

Nouveau site à partir du 1^{er} octobre 2014

À compter du 1^{er} octobre 2014, First Advisory Group regroupera sous un même toit l'ensemble des entreprises et des collaborateurs du groupe situés à Vaduz dans ses nouveaux locaux.



Veuillez noter dès à présent notre nouvelle adresse valable à partir du 1^{er} octobre 2014: Wuhrstrasse 6, 9490 Vaduz. Le numéro de téléphone +423 236 30 00 et toutes les autres coordonnées demeurent inchangés.

Droits d'influence du fondateur – possibilités d'aménagement et limites

En droit des fondations, les droits d'influence constituent une zone de tensions considérable. Alors que le droit autrichien considère généralement de manière négative la question de l'influence du fondateur ou du bénéficiaire, le droit liechtensteinois offre quant à lui une plus grande marge de manœuvre. Si cela correspond en règle générale à la volonté du fondateur (notamment lorsqu'il est également le bénéficiaire de la fondation) cela peut également bien souvent mener à des conflits entre les propres intérêts des bénéficiaires d'une part et la gestion de la fondation, respectivement les intérêts et le but de la fondation d'autre part, comme le démontre la problématique du versement de l'intégralité du patrimoine de la fondation comme exposé ci-après.

La fondation en tant qu'«entité patrimoniale sans propriétaire»

La fondation est souvent décrite comme une entité patrimoniale sans propriétaire qui, dès sa constitution, se détache de la

personne de son fondateur afin de servir uniquement le but défini par le fondateur. En dépit du libéralisme qui a toujours caractérisé le droit des fondations liechtensteinois, celui-ci demeure toutefois fidèle au concept fondamental de la fondation en vertu duquel *une prise d'influence prolongée de la part du fondateur sur le patrimoine consécutivement à l'acte de constitution de la fondation n'est admissible que de manière limitée*. La réforme totale du droit des fondations de 2008 a apporté quelques limitations dans ce sens, qui seront traitées ci-après.

Les droits du fondateur ex lege

Le *droit de révocation*, régi par l'art. 552 § 30 al. 1 du droit liechtensteinois des personnes et des sociétés («PGR»), constitue sans nul doute le droit le plus important attribué au fondateur, dans la mesure où l'exercice du droit de révocation de la fondation en tant que motif de dissolution est susceptible de mettre fin à une fondation valablement constituée (cf. art. 552 §§ 39 s.

PGR). Si l'acte de fondation contient une réserve de révocation et que le fondateur s'est désigné lui-même en tant que bénéficiaire final (ce que présume en cas de doute l'art. 552 § 8 al. 3 PRG), cela a également pour conséquence que les bénéficiaires sont privés des droits de renseignement et d'information prévus par l'art. 552 § 9 PGR et que ces droits reviennent au seul fondateur. L'impact important que peut avoir un droit de révocation explique notamment pourquoi ce dernier doit revenir au fondateur seulement lorsqu'il s'en est expressément réservé le droit dans l'acte de fondation. En outre, le fondateur est autorisé à réserver ce droit uniquement en sa propre faveur et en aucun cas en faveur de l'administration de la fondation.

En plus du droit de révocation, le fondateur d'une fondation liechtensteinoise peut également s'assurer une possibilité ultérieure d'influence en se réservant le *droit de modification des documents de la fondation* (cf. également art. 552 § 30 al. 1 PGR).

Selon l'art. 552 § 30 al. 1 deuxième phrase PGR, les droits d'influence mentionnés sont incessibles et intransmissibles. Comme déjà précisé, ces droits ne peuvent être attribués qu'au fondateur et non à des tiers (ni au conseil de fondation, à qui peuvent cependant être attribués des droits de modification du but de la fondation et d'autres objets conformément aux art. 552 §§ 31 et 32 PGR). Le nouveau droit des fondations définit clairement les droits du fondateur comme des *droits strictement personnels*.

Commentaire: l'exercice des droits du fondateur en cas de constitution fiduciaire de fondation

La qualification des droits du fondateur en tant que droits strictement personnels rejoint également l'un des objectifs fondamentaux de la réforme des fondations, à savoir celui visant à créer une base légale pour la *constitution fiduciaire de fondations* – jusque là non prévue par la loi – et ainsi également pour les droits du fondateur économique. Dans les cas de constitution fiduciaire de fondation, l'ancien droit des fondations opérait une distinction entre fondateur juridique et fondateur économique. Le fondateur juridique était généralement une société fiduciaire autorisée, chargée de nommer les membres du conseil de fondation et en règle générale étroitement liée à ces derniers. Le fondateur économique était le client de la société fiduciaire qui confiait à cette dernière le mandat de constituer et d'administrer la fondation. Dans une jurisprudence constante, la Cour suprême du Liechtenstein («OGH») a considéré qu'en cas de constitution fiduciaire de fondation, c'était le fondateur juridique (à savoir le fiduciaire) et non le fondateur économique (mandant) qui devait être considéré comme fondateur. Ce faisant, les éventuels droits du fondateur (droits de modification, droits de révocation, etc.) étaient réservés à l'agent fiduciaire, dans la mesure où une réserve en ce sens était prévue dans les statuts. De même,

selon cette jurisprudence, il était insignifiant de savoir, lors de la constitution de la fondation et concernant sa validité, qui du fondateur juridique ou du fondateur économique apportait le patrimoine de la fondation.

