

## La règle de l'appréciation commerciale (Business Judgment Rule) au Liechtenstein en particulier dans ses aspects relatifs à la fondation

### Introduction

La réforme du droit des fondations au Liechtenstein, en 2009, a été l'occasion de modifier la réglementation relative aux devoirs de vigilance des organes des personnes morales. La règle de l'appréciation commerciale (Business Judgment Rule, «BJR»), provenant du droit commercial américain, a été codifiée dans le nouvel art. 182, al. 2, phrase 2, de la loi relative aux personnes et aux sociétés («PGR»). Dans la mesure où cette nouvelle norme se trouve dans la partie générale de ladite loi, elle ne s'applique pas seulement aux conseils de fondation des fondations liechtensteinoises, mais aussi, de manière générale, à tous les organes administratifs de personnes morales, par exemple aux conseils d'administration des sociétés de capitaux et autres établissements. Mais la Cour suprême du Liechtenstein l'a également appliquée aux agents fiduciaires d'une société fiduciaire («trust»), de sorte qu'elle peut être invoquée à raison par l'agent fiduciaire («trustee») d'une société fiduciaire liechtensteinoise.

### Champ d'application de la règle de l'appréciation commerciale

Le législateur s'est volontairement référé à la BJR lors de la codification de l'art. 182, al. 2, phrase 2 PGR. La nouvelle disposition liechtensteinoise prend comme modèle le système américain de la BJR, mais aussi le droit allemand des sociétés anonymes. Un membre de l'administration agit en accord avec les principes d'une gestion et d'une représentation diligentes s'il ne se laisse pas guider par des intérêts extérieurs lorsqu'il prend une décision d'entreprise et qu'il peut être raisonnablement considéré qu'il a agi sur la base d'informations appropriées pour le bien de la personne morale (cf. art. 182, al. 2, phrase 2 PGR).

### Existence d'une décision d'entreprise («business judgment»)

La BJR ne s'applique qu'aux décisions d'entreprise juridiquement contraignantes. Le conseil de fondation doit disposer d'un pouvoir discrétionnaire dans le cas concret. Il n'y a pas de «business judgment» si la décision doit être prise ou ne peut pas être prise en

vertu de la loi, des statuts, des statuts auxiliaires ou d'un règlement. Ainsi, la décision de verser la totalité du patrimoine de la fondation aux bénéficiaires n'est pas couverte par la BJR si une telle décision porte atteinte aux droits des créanciers de la fondation. En effet, la distribution anticipée du patrimoine violerait le nouveau devoir du conseil de fondation, inscrit dans la loi, de conserver le capital social (cf. art. 552, § 37, al. 2 PGR). N'est pas non plus à l'abri celui qui place le patrimoine de la fondation d'une manière qui n'est pas conforme au but de la fondation, et donc aux statuts ; si les investissements très risqués sont expressément interdits par les statuts, le conseil de fondation ne pourra pas invoquer la BJR si on lui demande ensuite un dédommagement pour les pertes qui en découlent.

De même, un comportement illégal ne sera pas «à l'abri» au sens d'une exonération de la responsabilité. L'inaction, si elle n'est pas inadmissible, peut tomber sous le coup de la BJR ; ainsi, les organes peuvent invoquer une exonération de responsabilité s'ils n'ont pris aucune décision car, à défaut d'avoir suffisamment de temps, il serait déraisonnable d'exiger d'un décideur qu'il se consacre à toutes les questions et qu'il les traite formellement ou conformément à l'ordre du jour.

Le concept «d'entreprise» doit être largement interprété et englobe toute décision du conseil de fondation ou d'administration en rapport avec l'administration ou l'utilisation (sic !) des fonds, ou qui les concerne. Il inclut incontestablement les décisions relatives au placement du patrimoine. La détermination des bénéficiaires ou du type et montant de leur bénéfice par le conseil de fondation dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire statutaire doit donc, également, être considérée comme une décision d'entreprise au sens de la BJR. En effet, la décision de déterminer les bénéficiaires, en accord avec la volonté du fondateur, qui est la seule déterminante, appartient aux devoirs et missions du conseil de fondation, qui ne peut les déléguer. Écarter cette matière du champ de protection de la BJB serait illégal.

### 2. Pas de conflit d'intérêts

Le conseil de fondation ne doit pas se laisser guider par des intérêts extérieurs lorsqu'il prend une décision d'entreprise,

c'est-à-dire qu'il doit être libre de tout conflit d'intérêts. Il n'est pas seulement question ici des intérêts propres du conseil de fondation, mais aussi des intérêts particuliers extérieurs au sens large. On peut, en général, parler de conflit d'intérêts lorsque des contrats sont conclus entre la fondation et le conseil de fondation ou des personnes qui lui sont proches. De même, un conseil de fondation qui ne veut pas se favoriser lui-même mais cherche à favoriser, par la décision d'entreprise, des tiers, qui ne sont pas bénéficiaires est partial et se laisse guider par des intérêts extérieurs. Ce peut être le cas, par exemple, en cas de rétrocessions ou «kick-backs», sans qu'une prestation justifiée sur le fond et proportionnée n'ait été fournie ou n'en soit la cause, même si le conseil de fondation n'a pas lui-même encaissé ces «incentives», mais qu'ils ont été promis ou accordés à un tiers proche du conseil de fondation (par ex. banques ou administrateurs de patrimoine). Il convient de décider au cas par cas s'il est suffisant que le conseil de fondation concerné se soit mis en retrait avant la décision. L'idée fondamentale derrière cette disposition est l'attention portée à la liberté de décision qui ne peut en aucun cas être restreinte ou menacée par des circonstances qui ne sont pas en rapport avec le cas d'espèce.

