

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4041/2016-DIV

ATA/1401/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 17 octobre 2017

sur effet suspensif

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 François Chevalley, commissaire

Attendu, en fait, que :

1. La Fondation B_____ (ci-après : la fondation) est une fondation de droit suisse dont le siège est à C_____. Elle est inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève depuis le 23 mars 2010.

Selon ses statuts, du 11 mars 2010, son but consiste à effectuer des dons en faveur de projets humanitaires initiés dans le canton de Genève et liés au développement en faveur des populations démunies.

Lors de sa fondation en 2010, étaient inscrits au RC comme disposant de la signature individuelle Monsieur A_____, en tant que membre président, et Monsieur D_____, sans fonction particulière mentionnée.

2. Le 27 août 2010, la fondation a été exonérée d'impôts au sens de la loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994 (LIPM - D 3 15), de la loi sur les droits d'enregistrement du 9 octobre 1969 (LDE - D 3 30) et de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11), au vu de son but d'utilité publique.

3. Dans son rapport du 18 avril 2011 au sujet de l'exercice 2010, l'organe de révision de la fondation a indiqué un montant de CHF 701'503.01 dans la rubrique du compte de résultat intitulée « dons reçus ». Le résultat de l'exercice s'élevait à CHF 630'567.68. M. D_____ était mentionné comme responsable de projets.

Le « rapport annuel d'activité pour l'année 2010 » signé le 29 avril 2011 par MM. A_____ et D_____, et approuvé le 18 mai 2011 par le conseil de fondation, indiquait qu'« aucun projet parmi ceux qui ont été étudiés durant l'année 2010 n'a 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 ».

4. Le 8 février 2012 a été inscrite au RC genevois l'Association E_____ (ci-après : l'association). Son but statutaire était la promotion et l'organisation de jeux de société privés et publics à but caritatif, social et culturel, destinés au financement d'œuvres et d'activités de bienfaisance. Disposaient de la signature individuelle M. A_____, en tant que membre président, et M. D_____, sans fonction particulière mentionnée.

5. Le 31 mai 2012, l'autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance (ci-après : ASFIP) a écrit à la fondation, lui rappelant qu'elle était dans l'attente des justificatifs de libération du capital initial de la fondation, et lui demandant des renseignements au sujet de divers postes (notamment « véhicules » et « allocations de retour en emploi ») des comptes 2010.

6. Le 20 juin 2012, la fondation a répondu à ce courrier. Les véhicules consistaient en une motocyclette BMW et en une automobile Renault Mégane. Les allocations de retour en emploi concernaient M. D_____, salarié de la fondation et dont le salaire brut s'élevait à CHF 120'000.-, dont CHF 84'000.- d'allocations.
7. Dans le rapport du 28 septembre 2012 de l'organe de révision au sujet de l'exercice 2011, le résultat de l'exercice était négatif, s'élevant à CHF – 96'606.88. Un montant de CHF 60'000.- avait été dépensé à titre de salaire, et aucun don n'avait été reçu.
8. Selon le rapport d'activités pour l'année 2011, aucun projet viable n'avait été présenté en 2011.
9. Le 28 juin 2013, l'ASFIP a adressé une demande de renseignements à la fondation, concernant l'exercice 2011 et plus particulièrement des postes de CHF 5'940.- « étude juridique pour loterie caritative » et de EUR 9'000.- « (...) F_____ ». Il lui fallait également le lien avec le but statutaire d'un prêt de CHF 200'000.- consenti en 2012 à l'association.
10. Dans le rapport du 17 juin 2013 de l'organe de révision au sujet de l'exercice 2012, le résultat de l'exercice était négatif, s'élevant à CHF – 188'077.08. Aucun montant n'avait été dépensé à titre de salaire, et CHF 186'000.- étaient comptabilisés à titre de provision pour débiteurs douteux, en lien avec le prêt de CHF 200'000.- de l'association et « du risque lié à la capacité de remboursement de la débitrice ».
11. Le 26 juin 2013, le conseil de fondation a confirmé que pour l'exercice 2012, il n'y avait pas eu de dons effectués à des tiers, et qu'un prêt de CHF 200'000.- avait été consenti à l'association en vue de récolter des fonds.
12. Le 30 septembre 2013, la fondation a répondu à l'ASFIP que les deux montants dans les comptes 2011 correspondaient à l'obtention d'un avis de droit et aux 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 caritatifs de la fondation.