Tant que le fondateur fiduciaire et le fondateur économiques étaient d'accord, ceci ne posait aucun problème. Toutefois, en cas de divergence d'opinion, cette circonstance entraînait en pratique l'éviction du fondateur économique (et réel). La réforme des fondations devait permettre de résoudre ce problème.

L'art. 552 § 4 al. 3 PGR a en effet permis de réaliser cet objectif: désormais, en cas de constitution de fondation par un représentant indirect, c'est le fiduciaire (principal, mandant) qui continue à être considéré comme le fondateur, contrairement à la situation qui valait précédemment. Le fondateur juridique et le fondateur économique sont identiques, si bien que le nouveau principe peut être résumé comme suit: en cas de constitution de fondation par un représentant indirect, c'est le *principal (mandant)* qui doit être considéré comme le fondateur, et qui est par conséquent également autorisé à *exercer les droits du fondateur* (que ce soit celui de modifier les documents de fondation ou celui de révoquer la fondation).

Dans ce contexte, il convient de souligner que la Cour suprême du Liechtenstein applique également la nouvelle disposition de l'art. 552 § 4 PGR aux fondations créées sous l'ancien droit – malgré la présence dans la loi d'une disposition transitoire allant dans un autre sens (art. 1 al. 4 S 1 PGR).

Droits du fondateur «extended»

Retournons à présent au thème des droits du fondateur, qui ne se limitent pas à la réserve des droits de révocation et de modification mentionnée en exergue. En effet, l'ancrage des droits de révocation et de modification du fondateur dans l'art. 552 § 30 PGR ne doit pas être compris comme une énumération exhaustive des droits d'influence recevables. Au contraire, le fondateur peut s'attribuer en pratique toute une gamme de droits atypiques comme, par exemple, des droits d'instruction et/ou des droits de veto envers les organes de la fondation.

En principe, le fondateur ou le bénéficiaire d'une fondation ne bénéficie d'aucun droit de collaboration, sans parler d'un droit de veto, sur les mesures de gestion prises par le conseil de fondation. Toutefois, le fondateur et/ou le bénéficiaire ont la possibilité de siéger directement dans le conseil de fondation et ainsi d'atteindre l'influence recherchée. A fortiori, il en découle que si le fait de *siéger dans le conseil de fondation* est admissible, la *réserve du droit de donner des instructions ou de droits de veto* envers le conseil de fondation doit également être admissible.

De même, le fondateur peut occuper *la position d'un organe de contrôle privé* ou d'un protecteur, ce qui lui confère un droit limité de donner des instructions au conseil de fondation.

Dans ce contexte, il convient encore de souligner que le droit accordé aux bénéficiaires par les documents de fondation d'exercer un droit de révocation par le biais d'instructions au conseil de fondation ne confère qu'une *possibilité d'influence limitée* pour les bénéficiaires, notamment en ce qui concerne le paiement de distributions. En effet, si les documents de fondation n'accordent aux bénéficiaires aucun droit à des donations (déterminées), ces derniers, même s'ils disposent du droit de donner des instructions, ne sont pas considérés comme des bénéficiaires immédiats et par conséquent ne disposent d'aucune prétention envers la fondation.

Avant de développer ce thème plus avant, encore un mot sur la question des droits du fondateur dans le cadre de l'instrument très utilisé en pratique qu'est le *contrat de mandat*:

il s'agit de distinguer les droits d'influence découlant du droit des fondations de ceux découlant de la *relation de pur droit des obligations* existant entre le fondateur économique et le conseil de fondation. Si le contrat de mandat peut garantir au fondateur et/ou au bénéficiaire le droit de donner des instructions et/ou d'opposition, les statuts peuvent leur assurer des droits d'organisation ou d'intervention. Cependant, un tel *chevauchement* entre, d'une part, les dispositions et devoirs statutaires et, d'autre part, les devoirs du conseil de fondation issus du droit des obligations et basés sur un contrat de mandat, présente un certain *risque de tension et de conflits*. C'est pourquoi le conseil de fondation n'est tenu de suivre les instructions de nature de droit des obligations qui lui sont imparties par le fondateur économique que dans la mesure où cela est possible dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire prévu par l'acte de fondation et pour lequel *le but de la fondation* doit être particulièrement pris en compte. Dans le cas contraire, le conseil de fondation risque de se trouver bien vite confronté à une responsabilité envers la fondation, dont ni le contrat de mandat, ni le fait d'avoir suivi les instructions du fondateur ne pourront le dispenser.

Distribution de l'intégralité du patrimoine de la fondation?

Pour terminer, nous souhaitons aborder une problématique spécifique et récurrente en rapport avec les droits d'influence du fondateur et/ou du bénéficiaire: celle du versement de l'intégralité du patrimoine de la fondation. En 2010 déjà, la Cour suprême du Liechtenstein avait jugé que le *droit à la distribution de l'intégralité du patrimoine de la fondation* n'existait que dans les cas où un *droit de révocation* avait été réservé (OGH 5.3.2010, 6 CG 2005.232). Cette décision était basée sur l'état de fait suivant:

le demandeur avait investi dans plusieurs fondations de famille constituées à titre fiduciaire. Les fondateurs fiduciaires et les premiers conseils de fondation avaient autorisé le fondateur à disposer en tout temps de la fortune des fondations et également à procéder à leur dissolution. Ces conventions (orales) ainsi que les conceptions y relatives du demandeur ne se reflétaient dans aucune disposition statutaire, ni dans les avenants aux statuts des fondations défenderesses. Le demandeur était bénéficiaire à titre individuel de la première défenderesse, et avec son épouse de la deuxième défenderesse, et ce « sans limitation pour toute sa (leur) vie, de la fortune de la fondation et de ses revenus ».

Selon les statuts et leurs avenants, le conseil de fondation était autorisé à déterminer selon sa libre appréciation le moment, l'importance et les destinataires des distributions. Or, les fondations ont refusé certaines distributions au demandeur. Le demandeur en a conclu que les deux fondations étaient obligées de lui verser l'intégralité du patrimoine (restant) des fondations. Sa demande en paiement était motivée en faits et en droit par les arguments suivants:

le demandeur faisait grief aux conseils de fondation des défenderesses d'être à l'origine de nombreuses sorties d'actifs injustifiées : selon lui, les défenderesses auraient abusé, par un comportement contraire au but des fondations, des pouvoirs qui leur avaient été octroyés sur le patrimoine confié et ce faisant, elles auraient causé des dommages considérables. Le demandeur estimait qu'il était le premier bénéficiaire des deux fondations. Sachant que, dans le cas présent, les conseils de fondation avaient affaire à des prétentions du bénéficiaire envers des fondations de droit liechtensteinois, fondations qui sans équivoque étaient aménagées en vue de conférer des droits à leurs ayant droits, les conseils de fondation étaient tenus en vertu de la loi, des statuts et de leurs avenants de payer sans limitation au demandeur les revenus disponibles ainsi que le patrimoine de la fondation. Selon le demandeur, les distributions et les droits du bénéficiaire ne reposeraient en aucune manière sur le seul pouvoir discrétionnaire du conseil de fondation et celui-ci ne disposerait d'aucune marge de manœuvre quant au fait de savoir si et dans quelle proportion effectuer des distributions au premier bénéficiaire (le demandeur).

Les fondations défenderesses ont conclu au rejet de la demande, arguant qu'en vertu des statuts, le demandeur n'était qu'un bénéficiaire discrétionnaire et qu'il ne jouissait d'aucun droit au versement de l'intégralité du patrimoine de la fondation ni de ses revenus. Le transfert demandé de l'intégralité du patrimoine des fondations aurait pour conséquence leur dissolution, à laquelle le demandeur, en l'absence d'une réserve expresse de révocation prévue par les statuts, n'aurait aucun droit. De plus, les conclusions de la demande violeraient également les droits des créan-

ciers et des bénéficiaires conditionnels, à l'instar du fait que seules les fondations disposeraient de la légitimation active pour faire valoir des dommages et intérêts envers les conseils de fondation.

La Cour suprême du Liechtenstein est arrivée à la conclusion que le demandeur ne devait être considéré que comme un bénéficiaire sans droit légal fondé sur le versement de la fortune des deux défenderesses. Le rejet de la demande qui aurait donné lieu au versement de l'intégralité du patrimoine (restant) des fondations et eu pour conséquence implicite la dissolution des fondations défenderesses a également été motivé par le fait que le demandeur ne s'était réservé aucun droit de révocation dans les statuts.

Dans une décision ultérieure, la Cour suprême du Liechtenstein a confirmé que le bénéficiaire discrétionnaire ne disposant pas

du droit de donner des instructions au conseil de fondation sur la base d'un contrat de mandat n'était pas autorisé à demander la dissolution de la fondation (ni sa dissolution factuelle suite au versement de l'intégralité du patrimoine de la fondation et actes contraires au but de la fondation), et ce également lorsque le conseil de fondation disposait d'un droit statutaire de dissolution mais ne l'exerçait pas, sans quoi le bénéficiaire discrétionnaire pourrait contourner le droit de dissolution du conseil de fondation (OGH 10.6.2011, 01 CG.2008.210).

*Auteurs: Florian Zechberger, Julia Moser
Batliner Gasser Rechtsanwälte*