La Cour suprême examine toujours la question du conflit d'intérêts en rapport avec le cas d'espèce et le motif. Certes, un critère strict est ici posé, mais un conflit d'intérêts purement potentiel ou apparent ne semble pas suffire dans le cas de la BJR.

### 3. *Décision prise de bonne foi*

Un conseil de fondation est «à l'abri» («safe harbor») s'il peut être «raisonnablement considéré» qu'il a agi pour le bien de l'entreprise. Le concept «raisonnablement» est imprécis et totalement étranger au droit liechtensteinois. Selon la présentation du projet de loi allemand, on ne peut pas parler de prise de décision raisonnable si «la direction a mal évalué le risque lié à la décision d'entreprise d'une manière totalement inadmissible». Cette explication est peu éclairante.

Il vaut mieux avoir recours à l'interprétation du matériel législatif en droit américain. Le «reasonable judgment» y est considéré comme l'équivalent de l'acte de bonne foi (good faith): les directeurs doivent conduire les affaires de bonne foi, de sorte que les actions qu'ils entreprennent soient dans l'intérêt de la société. Dans la pratique, ce critère devient significatif si la faute reprochée aux directeurs ne peut être reliée à l'un des autres critères de la BJR. La mauvaise foi peut être supposée si la décision prise par la direction ne semble reposer sur aucun motif raisonnable. La doctrine le transcrit de la façon suivante: «Bad faith may be inferred where the decision is so beyond the grounds of reasonable judgment that it seems essentially inexplicable on any [other] ground.»

Le concept «raisonnablement» peut et doit donc être identifié avec le principe juridique fondamental de la bonne foi, inscrit de manière ferme et centrale dans l'art. 2 PGR en droit liechtensteinois. Selon l'art. 2 PGR, chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

### 4. *Prise de décision sur la base d'informations appropriées*

Avec quelle minutie le conseil de fondation doit-il planifier sa prise de décision? Il est clair, tout d'abord, qu'une décision qui ne repose sur aucune information ne passera pas le test de la BJR. Cela vaut aussi dans le cas d'un conseil de fondation qui ne participe pas matériellement au processus de décision, même s'il est compétent, soit parce qu'il n'a pas participé à la séance, soit parce qu'à cette occasion, il s'est comporté de manière passive et désintéressée. Le conseil de fondation doit donc s'informer au préalable sur les fondements de sa décision, recueillir la meilleure documentation possible, prendre des renseignements, éventuellement consulter des spécialistes (experts, avocats, etc.), prendre en considération toutes les questions de fait et de droit et procéder à un examen minutieux avant d'arriver à une décision.

Quand le recueil d'informations peut-il être considéré comme approprié? L'intensité du recueil d'informations nécessaire doit être décidée par le conseil de fondation en fonction du temps à disposition, du poids et du type de décision, mais aussi des critères de proportionnalité admis en matière de gestion et, le cas échéant, du domaine de compétence. Le fait que les décisions d'entreprise soient souvent prises en suivant l'instinct, l'expérience, le flair concernant de futurs développements ou simplement en suivant «le bon sens» doit également être pris en compte lors de l'évaluation du caractère approprié des informations, de même que la pression du temps lors de la prise de décision.

Dans ce contexte, une décision de la Cour suprême (OGH 06.12.2001, 1 CG.378/99-50, LES 2002, 41) est particulièrement éclairante, puisqu'elle considère que les règles procédurales suivantes doivent être appliquées aux séances d'un conseil de fondation composé de plusieurs personnes: l'objet de la prise de décision doit en principe être annoncé (ordre du jour). Les décisions du conseil de fondation sur des sujets qui n'étaient pas annoncés dans l'ordre du jour sont dépourvues d'effet juridique. La convocation d'une séance sans indication de l'ordre du jour s'oppose donc en principe à l'adoption de décisions, même dans le cas d'un organe de fondation composé de plusieurs membres. Et les décisions prises sans que tous les conseillers de fondation ne soient présents ou pour lesquelles certains d'entre eux n'ont pas été convoqués sont nulles.

Il découle donc de la BJR que lors du contrôle de la régularité des décisions du conseil de fondation, l'aspect procédural de

leur adoption passe au premier plan. Ceux qui procèdent comme l'exige la BJR peuvent compter sur l'immunité en matière de responsabilité.

### 5. Agir pour le bien de la personne morale

Le bien de la fondation correspond à son but. Le but de la fondation peut être d'intérêt public ou privé et il constitue l'élément fondamental de la fondation, ainsi que la justification de son existence. L'idée directrice est toujours la volonté (présumée) du fondateur dont le conseil de fondation doit garantir la réalisation, dans le respect des dispositions des actes de fondation. L'administration du patrimoine est particulièrement significative en la matière. Le conseil de fondation doit administrer le patrimoine de la fondation conformément au but de la fondation selon les principes d'une gestion régulière (art. 552, § 25 PGR).

Si le patrimoine de la fondation est investi dans des produits financiers présentant un risque élevé de perte alors que les statuts ou, par ex., les règlements d'investissement adoptés l'interdisaient expressément, le décideur ne pourra pas invoquer la BJR, car cette décision est contraire aux statuts. Si les actes de fondation ne contraignent pas le conseil de fondation à une administration concrète du patrimoine et que ce dernier place le patrimoine de la fondation dans des produits financiers à haut risque, sans avoir examiné des alternatives, demandé des expertises à des conseillers financiers et sans pouvoir donner d'autres raisons ou fournir des documents qui permettent de comprendre ce placement, le juge devra examiner, selon la BJR, si le conseil de fondation a bien évalué au préalable les chances et les risques lors d'un processus de décision admissible et s'il a pris en considération le bien de la fondation.

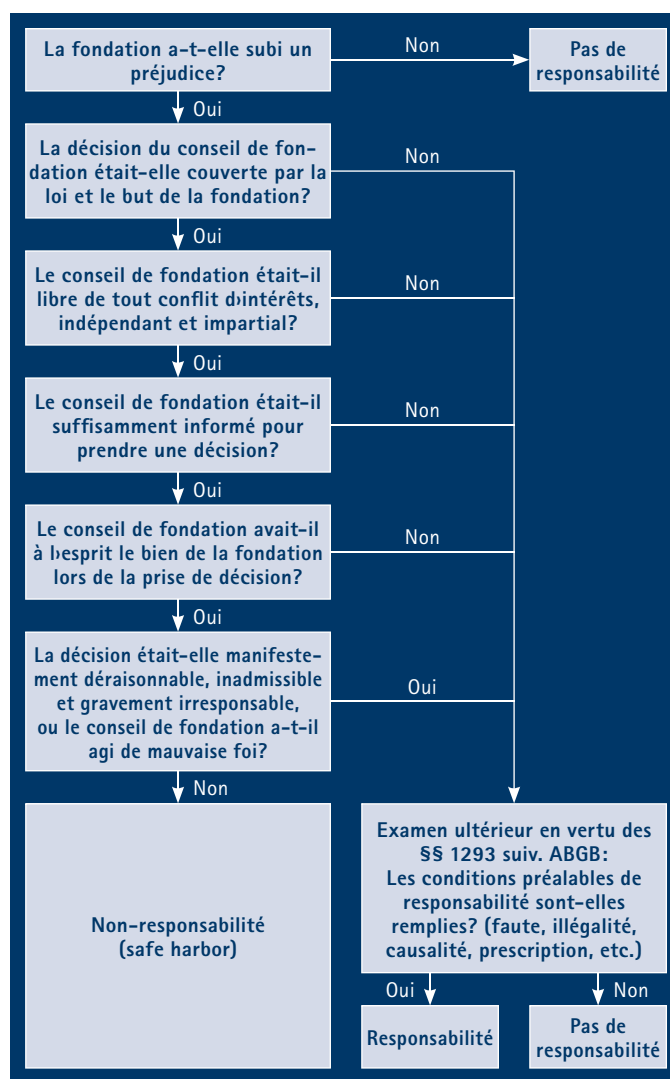
#### Résumé

La BJR crée une zone de non-responsabilité au sein de laquelle le conseil de fondation peut s'affranchir de l'inquiétude liée à une responsabilité personnelle, agir librement et exercer ses droits et devoirs tranquillement. Cette zone est alors qualifiée de «safe harbor». S'il agit dans cette zone, il n'a pas à craindre les décisions erronées et les pertes qui en découlent concernant le patrimoine de la fondation dont l'administration lui a été confiée. Un juge ne pourra qu'examiner s'il a bien préparé ses hypothèses avant la décision, s'il les a justifiées de manière plausible et si elles étaient admissibles, responsables, raisonnables – et pour le bien de la fondation – en vertu du principe général de la bonne foi.

Même si cette disposition provient d'un droit étranger et que des difficultés d'interprétation seront inévitables lors de son application, il faut saluer, au nom de la sécurité juridique et

de la dissuasion des procès frauduleux en responsabilité, la définition et la création d'un tel abri «au sein duquel on peut se laisser transporter, sans se heurter partout au laid visage de la responsabilité».

En droit liechtensteinois, la BJR peut être examinée à la lumière du schéma suivant:



Auteurs: Dr. iur. Johannes Gasser, LL.M.  
Mag. iur. Silvana Dorner