Par ailleurs, « la décision de l'octroi du prêt a[vait] été prise 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[vait] été informé dans ce sens, la situation financière de la fondation permettant de toute façon cette opération ».
13. Le 15 octobre 2013, l'ASFIP a indiqué à la fondation que sa réponse précitée ne répondait pas à sa question, qui portait sur le lien entre le prêt accordé et le but de la fondation. Le projet des activités concrètes que la fondation entendait déployer à l'avenir devait aussi lui être communiqué.

-
14. Le 12 novembre 2013, la fondation a précisé à l'ASFIP que l'association avait des buts similaires aux siens. Étant donné que l'association était en pourparlers avec le service du commerce pour la mise en place d'une loterie caritative, il était tout à fait justifié de l'assister en lui accordant un prêt.
15. Le 9 décembre 2013, le conseil de fondation a adopté un règlement relatif à l'art. 6 des statuts concernant le financement. Selon ce texte, « compte tenu des résultats dégagés par la fondation, le solde enregistré comme excédent des produits au 31 décembre 2012, soit CHF 345'883.62 devait être comptabilisé au crédit du compte Fondateur au 1^{er} janvier 2013 ».
16. Dans le rapport du 23 juillet 2014 de l'organe de révision au sujet de l'exercice 2013, le résultat de l'exercice était négatif, s'élevant à CHF – 2'029.97. Un montant de CHF 345'883.62 était attribué au « compte Fondateur », placé dans la rubrique « fonds étrangers » du passif du bilan. Aucun salaire n'avait été versé.
- Il était prévu que le montant de CHF 200'000.- versé à l'association en 2012 soit transformé en donation en 2014. Par ailleurs, la fondation avait prêté par contrat du 5 mars 2013 la somme de CHF 150'000.- à M. D_____ pour le compte de la société G_____ « dans le but de capitaliser la société H_____ avec intérêts à 2,5 % et remboursements CHF 3'000.- par mois ».
- La société anonyme H_____ a été inscrite au RC genevois le 8 avril 2013, et radiée le 27 octobre 2015. M. D_____ en était son unique administrateur, puis administrateur liquidateur, avec signature individuelle. Elle avait pour but statutaire le commerce international de matières premières, produits chimiques, produits semi-manufacturés et produits industriels, ainsi que toute activité commerciale liée.
17. Selon le rapport d'activités pour l'année 2013, aucun projet viable n'avait été présenté en 2013.
18. Le 10 juillet 2015, l'ASFIP a indiqué à la fondation avoir constaté plusieurs problèmes dans les comptes 2013, et a convoqué tous les membres du conseil de fondation à une séance en ses locaux le 4 septembre 2015. Les problèmes concernaient notamment le virement des excédents de produits sur le compte « Fondateur », le prêt de CHF 200'000.- à l'association, le prêt à M. D_____, l'activité de la fondation.
19. Le 14 septembre 2015, la fondation a écrit à l'ASFIP en donnant des explications sur les points mentionnés dans le courrier du 10 juillet 2015.
20. Le 25 septembre 2015, l'organe de révision de la fondation a rendu un rapport sur le contrôle restreint de la fondation. Les comptes 2014, comme les comptes 2013, avaient été établis en prenant en compte la décision du conseil de fondation du 9 décembre 2013 avec élaboration d'un règlement spécifique. L'ASFIP avait, selon un courrier du 10 juillet 2015, annulé cette décision qui selon elle violait l'article des
-

statuts interdisant tout retour aux fondateurs en cas de dissolution de la fondation. Le conseil de fondation contestait cette vision, et une réunion était prévue le 14 octobre 2015 pour en débattre.

Les comptes 2014, joints, faisaient état d'un résultat de l'exercice 2014 de CHF – 8'262.97. La fondation avait fait un don lié au but statutaire pour un montant de CHF 350.-, soit 2 % du total des charges.

21. Le 15 octobre 2015, l'ASFIP a adressé un courrier de suivi de la réunion qui s'était tenue le jour même dans ses locaux. Elle avait pris note des explications de la fondation sur certains points, sur le fait que des correctifs aux comptes 2014 allaient être apportés sur d'autres (soit le virement des excédents de produits au compte « Fondateur », les remboursements prévus par le contrat de prêt avec M. D_____, qui n'avaient jamais été honorés et dont les intérêts n'avaient jamais été comptabilisés, et la constitution d'une provision de CHF 147'000.- à ce sujet).

La fondation devait en outre fournir un certain nombre de documents.

22. Le 26 novembre 2015, la fondation a envoyé à l'ASFIP ses comptes 2014 rectifiés.

Le rapport y relatif de l'organe de révision mentionne deux réserves, l'une concernant le prêt à M. D_____, dont les remboursements prévus n'avaient pas eu lieu, l'autre le prêt à l'association et les CHF 186'000.- de provision y relative. Ces opérations n'avaient pas été justifiées, documents à l'appui, comme étant en relation directe avec le but de la fondation. Selon le conseil de fondation ces avances et prêts étaient garantis par un logiciel utilisable pour des loteries à but caritatif, livré sur une disquette déposée dans un coffre bancaire, mais à ce jour aucune expertise d'évaluation d'un tiers compétent n'avait pu confirmer la valeur de ce produit.

L'organe de révision ne pouvait dès lors pas conclure que les états financiers étaient conformes à la loi et aux statuts.

23. L'ASFIP a repris certains points de son précédent courrier en écrivant à la fondation le 20 janvier 2016.

24. Le 27 juillet 2016, le nouvel organe de révision de la fondation a écrit à l'ASFIP.

À la lecture des comptes 2015, qui lui avaient été récemment remis, il constatait que la fondation était surendettée. Il avait demandé au conseil de fondation quelles mesures de désendettement il souhaitait prendre, et était en attente d'une réponse.

25. Le 20 octobre 2016, l'ASFIP a écrit à la fondation. Un délai au 7 novembre 2016 lui était imparti pour transmettre un certain nombre de documents ;

à défaut, au vu de la gravité des faits, toutes mesures seraient prises pour que les biens de la fondation 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 des injonctions de l'ASFIP du 10 juillet 2015.

26. M. D_____ s'est déterminé par courriel à l'ASFIP du 4 novembre 2016.
27. Par décision du 9 novembre 2016, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'ASFIP a nommé un commissaire pour la fondation, avec signature individuelle, considérant que le conseil de fondation ne remplissait pas ses engagements envers la fondation, et a destitué les membres dudit conseil et révoqué leurs pouvoirs de représentation.
28. Cette nomination et cette destitution 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 18 novembre 2016.
29. Par acte posté le 25 novembre 2016, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, en concluant à l'octroi d'un délai pour compléter son recours.
30. M. A_____ a complété son recours par acte du 8 décembre 2016, concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours, et principalement à l'annulation de quatre (sic) décisions (non désignées ni fournies) de l'ASFIP.

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 ».
31. 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).
32. Le 17 février 2017, l'ASFIP a conclu au rejet du recours.
33. Le 29 mars 2017 s'est tenue une audience de comparution personnelle des parties, et le 28 juin 2017 une audience d'enquêtes durant laquelle M. D_____ a été entendu comme témoin.

34. Le 31 août 2017, un avocat s'est constitué pour la défense des intérêts de M. A_____, faisant diverses réquisitions de preuve et demandant à ce qu'il soit statué sur effet suspensif.
35. Le 13 septembre 2017, le juge délégué a appelé en cause la fondation, soit pour elle le commissaire nommé par l'ASFIP. Un délai au 22 septembre 2017 lui était imparti pour se déterminer sur le recours, et un délai était fixé aux autres parties au 29 septembre 2017 pour leurs déterminations finales.
36. Le 28 septembre 2017, le juge délégué a prolongé ce dernier délai au 27 octobre 2017.
37. Le 4 octobre 2017, la fondation a conclu au rejet du recours.
38. Le 4 octobre 2017 également, l'ASFIP a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif au recours.

Elle avait déclaré sa décision exécutoire nonobstant recours pour sauvegarder les intérêts prépondérants et menacés de la fondation, notamment pour éviter que le conseil de fondation ne transfère le solde des actifs à M. A_____.

La restitution de l'effet suspensif aurait pour conséquence de permettre à M. A_____ et aux autres membres du conseil de fondation de transférer le solde des actifs à M. A_____, voire de finaliser la spoliation de la fondation par un nouveau prêt non remboursé et non remboursable à une société gérée par M. A_____ ou M. D_____. Dans ce cas, si le recours était rejeté, il y avait de très fortes probabilités que la fondation ne puisse plus récupérer ses biens.

Restituer l'effet suspensif entraînerait pour la fondation un risque irréversible, tandis que M. A_____ n'avait quant à lui pas démontré que la décision attaquée ait entraîné une lésion grave de ses intérêts personnels.

39. Sur ce, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

1. Les décisions sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles sont prises par le président de la chambre administrative, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017).
2. Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (art. 66 al. 3 LPA).

Par ailleurs, l'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

3. Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen*, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, 2013, 61-85, p. 63) – ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/566/2012 du 21 août 2012 consid. 4 ; ATA/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2).
4. L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405).

Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HÄNER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

5. a. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).
- b. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

6. En l'espèce, dans la mesure où il porte sur une fondation, et donc sur l'affectation de biens en faveur d'un but spécial (art. 80 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210 ; ATF 140 II 255 consid. 4.1), le dommage causé par la restitution – ou non – de l'effet suspensif au recours est de nature exclusivement pécuniaire. En effet, le dommage allégué par le recourant est l'interdiction d'accès au patrimoine de la fondation (voire au sien propre, si l'on retient sa thèse selon laquelle l'essentiel des actifs de la fondation est constitué d'une somme appartenant au recourant et non à la fondation), et celui allégué par l'intimée est la dilapidation du patrimoine de la fondation.

Or à cet égard, il ne fait aucun doute qu'en cas d'admission du recours, un éventuel dommage causé par l'ASFIP (qui est un établissement public autonome, art. 1 al. 1 de la loi sur la surveillance des fondations de droit civil et des institutions de prévoyance du 14 octobre 2011 - LSFIP - E 1 16) ou par ses décisions pourrait être réparé, la solvabilité du canton de Genève n'étant pas douteuse, tandis qu'en cas de rejet du recours, l'éventuel dommage causé par le conseil de fondation, si celui-ci venait à fonctionner à nouveau, ne serait très probablement pas récupérable.

Au surplus, le recourant ne fait valoir aucun acte du commissaire nommé qui serait préjudiciable aux intérêts de la fondation, quand bien même on peut comprendre qu'il voie d'un mauvais œil que des poursuites civiles et pénales aient été entamées à sa propre rencontre. Quant à la thèse précitée selon laquelle les CHF 700'000.- qu'il a versés à la fondation en 2010 ne constituerait pas une donation, elle n'apparaît prima facie guère fondée, et n'est étayée en l'état que par les dires de M. D_____, également membre destitué du conseil de fondation.

7. La demande de restitution de l'effet suspensif au recours sera dès lors refusée.
8. Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu 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 ;

vu l'art. 66 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ;

vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 26 septembre 2017 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Romain Jordan, avocat du recourant, à l'autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, ainsi qu'à la B_____, appelée en cause, soit pour elle, Monsieur François Chevalley, commissaire.

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :