'ASFIP que les véhicules, soit un motorcycle BMW donné à la fondation et une voiture Renault Mégane

immatriculée au nom de la fondation, ne représentaient aucune charge, ni aucun avantage économique ou fiscal. Quant aux allocations de retour en emploi, elles concernaient M. G_____, qu'elle employait pour un salaire annuel brut de CHF 120'000.- et pour lequel elle percevait CHF 84'000.- de l'État.

- 15) Le 28 septembre 2012, F_____ a établi le rapport de révision de la fondation pour l'exercice 2011. Le résultat était négatif et s'élevait à – CHF 96'606.88. Les titres à l'actif du bilan étaient de CHF 305'441.-. Le compte de résultat, avec comparatif de l'exercice 2010, n'indiquait aucun don reçu. Des allocations de retour en emploi de CHF 24'000.- avaient été perçues et un salaire de CHF 60'000.- payé. Les honoraires étaient de CHF 23'116.20, soit en particulier CHF 5'940.- pour le poste « étude juridique pour loterie caritative » et EUR 9'000.- pour le poste « Malte, charity lotto project ».
- 16) Le 9 octobre 2012, M. A_____ a signé ces comptes.
- 17) Le 2 novembre 2012, le conseil a approuvé ces comptes, indiquant que, s'agissant de l'activité de la fondation, « aucun projet viable n'a[vait] été présenté [...] qui aurait nécessité l'ouverture d'une procédure de donation ou de sponsorship ».
- 18) Le 5 mars 2013, la fondation a conclu avec M. G_____ un contrat aux termes duquel elle lui prêtait, pour le compte de la société I_____ LLC (ci-après : I_____) sise au Delaware, dans le but de la capitalisation de la société J_____ SA (ci-après : J_____), un montant de CHF 150'000.- portant intérêts à 2.5 % l'an, remboursable à raison de CHF 3'000.- par mois, y compris les intérêts, sur une période d'au moins cinquante mois.
- 19) Le 8 avril 2013, J_____, société anonyme de droit suisse ayant pour administrateur unique M. G_____ avec signature individuelle, a été inscrite au RC. Elle poursuivait comme but statutaire le commerce international de matières premières, de produits chimiques, de produits semi-manufacturés et de produits industriels, ainsi que toute activité commerciale liée.
- 20) Le 17 juin 2013, F_____ a établi le rapport de révision de la fondation pour l'exercice 2012. Le résultat était négatif et s'élevait à – CHF 188'077.08. Les titres à l'actif du bilan étaient de CHF 324'572.-. Le compte de résultat n'indiquait aucun don reçu ni aucun salaire versé. Un montant de CHF 186'000.- était comptabilisé comme provision pour débiteurs douteux, en lien avec le prêt de CHF 200'000.- consenti à l'association en raison du « risque lié à la capacité de remboursement de la débitrice », le conseil pouvant « être amené à transformer ce prêt en donation ».
- 21) Le 26 juin 2013, le conseil a approuvé ces comptes, indiquant qu'en l'état aucun don n'avait été consenti à des tiers et qu'un prêt avait été octroyé à une

association à but non lucratif œuvrant dans le but de récolter des fonds pour des œuvres sociales et culturelles.

- 22) Le 27 juin 2013, M. A_____ a signé ces comptes.
- 23) Le 28 juin 2013, l'ASFIP a adressé à la fondation une demande de renseignements concernant l'exercice 2011, plus particulièrement s'agissant des postes « étude juridique pour loterie caritative » et « (...) Malte, charity lotto project », ainsi que le lien entre le prêt de CHF 200'000.- consenti en 2012 à l'association et le but statutaire de la fondation.
- 24) Le 30 septembre 2013, la fondation a répondu à l'ASFIP que les honoraires avaient trait à des avis de droit et à des préliminaires, en l'état suspendus, concernant une demande de licence pour la gestion d'une loterie caritative ayant pour but la levée de fonds destinés à l'accomplissement des buts de bienfaisance de la fondation. Par ailleurs, l'octroi du prêt de CHF 200'000.- en faveur de l'association avait été décidé « personnellement par la présidence après consultation, et sans une documentation autre que le contrat en question, puisqu'il s'agi[ssai]t de fonds qui [avaient] été de toute manière octroyés à la fondation par le président et que le réviseur a[avait] été informé dans ce sens, la situation financière de la fondation permettant de toute façon cette opération ».
- 25) Le 15 octobre 2013, l'ASFIP a indiqué à la fondation que son courrier ne la renseignait pas sur le lien entre le prêt accordé à l'association et le but de la fondation. Le projet des activités concrètes que la fondation entendait déployer à l'avenir devait également lui être communiqué.
- 26) Le 5 novembre 2013, M. G_____ est devenu membre du conseil et inscrit à ce titre au RC avec signature individuelle.
- 27) Le 12 novembre 2013, la fondation a répondu à l'ASFIP que les buts de l'association étaient similaires aux siens, toutes deux visant des œuvres de bienfaisance. Étant donné que l'association était en pourparlers avec le PCTN pour la mise en place d'une loterie caritative, il se justifiait de l'assister en lui accordant un prêt. De plus, la fondation étudiait des méthodes modernes pour réaliser des récoltes de fonds par le biais de systèmes informatiques par Internet, en rapport avec diverses inventions, en particulier de systèmes de loteries caritatives et de vente aux enchères.
- 28) Le 9 décembre 2013, le conseil a adopté un règlement relatif à l'art. 6 des statuts concernant le financement. Selon ce texte, hormis un capital initial de CHF 20'000.-, les apports effectués en 2010 sous forme de titre et trésorerie par M. A_____ étaient à créditer sur un compte « fondateur ». Les avances effectuées par la fondation en 2012 à l'association étaient garanties, en cas de perte partielle ou totale, par le compte fondateur et, « compte tenu des résultats

dégagés par la fondation, le solde enregistré comme excédent des produits au 31 décembre 2012, soit CHF 345'883.62, d[evait] être comptabilisé au crédit du compte fondateur au 1^{er} janvier 2013 ».

- 29) Le 23 juillet 2014, F_____ a établi le rapport de révision de la fondation pour l'exercice 2013. Le résultat était négatif et s'élevait à – CHF 2'029.97. Les titres se montaient à CHF 172'570.- et un montant de CHF 345'883.62 était attribué au compte « fondateur » placé dans les fonds étrangers du passif du bilan. Le compte de résultat n'indiquait aucun don reçu ni aucun salaire versé. Un montant de CHF 147'000.- était provisionné comme « prêt à G_____ pour Government Procurement Services ». Il était en outre indiqué que l'avance de CHF 200'000.- consentie à l'association serait transformée en donation en 2014.
- 30) Le 28 juillet 2014, le conseil a approuvé ces comptes, indiquant qu'aucun « projet viable de nature humanitaire ou sociétale n'a[vait] été présenté [...] qui aurait justifié l'ouverture d'une procédure de donation ou de sponsorship ». Par ailleurs, le prêt consenti à M. G_____ pour I_____ était « couvert à partir du compte fondateur selon l'attribution en date du 1^{er} janvier 2013 ».
- 31) Le 10 juillet 2015, l'ASFIP a écrit à la fondation, lui indiquant avoir constaté plusieurs problèmes dans les comptes de l'année 2013 et convoquant les membres du conseil à une séance. Ces problèmes avaient en particulier trait au virement des excédents de produits sur le compte « fondateur », au prêt de CHF 200'000.- à l'association, celui consenti à M. G_____ ainsi qu'à l'activité de la fondation. Il annulait au demeurant la décision du conseil du 9 décembre 2013 créditant la somme de CHF 345'884.- en faveur de M. A_____.
- 32) Le 14 septembre 2015, la fondation a en particulier répondu à l'ASFIP que le compte fondateur avait été créé pour rectifier de manière rétroactive une erreur, courante en comptabilité, dans les comptes de l'exercice 2010, qui mentionnaient, sous l'appellation erronée « dons reçus », le montant de CHF 701'503.01. Par ailleurs, étant donné que M. G_____ représentait divers investisseurs étrangers en Suisse à titre fiduciaire, un prêt avait été accordé à I_____ qui avait, à son tour, financé les activités de développement d'un logiciel de négoce utilisable pour des loteries, dont la valeur devait être déterminée au moyen d'une expertise au plus tard à la fin du mois de mars 2016. J_____ avait effectué le développement du logiciel et avait livré la disquette physique le contenant à la fondation en garantie des deux prêts accordés.
- 33) Le 16 octobre 2015, l'ASFIP a accusé réception de ce courrier, indiquant à la fondation qu'elle restait dans l'attente de recevoir les comptes de l'association pour les années 2012 à 2014 et le contrat du 5 mars 2013 relatif au prêt de CHF 150'000.- accordé à M. G_____ pour le compte d'I_____ et J_____.

- 34) Le 25 septembre 2015, F_____ a établi le rapport de révision sous contrôle restreint de la fondation pour l'exercice 2014. En l'état, aucune opinion de contrôle ne pouvait toutefois être émise au regard des divergences de vue entre l'ASFIP et le conseil sur ce point.

Les comptes 2014 faisaient état d'un résultat négatif, de – CHF 8'262.97. Au passif du bilan figurait un montant de CHF 198'883.62 attribué au compte « fondateur ». Le compte de résultat n'indiquait aucun don reçu mais des dons versés par CHF 350.-. Le remboursement du prêt et les intérêts de celui-ci consenti à M. G_____ pour le compte d'I_____ n'avaient pas été payés, de sorte que le solde de CHF 147'000.- avait été entièrement provisionné par prudence.

- 35) Le 5 octobre 2015, le conseil a approuvé ces comptes, indiquant que la fondation, dont l'activité avait été déficitaire en 2014, n'avait effectué des dons que par CHF 350.-.

- 36) Le 15 octobre 2015, l'ASFIP a transmis à la fondation une note relative à la séance s'étant tenue la veille dans ses locaux en présence des membres du conseil. Elle prenait note d'un certain nombre de points, comme le fait que le virement des excédents de produits sur le compte « fondateur » serait corrigé ou qu'une disquette du logiciel « J_____ » (ci-après : le logiciel) avait été remise en garantie du prêt de CHF 186'000.- à l'association et du solde de celui de CHF 147'000.- à M. G_____ pour I_____, la vente de ce logiciel, dont la valeur serait estimée par la société K_____, devant permettre le remboursement intégral de ces deux prêts. Elle attirait toutefois l'attention de la fondation sur le fait que le prêt concédé à l'association ne pouvait être transformé en donation et que le remboursement du prêt consenti à M. G_____ n'avait pas été honoré, les intérêts n'ayant jamais été comptabilisés.

Elle l'invitait ainsi, d'ici au 30 novembre 2015, à procéder à diverses modifications dans ses comptes, à savoir annuler l'écriture du 1^{er} janvier 2013 relative à l'attribution du montant de CHF 345'883.62 au compte fondateur en corrigeant en conséquence les fonds étrangers et propres de la fondation, comptabiliser les intérêts 2013 et 2014 sur le prêt octroyé à M. G_____ et constituer une provision de CHF 147'000.- sur ce même prêt. Elle devait également lui transmettre un certain nombre de documents.

- 37) Par courriel du 15 octobre 2015, M. G_____ a remercié l'ASFIP pour la séance de la veille, qui s'était révélée constructive. Il confirmait différents points de leurs discussions, ainsi que le fait que F_____, dont les employés étaient désormais à la retraite, serait remplacée lors de l'exercice 2015.

- 38) Le 27 octobre 2015, la société J_____ a été radiée du RC.

39) Le 18 novembre 2015, F_____ a établi le rapport de révision rectifié de la fondation pour l'exercice 2014, qui mentionnait deux réserves, l'une concernant le prêt à M. G_____ et les intérêts y relatifs, dont les remboursements prévus n'avaient pas eu lieu, l'autre celui consenti à l'association et le montant de CHF 186'000.- provisionné. Ces opérations n'avaient pas été justifiées, documents à l'appui, comme étant en relation directe avec le but de la fondation. En outre, aucune expertise d'évaluation d'un tiers compétent n'avait confirmé la valeur du logiciel. L'organe de révision ne pouvait dans ces circonstances conclure que les états financiers étaient conformes à la loi et aux statuts.

Les comptes, joints, faisaient état d'un résultat négatif, de – CHF 155'262.67. Le compte « fondateur » était intégré aux fonds propres pour un montant de CHF 345'883.62.

40) À compter du 19 novembre 2015, L_____ SA (ci-après : L_____) a remplacé F_____ en tant qu'organe de révision de la fondation et a été inscrite à ce titre au RC.

41) Le 24 novembre 2015, le conseil a approuvé les comptes 2014. L'activité de la fondation ayant été déficitaire, seuls des dons d'un montant de CHF 350.- avaient pu être effectués.

42) Le 26 novembre 2015, la fondation a expliqué à l'ASFIP que la société K_____ avait accepté de procéder à l'estimation du logiciel à condition qu'il soit inscrit auprès de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (ci-après : IPI) en tant que brevet et marque. Ce mandat avait été confié à la branche chypriote de K_____, spécialisée dans ce type d'expertises.

43) Le 20 janvier 2016, l'ASFIP a repris certains points de son précédent courrier à la fondation. En particulier, elle la priait de la tenir informée des travaux de la société K_____ à Chypre chargée d'évaluer le logiciel et, s'il s'avérait que le remboursement intégral des deux prêts ne serait pas couvert par la vente de celui-ci, il appartiendrait au conseil d'entreprendre ce qui était en son pouvoir pour récupérer les sommes investies.

44) Le 8 juillet 2016, la fondation a requis de l'ASFIP un délai pour la remise des documents de l'exercice 2015, attestant qu'elle n'était pas en situation de surendettement, ce qui lui a été accordé le même jour pour le 30 septembre 2016.

45) Le 27 juillet 2016, L_____ a écrit à l'ASFIP. À la lecture des comptes de la fondation au 31 décembre 2015, il apparaissait qu'elle était surendettée.

46) Par courriel du 28 juillet 2016, M. G_____ a indiqué à l'ASFIP que la fondation serait recapitalisée à partir du compte « fondateur », qui appartenait à M. A_____ suite à la dotation qu'il avait opérée. Les fonds de ce compte étaient

investis dans des papiers-valeurs dont les revenus appartenaient à la fondation mais dont le capital restait la propriété juridique et comptable de M. A_____.

Il lui a transmis le projet de comptes de la fondation pour l'exercice 2015 faisant état d'une perte de CHF 31'705.14, dont une perte des capitaux propres de CHF 21'997.78. Le compte « fondateur » figurait dans les passifs du bilan et indiquait un montant de CHF 198'883.62. En outre, des dons par CHF 890.- avaient été versés durant l'exercice.

- 47) Le 11 août 2016, l'ASFIP a répondu à M. G_____ que face à la situation de surendettement de la fondation, le conseil devait prendre les mesures d'assainissement nécessaires afin de lui permettre de disposer à nouveau de fonds propres. L'affirmation selon laquelle le capital de dotation restait la propriété juridique et comptable de M. A_____ était erronée, puisqu'une fois libéré, le capital de dotation de la fondation restait à jamais propriété de celle-ci et ne pouvait être utilisé qu'aux fins de poursuivre son but statutaire.
- 48) Le 14 octobre 2016, L_____ a indiqué à la fondation et à l'ASFIP que le projet de comptes pour l'exercice 2015 n'était pas correct pour avoir été établi sur la base du rapport de révision 2014 qui avait par la suite été modifié à la demande de l'ASFIP. Le compte fondateur devait ainsi apparaître non pas dans les fonds étrangers mais dans les fonds propres. Il en résultait que la fondation n'était plus en situation de surendettement.
- 49) Les 14 et 18 octobre 2016, M. G_____ a écrit à l'ASFIP, requérant un délai en attendant que la situation soit clarifiée. Dans les comptes de l'exercice 2012, F_____ avait inscrit au bilan le montant de CHF 720'313.01 sous la rubrique « dons reçus », sans autre mention et sans demander de détails à M. A_____ ou au conseil. Or, M. A_____ n'avait consenti qu'à une dotation de CHF 47'710.85 le 23 novembre 2010, les instruments financiers divers remis par l'intéressé pour plus de CHF 700'000.- l'ayant été en usufruit, afin que la fondation procède à leur exploitation et finance ses activités ainsi que d'autres activités liées directement ou indirectement à son but. Le conseil ne s'était rendu compte de cette erreur qu'en 2013 et avait demandé à l'organe de révision de corriger la situation. Dès lors, puisque cet argent appartenait à M. A_____, il lui revenait de décider s'il voulait l'utiliser en vue d'augmenter ou non le capital de la fondation.
- 50) Le 20 octobre 2016, l'ASFIP a répondu à M. G_____ qu'un délai au 7 novembre 2016 était imparti à la fondation pour transmettre un certain nombre de documents. À défaut, vu la gravité des faits constatés, toutes mesures utiles seraient prises pour que ses biens soient employés conformément à leur destination statutaire. De plus, les comptes 2015 reçus déformaient la réalité comptable en ce sens qu'ils permettaient un retour des fonds au fondateur, en violation grave des statuts et de ses injonctions du 10 juillet 2015.

- 51) Le 4 novembre 2016, M. G_____ a indiqué à l'ASFIP qu'il était le concepteur, et non le propriétaire, du logiciel conçu pour le compte de la société J_____ USA (ci-après : J_____ USA), sise au S_____, par l'entremise de J_____, depuis lors radiée. Le prêt accordé par la fondation à l'association par le biais du compte « fondateur » était destiné à l'instauration d'une loterie, voire à l'organisation de paris et de jeux caritatifs sur Internet afin de récolter des fonds et réaliser le but de la fondation. Quant au prêt accordé à I_____, il avait servi à capitaliser J_____ pour la création du logiciel, désormais déposé en gage auprès de la fondation en vue de la réalisation d'un revenu, ces activités étant du reste conformes à ses statuts.
- 52) Le 8 novembre 2016, l'ASFIP a refusé l'octroi d'un délai supplémentaire à la fondation en raison de son risque de surendettement et de la gravité des problèmes de gestion relevés dans ses précédents courriers. En particulier, il était de la responsabilité du conseil de tout mettre en œuvre pour respecter le délai de six mois suivant la clôture de chaque exercice pour la transmission des documents annuels.
- 53) Par décision du 9 novembre 2016, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'ASFIP a nommé Monsieur C_____ commissaire de la fondation avec signature individuelle, considérant que le conseil ne remplissait pas ses engagements envers la fondation, et destitué tous les membres du conseil et révoqué leurs pouvoirs de représentation.
- Cette décision a été notifiée par courrier recommandé aux membres du conseil.
- 54) La nomination de M. C_____ et la destitution des membres du conseil ont fait l'objet d'une publication dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 15 novembre 2016, ainsi que dans la Feuille officielle suisse du commerce (ci-après : FOOSC) du 23 novembre 2016.
- 55) Par courrier expédié le 25 novembre 2016, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du l'ASFIP du 9 novembre 2016, indiquant qu'elle ne lui avait été communiquée que dans le cadre d'un courrier d'avertissement, et concluant à l'octroi d'un délai pour compléter son recours.
- 56) Le 8 décembre 2016, M. A_____ a complété son recours, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif, principalement à l'annulation de quatre (sic) décisions (non désignées et non fournies) de l'ASFIP et subsidiairement au renvoi du dossier à l'ASFIP pour nouvelles décisions au sens des considérants.

Il était le créancier de la fondation par le biais du compte « fondateur », dont il était le propriétaire économique, et avait donné son accord au comblement du déficit par un « post-positionnement » au moyen de son compte courant personnel. L'ASFIP lui avait transmis un avertissement le 8 novembre 2016 et avait rendu plusieurs décisions finales ayant trait au blocage des avoirs bancaires de la fondation, à la nomination d'un commissaire et à la destitution du conseil et à la modification de l'adresse de la fondation, qui ne lui avaient pas été notifiées. Les mesures prises par l'ASFIP étaient disproportionnées et contre-productives quant à leur résultat, puisqu'elles empêchaient la fondation de réaliser son but.

La motivation fournie à l'appui de la demande de restitution de l'effet suspensif au recours était libellée comme suit : « je demande respectueusement à la chambre de recours [sic] de confirmer l'effet suspensif concernant toutes les décisions attaquées dans leur ensemble nonobstant toute autre décision antérieure ou future émise par l'ASFIP de nier un tel droit d'office en attendant que la Cour statue sur les conclusions du recourant ».

- 57) Durant la procédure, M. A_____ a en particulier produit :
- une convention de collaboration entre M. G_____ et M_____ (ci-après : M_____) du 25 mai 2010 afin que la fondation approche notamment la Fondation N_____ en vue de l'obtention de fonds ;
 - des échanges de courriels datés de juin 2010 avec des représentants de la Fondation N_____ et de M_____ en vue d'une réunion ;
 - une facture du 24 juillet 2014 de la société O_____ GmbH (ci-après : O_____) sise à Soleure adressée à J_____ d'un montant de CHF 27'786.25 concernant la création d'un site web pour « J_____ – _____ Website » ainsi que deux devis à M. A_____ du 21 septembre 2012 pour le projet « lotto system » d'un montant de CHF 16'248.- et pour « maintenance, support & CMS 5 licence » d'un montant de CHF 825.- ;
 - une attestation de M. A_____ du 27 mars 2015 selon laquelle il avait reçu pour le compte de la fondation la disquette du logiciel d'O_____ livrée à J_____ le 2 mai 2014 en garantie de deux prêts consentis à l'association et à I_____. Cette disquette était « supposée » être déposée dans un coffre auprès d'une banque à Genève ;
 - des échanges de courriels entre la fondation et une société maltaise spécialisée dans les solutions de loterie en ligne de mai 2011 aux termes desquels elle répondait à une demande de la fondation souhaitant mettre en œuvre une loterie caritative à Malte et rendait M. G_____ attentif au fait qu'une licence devait être obtenue non seulement à Malte mais

également dans le pays dans lequel la loterie était proposée, ainsi que des échanges de courriels entre la fondation et une étude d'avocats maltaise de mai 2011 concernant la procédure et les coûts pour l'obtention de l'autorisation d'organiser une loterie à Malte ;

- une attestation de l'IPI, selon laquelle la marque P_____ ayant pour titulaire I_____ était enregistrée à compter du 16 février 2016 ;
- un avis de droit adressé le 28 juillet 2012 à l'association sur la question de la légalité de la participation collective à des loteries autorisées à Genève pour ses abonnés, lesquels devaient payer une taxe afin de prendre collectivement part à des tirages ponctuels ;
- plusieurs avis d'entrée de dépôt établis par une banque en octobre et novembre 2010 aux termes desquels la fondation, selon ordre du 21 octobre 2010, avait déposé différentes papiers-valeurs consistant en des parts dans des fonds de placement ;
- des documents bancaires du 20 octobre 2010 indiquant le retrait de titres du compte chiffré « 1_____ » de M. A_____ ;
- un avis de crédit établi le 23 novembre 2010 d'un montant de CHF 47'710.85 d'une banque sur le compte de la fondation indiquant comme donneur d'ordre « un de nos clients » et comme motif du paiement « donation A_____ ».

58) Le 12 décembre 2016, le juge délégué a précisé aux parties qu'en l'état, il était renoncé à une instruction sur effet suspensif, vu l'impossibilité actuelle de savoir si celui-ci avait été retiré et cas échéant à quelle(s) décision(s).

59) Par courrier recommandé du 11 janvier 2017, l'ASFIP a procédé à une nouvelle notification de sa décision du 9 novembre 2016 à M. A_____ et aux autres membres du conseil. Bien que cette décision ait été envoyée à ces destinataires par courrier recommandé, il était apparu que La Poste avait déposé ceux-ci dans leur boîte aux lettres en tant que courrier simple.

60) Le 17 février 2017, l'ASFIP a conclu, avec suite de « frais et dépens », au rejet du recours.

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

dont la valeur n'avait jamais été déterminée et que personne n'avait vu. Le conseil avait en outre tenté de rétrocéder avec insistance la somme de CHF 345'883.62 à M. A_____ en créant dans les états financiers de la fondation des exercices 2013, 2014 et 2015 un compte « fondateur ». Par ailleurs, en transmettant à L_____ un projet de comptes pour l'exercice 2015 basé sur des chiffres erronés de l'exercice précédent, le conseil avait tenté de manipuler l'organe de révision et essayé de réintroduire une écriture comptable illégale et corrigée relative au compte « fondateur » puis à exécuter ce transfert en faveur de M. A_____. Le conseil n'avait pas non plus trouvé de projets à financer conformes aux buts de la fondation, laquelle n'avait jamais exercé d'activité en lien avec son but statutaire d'utilité publique, ni n'avait veillé à ce que son patrimoine serve à la réalisation de celui-ci, s'étant limitée à favoriser l'enrichissement personnel de MM. A_____ et G_____. En agissant de la sorte, le conseil avait, à plusieurs reprises et sur plusieurs points, gravement violé les dispositions légales et statutaires applicables à la fondation ainsi que les injonctions de l'ASFIP, au risque de rendre impossible la réalisation du but de la fondation.

61) Le 29 mars 2017, le juge délégué a entendu les parties lors d'une audience de comparution personnelle.

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

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

62) Le 28 juin 2017, le juge délégué a auditionné deux témoins.

a. Selon M. G_____, lors de sa création, la fondation était dotée d'un capital de CHF 20'000.-, M. A_____ ayant fait un apport de CHF 700'000.- à titre de dépôt, dont le rendement devait servir à couvrir les frais administratifs. Les rendements du capital n'ayant plus été suffisants à compter de 2013, il avait été décidé de puiser dans le compte « fondateur ». Lorsqu'il était employé de la fondation, il ne contrôlait pas sa comptabilité mais se limitait à fournir à l'organe de révision les pièces comptables. En intégrant le conseil en 2013, il s'était toutefois rendu compte de l'erreur de F_____, qui avait enregistré le montant de CHF 700'000.-, principalement versé sous forme de papiers-valeurs, comme une donation, alors que M. A_____ n'avait effectué un tel apport que par CHF 47'000.-. Il avait interpellé F_____ à ce sujet, qui lui avait expliqué avoir supposé que le montant de CHF 700'000.- correspondait à une donation, du fait qu'il provenait d'un compte numéroté, anonyme. L'organe de révision avait alors remédié à cette erreur, en créant un compte « fondateur » dès l'exercice 2013 ainsi qu'un règlement à ce sujet. Les comptes ainsi approuvés par le conseil avaient été transmis à l'ASFIP, qui n'avait effectué aucune remarque à ce sujet et ne s'était manifestée qu'en 2015. Suite aux problèmes rencontrés avec F_____, il avait été décidé de confier le mandat de révision à L_____, toutes les pièces comptables lui ayant été remises ainsi que les bilans, notamment ceux de 2014, avec et sans le compte « fondateur ». L_____ avait ainsi également établi deux rapports de révision.

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

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

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

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

c. À l'issue de l'audience, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 1^{er} septembre 2017 pour leurs observations finales, après quoi la cause serait gardée à juger.

63) Le 21 août 2017, un avocat s'est constitué pour la défense des intérêts de M. A_____.

64) Le 21 août 2017, L_____ a rendu son rapport sur le contrôle restreint de la fondation pour l'exercice 2015, émettant plusieurs réserves. Le prêt consenti à M. G_____ et les intérêts y relatifs n'avaient pas été remboursés, de même que le prêt en faveur de l'association, dont la relation directe avec le but de la fondation n'avait du reste pas été documentée ni justifiée. De plus, aucune expertise d'évaluation d'un tiers compétent n'avait pu confirmer la valeur du logiciel remis en garantie de ces prêts.

Les comptes, joints, indiquaient un résultat négatif, de – CHF 31'705.14, le bilan mentionnant des titres par CHF 179'522.04 dans les actifs circulants.

65) Le 29 août 2017, la fondation a requis son appel en cause, de même que celui de son commissaire à titre personnel.

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

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

découlant des contrats de prêt et du salaire versé sans justification aux membres du conseil, au regard de leur responsabilité dans la mauvaise gestion de la fondation, de la violation grave et répétée des statuts et du dommage causé.

- 76) Le 31 octobre 2017, M. A_____ a également persisté dans les termes de ses précédentes écritures, sollicitant en outre la tenue d'une audience de plaidoiries ainsi que l'audition du gestionnaire de la fondation auprès de la banque dépositaire des titres, d'un membre de l'ASFIP et de F_____.

Dans son règlement du 9 décembre 2013, la fondation avait choisi d'appliquer une norme comptable internationale reconnue par le droit comptable suisse en créant un compte « fondateur », dès lors que pour ses trois premiers exercices, des dépôts fiduciaires avaient été comptabilisés comme une donation en raison d'une erreur commise par l'organe de révision, qui n'avait pas fait le lien entre lui-même et le compte bancaire chiffré de provenance des fonds, alors même qu'il avait toujours été question de remettre ces titres en dépôt fiduciaire auprès de la fondation afin qu'elle puisse tacitement profiter de leur usufruit, sans qu'un tel contrat ne revête la forme écrite. Ayant été gravement malade à cette époque, il n'avait pas relevé l'erreur de F_____, étant précisé qu'il ressortait des documents bancaires que les titres remis en dépôt provenaient bien de son compte personnel, contrairement aux affirmations de l'ASFIP. Mis sous pression par l'ASFIP, qui n'avait toutefois réagi qu'en 2015, le conseil s'était dans un premier temps plié à ses exigences arbitraires, avant de se raviser, le compte « fondateur » étant le résultat de la correction d'une simple erreur comptable. Ce patrimoine spécial pouvait ainsi être géré séparément par le conseil et être affecté à la réalisation d'un projet particulier, comme le soutien à la création d'une loterie caritative visant un but d'utilité publique ou de bienfaisance. Dès lors que la fondation ne pouvait elle-même créer et gérer une telle loterie, l'association avait été fondée à cette fin, un prêt lui ayant été octroyé. Par la suite, le conseil s'était intéressé à la création d'un logiciel de jeu, qui avait été réalisé par le biais d'I_____ et de J_____ et devait être vendu pour rembourser les prêts consentis par la fondation et augmenter son capital. En définitive, ces deux prêts provenaient du patrimoine spécial de la fondation et avaient été accordés pour donner vie à un projet caritatif, en adéquation avec son but statutaire. La décision litigieuse contrevenait ainsi au principe de proportionnalité, le conseil n'ayant jamais violé ses engagements envers la fondation. Au demeurant, un commissaire aurait pu fonctionner en parallèle avec les membres du conseil, sans qu'il ne faille les révoquer.

- 77) Le 14 novembre 2017, le juge délégué a invité les parties à lui faire parvenir leur éventuelle réplique jusqu'au 17 novembre 2017.

- 78) Le 17 novembre 2017, M. A_____ a répliqué, persistant dans les termes de ses précédentes écritures. Il précisait que l'ampleur de l'activité de M. G_____, dont il connaissait la situation financière difficile, résultait des documents versés au dossier, son travail n'ayant pas été fictif. Aucun prêt ne lui avait du reste été

directement consenti, mais bien d'une part à l'association et d'autre part à I_____.

79) Le 28 novembre 2017 a eu lieu une audience de plaidoiries, au cours de laquelle les parties ont persisté dans les conclusions et les termes de leurs écritures respectives.

80) Le 14 décembre 2017, le juge délégué a refusé d'ordonner l'appel en cause de l'association, la présente procédure ne la touchant que de manière médiate, sans affecter sa situation juridique. Au surplus, le président de l'association exerçait déjà ses droits de partie dans le cadre de la procédure, étant recourant.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

81) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

82) Le 27 décembre 2017, l'association a demandé la récusation du juge délégué.

83) Par décision du 3 septembre 2018, la délégation des juges de la Cour de justice a déclaré la demande de récusation irrecevable.

EN DROIT

1) Interjeté devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 – LOJ – E 2 05 ; art. 32 let. b de la loi sur la surveillance des fondations de droit civil et des institutions de prévoyance du 14 octobre 2011 – LSFIP – E 1 16).

2) a. Le délai de recours contre une décision finale est de trente jours (art. 62 al. 1 let a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA – E 5 10) et court dès le lendemain de la notification de la décision (art. 62 al. 3 LPA). Lorsqu'une personne à qui une décision devait être notifiée ne l'a pas reçue, sans sa faute, le délai de recours court du jour où cette personne a eu connaissance de la décision (art. 62 al. 6 LPA).

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

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

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

c. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/1628/2017 du 19 décembre 2017 ; ATA/467/2017 du 25 avril 2017). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés. Ainsi, si un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/421/2017 du 11 avril 2017 et les références citées).

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

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

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

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; 135 II 286 consid. 5.1). Cette garantie constitutionnelle n'empêche pas l'autorité de mettre un

terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_674/2015 du 26 octobre 2017 consid. 5.1).

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

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

Il s'ensuit qu'il ne sera pas donné suite aux réquisitions de preuves du recourant.

- 4) a. La fondation a pour objectif l'affectation de biens en faveur d'un but spécial (art. 80 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 – CC – RS 210). En tant qu'établissement, la fondation n'a ni membres, ni propriétaire mais des destinataires. Elle est en outre dépourvue du droit à l'autodétermination et ne peut de ce fait ni se dissoudre volontairement, ni modifier son but ou son organisation en dehors des cas prévus par la loi, ni disposer du patrimoine affecté à la fondation autrement que pour atteindre le but statutaire (Loïc PFISTER, *La fondation*, 2017, n. 249 ; Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX [éd.], *Code civil I*, art. 1-359 CC, commentaire, 2010, ad art. 80 CC, n. 2).
- b. L'acte de fondation indique les organes de celle-ci et son mode d'administration (art. 83 CC), soit, de par la loi, le conseil de fondation, qui est l'organe suprême et tient les livres de la fondation (art. 83a CC), et l'organe de révision (art. 83b CC).

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

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

Il est déduit de l'obligation faite à l'autorité de surveillance de pourvoir à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination (art. 84 al. 2 CC) que le conseil de fondation place la fortune de la fondation en observant d'une manière générale les principes de la sécurité, du rendement, de la liquidité, de la répartition des risques et de la conservation de la substance réelle. Ces principes doivent être appliqués en tenant compte de toutes les circonstances et de manière à assurer durablement le but de la fondation, dans le respect du principe de proportionnalité (ATF 124 III 97 consid. 2a et les références citées ; Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX [éd.], op. cit., ad art. 83 CC, n. 26).

c. Le conseil de fondation doit également veiller à ce que la gestion de la fortune de la fondation réponde aux standards professionnels, notamment en prévenant les conflits d'intérêts. Il y a conflit d'intérêts lorsqu'en raison de ses liens personnels ou de son activité professionnelle, un membre du conseil de fondation pourrait tirer un avantage d'une décision du conseil ou en faire profiter des personnes et institutions qui lui sont proches (Loïc PFISTER, op. cit., n. 272 ; Thomas SPRECHER/Philipp EGGER/Georg von SCHNURBEIN, Swiss Foundation Code 2015, 2015, p. 66). En cas de conflit d'intérêts, l'obligation de fidélité implique la primauté des intérêts de la fondation sur ceux, personnels, du membre du conseil de fondation concerné (Loïc PFISTER, op. cit., n. 270 s). Une attention particulière doit être portée aux conflits d'intérêts dans les situations suivantes : choix des placements de la fortune, utilisation des biens de la fondation, sélection des projets et des bénéficiaires de la fondation, rapport avec des tiers qui ont des intérêts dans la fondation (fondateur, grand donateur, organisation qui poursuit un but coordonné, etc.), lorsqu'un membre (ancien ou actuel) du conseil de fondation exerce également une activité de mandataire pour la fondation ou encore lorsqu'il cumule plusieurs mandats ou fonctions (Loïc PFISTER, op. cit., n. 274).

- 5) a. Selon l'art. 84 al. 1 CC, les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but. D'après l'art. 84 al. 2 CC, l'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. L'autorité de surveillance doit s'assurer que les organes de la fondation agissent conformément à la loi, à l'acte de fondation, au règlement ou aux mœurs (ATF 108 II 499 consid. 5 ; 111 II 97 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_232/2010 du 16 septembre 2010 consid. 3.1.1).

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

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

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

d. Dans le cadre de son pouvoir de surveillance, l'ASFIP dispose d'une large palette de mesures préventives et répressives (ATF 126 III 499 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_232/2010 précité consid. 3.1.2). Les mesures préventives comprennent les recommandations, l'obligation de rendre régulièrement un rapport de gestion, voire d'autres documents. Quant aux mesures répressives, il s'agit de l'annulation des décisions prises par les organes, d'instructions,

d'avertissements, d'amendes ou de la révocation des organes (arrêts du Tribunal fédéral 5A_232/2010 précité consid. 3.1.2 ; 5A_274/2008 du 19 janvier 2009 consid. 5.1). Ces mesures sont concrétisées à l'art. 3 RSFIP-Surv.

e. Si l'autorité de surveillance jouit d'une grande liberté d'appréciation dans le choix de la mesure, elle n'en est pas moins tenue de respecter les principes généraux régissant l'activité administrative, parmi lesquels celui de la proportionnalité et de la subsidiarité. La révocation d'un organe est une mesure grave qui n'entre en considération que lorsqu'il y a un danger concret que les biens de la fondation ne soient pas utilisés conformément à leur destination et qu'une mesure moins rigoureuse ne permette pas d'atteindre le but recherché (ATF 105 II 321 consid. 5a ; 112 II 471 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_232/2010 précité consid. 3.1.2).

6) a. En l'espèce, le recourant conteste l'existence de manquements dans la gestion de la fondation propres à justifier l'intervention de l'ASFIP, qui a conduit à sa destitution ainsi qu'à celle des autres membres du conseil et à la nomination d'un commissaire.

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

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

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

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

comptes, ils n'en ont pas moins été approuvés par ce dernier le 18 mai 2011. Il en va de même des comptes de l'exercice 2011, signés par le recourant le 9 octobre 2012 et approuvés par le conseil le 2 novembre 2012, qui, bien que ne mentionnant aucun don reçu durant l'année, comportent un comparatif avec l'exercice précédent, et n'indiquent aucun montant remis en usufruit à la fondation, tout comme d'ailleurs les comptes 2012, approuvés par le conseil le 26 juin 2013 et signés par le recourant le 27 juin 2013. Dans ces circonstances, l'existence d'une erreur qui n'aurait été découverte qu'en 2013 ne saurait être admise, contrairement à ce que soutient le recourant.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

logiciel, de cartes de crédit et d'autres possibilités financières selon celles du recourant. S'y ajoute la complexité de la structure mise en place avec l'intervention de trois sociétés, dont deux sises au Delaware, sans qu'un tel montage ait reçu d'explication plausible. Mis à part un montant de CHF 3'000.-, ce prêt n'a jamais été remboursé, aucun intérêt n'ayant été payé, contrairement aux termes du contrat du 5 mars 2013, ce qui a causé une perte à la fondation de CHF 147'000.-, comme l'indique la provision y relative figurant dans les comptes de l'exercice 2013.

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

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

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

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

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

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

qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la nécessité d'un fonctionnement en parallèle avec un commissaire.

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

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

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 novembre 2016 par Monsieur A_____ contre la décision de l'autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du 8 novembre 2016 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'500.- à la charge de Monsieur A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément à l'art. 72 al. 2 let. b ch. 4 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF – RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière civile ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Romain Jordan, avocat du recourant, à l'autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, ainsi qu'à la Fondation B_____, appelée en cause, soit pour elle Monsieur C_____, commissaire.

Siégeant : Mme Junod, présidente, MM. Thélin, Pagan et Verniory,
Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :