



RAPPORT ACCOMPAGNANT

**l'avant-projet de modification de la loi d'application du code civil suisse
(dispositions du droit des fondations)**

et

**l'avant-projet de modification de la loi concernant l'adhésion du canton du Valais
au concordat portant création de l'autorité de surveillance LPP
et des fondations de Suisse occidentale**

A. Nécessité législative

1. Droit des fondations : Quelques notions préalables pour mieux comprendre

- 1.1 La fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial (art. 80 code civil suisse [CCS]). Elle est une personne morale.

Les biens affectés à la fondation sont ceux que le fondateur détache effectivement de son patrimoine et attribue à la fondation. Il peut s'agir de valeurs de toutes sortes, mobilières ou immobilières.

La fondation **a des organes** (CCS 83) qui expriment la volonté de la fondation et l'engagent dans ses rapports avec les tiers (CCS 55). L'organe suprême est le conseil de fondation.

La fondation **a des bénéficiaires**, désignés par référence au but spécial auquel est affecté le patrimoine de la fondation.

La fondation **n'a pas de membres** (à la différence de l'association et des sociétés commerciales). Pour cette raison, il ne peut y avoir une "*assemblée des membres de la fondation*".

L'assemblée des membres d'une association, tout comme l'assemblée des actionnaires de la société anonyme, est l'organe suprême de la personne morale qui exerce, notamment, une surveillance sur la gestion de la personne morale.

Dès lors que la fondation n'a pas, en son sein, un organe de surveillance sur la gestion de la fondation par le conseil de fondation, le CCS confie cette surveillance à une autorité.

- 1.2 Les fondations complètent et soutiennent l'action des collectivités publiques : la culture, la formation, la recherche et les sciences, le sport et l'aide sociale, notamment, bénéficient d'une aide supplémentaire apportée par de nombreuses fondations poursuivant un but dans ces domaines.

La surveillance des fondations et la transparence qui en découle sont de nature à générer un climat de confiance propre à décider une personne physique ou une personne morale à constituer une fondation, ou, encore, à encourager les dons de tiers à des fondations existantes.

1.3 Selon CCS 84 I, "les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but".

La loi d'application du code civil suisse (LACCS) confie :

- au **conseil municipal** la surveillance des fondations relevant par leur but de la commune;
- au **préfet**, la surveillance des fondations relevant par leur but du district ou de plusieurs communes du même district;
- au **Département dont relève la sécurité**, la surveillance des fondations relevant par leur but du canton ou de plusieurs districts.

Les données statistiques au 31 décembre 2015 sont les suivantes :

- Fondations sous la surveillance du canton :	233
- Fondations sous la surveillance des 14 préfets (124) et de 44 communes (82)	206
♦ Haut-Valais : Fondations soumises à la surveillance des préfets :	65
Fondations soumises à la surveillance des communes :	29
	94
♦ Valais central : Fondations soumises à la surveillance des préfets :	31
Fondations soumises à la surveillance des communes :	28
	59
♦ Bas-Valais : Fondations soumises à la surveillance des préfets :	28
Fondations soumises à la surveillance des communes :	25
	53

2. Surveillance de nature juridique sur les fondations

2.1 Il ressort de CCS 84 II ("*L'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination.*") que la surveillance exercée est de **nature juridique**.

2.2 Les articles 15 et 16c de l'ordonnance générale d'exécution de la LACCS (OgLACCS) énoncent les modalités de cette surveillance et les moyens à disposition :

Art. 15 Tâches de l'autorité de surveillance

¹ *L'autorité de surveillance assume les tâches prévues par le droit civil fédéral. Elle veille à ce que les fondations soient administrées conformément à la loi, à l'acte de fondation, aux statuts et règlements, et selon les principes généraux applicables à la gestion du patrimoine.*

² *En particulier:*

- a) *elle confirme au préposé au registre du commerce et au conseil de fondation, par voie de décision, l'exercice de sa tâche de surveillance;*
- b) *elle prend les mesures nécessaires pour remédier au défaut d'inscription d'une fondation dans le registre du commerce;*
- c) *elle prend les mesures nécessaires pour remédier aux indications insuffisantes de l'acte de fondation;*
- d) *elle vérifie la conformité des dispositions réglementaires avec les prescriptions légales applicables en droit des fondations et les statuts;*
- e) *elle exige des organes responsables de l'administration un rapport annuel de gestion;*
- f) *elle prend connaissance du rapport de l'organe de révision et des autres communications importantes que celui-ci adresse à la fondation;*
- g) *elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées;*
- h) *elle propose à l'instance compétente de modifier l'organisation ou le but de la fondation;*

- i) elle peut dispenser la fondation de l'obligation de désigner un organe de révision et révoque cette dispense lorsque les conditions pour son octroi ne sont plus remplies;
- j) elle peut apporter des modifications accessoires à l'acte de fondation (art. 86b CCS).
- k) elle avise le préposé au registre du commerce de l'introduction de la procédure de liquidation;
- l) elle contrôle la procédure de liquidation de la fondation et prend les mesures nécessaires à sa réalisation.

Art. 16c Moyens à disposition

Dans l'exercice de ses tâches de surveillance, l'autorité dispose, en respectant le principe de proportionnalité, des pouvoirs les plus étendus, notamment:

- a) elle a accès à tous les livres, registres, rapports, procès-verbaux, documents et correspondances des fondations;
- b) elle peut procéder ou faire procéder, le cas échéant, aux frais de la fondation ou d'une autre partie, à des enquêtes et à des expertises comptables;
- c) elle peut recourir à l'exécution par équivalent, aux frais de la fondation, si, malgré ses injonctions, les organes de la fondation négligent leurs devoirs;
- d) elle peut édicter des directives de portée générale ou particulière à l'égard du conseil de fondation ou des organes de révision;
- e) elle peut prendre toute mesure conservatoire, avertir, suspendre ou destituer les membres des organes de fondation ou certains d'entre eux et en nommer d'autres, en cas de carence, d'incapacité ou d'inobservation des prescriptions régissant leur activité;
- f) elle peut mandater, aux frais de la fondation, des tiers chargés d'ouvrir une action civile en responsabilité contre les organes coupables de manquements dans la gestion du patrimoine;
- g) elle peut signifier ses décisions sous la menace de l'article 292 du code pénal et dénoncer aux autorités pénales les cas d'insoumission.

2.3 La déclinaison des tâches de l'autorité de surveillance (OgLACCS 15) et les moyens à disposition pour l'exercer (OgLACCS 16c) soulignent la complexité de la surveillance juridique, qui s'étend de la constitution de la fondation à sa liquidation, en passant par un contrôle annuel de l'activité et le prononcé de mesures propres à éliminer les dysfonctionnements.

3. Surveillance de nature financière sur les fondations

3.1 A l'occasion de la révision du droit des fondations par la loi fédérale du 8 octobre 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, puis de la révision du droit comptable (CO 957ss) par la loi fédérale du 23 décembre 2011, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, la surveillance de nature juridique des fondations a été complétée par une surveillance de nature financière.

La fondation a l'obligation, sauf dispense décidée par l'autorité de surveillance, de désigner un organe de révision. Celui-ci transmet directement et pour suite utile une copie du rapport de révision et ses observations importantes à l'autorité de surveillance (CCS 83c). En cas de surendettement ou d'insolvabilité de la fondation, l'organe de révision examine le bilan intermédiaire fondé sur la valeur vénale des biens et le transmet à l'autorité de surveillance qui ordonne les mesures nécessaires (CCS 84a).

La fondation doit tenir une comptabilité et présenter ses comptes conformément au chapitre premier du Titre 32^{ème} du CO (De la comptabilité commerciale et de la présentation des comptes), chapitre premier qui prévoit que la comptabilité est tenue selon le principe de la régularité expressément défini à CO 957a II. Les comptes ont pour but premier d'informer le conseil de fondation; **ils permettent encore de sauvegarder les intérêts de toutes les personnes en relation avec la fondation, en particulier les bénéficiaires et les créanciers.**

- 3.2 Une modification de l'OgLACCS du 19 septembre 2012, en vigueur au 1^{er} janvier 2013, a énoncé les principes généraux applicables à l'administration de la fortune des fondations. Les valeurs pécuniaires doivent être gérées de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités (OgLACCS 16b).
- 3.3 Les mesures nouvellement imposées par le droit fédéral (ch. 3.1) et cantonal (ch. 3.2) pour renforcer la confiance des donateurs dans l'institution même de la fondation ont un impact direct sur le cahier des charges de l'autorité de surveillance. Elle exerce une surveillance de nature financière lors de l'examen des comptes à présenter selon les normes du CO et lors de l'examen du rapport de l'organe de révision, rapport accompagné des communications importantes et de l'annexe comptable adressées au conseil de fondation.

La surveillance financière est plus pressante encore lorsqu'elle doit ordonner les mesures nécessaires à prendre en cas de surendettement et d'insolvabilité (CCS 84a III, IV).

La surveillance financière engage de manière particulière la responsabilité de l'autorité de surveillance qui doit prendre les dispositions utiles en conséquence.

- 3.4 Le Groupe d'action financière (GAFI) est un organisme intergouvernemental créé en 1989 par les Ministres des Etats membres. Le GAFI compte 36 membres, dont une quinzaine de pays européens et la Suisse.

Le GAFI a pour mission l'élaboration de normes et la promotion de mesures opérationnelles contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les autres menaces liées pour l'intégrité du système financier international. Les recommandations du GAFI dans ce domaine constituent des normes internationales de référence (Feuille fédérale 2014.586). Elles sont régulièrement adaptées en fonction des méthodes nouvelles et toujours plus inventives auxquelles les criminels ont recours.

En conséquence, les législations internes des Etats membres doivent être régulièrement mises à jour. L'Assemblée fédérale a adopté, le 12 décembre 2014, la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 (Recueil officiel 2015.1389), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

Cette loi fédérale modifie huit lois fédérales, dont le code civil, le code des obligations, la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite et le code pénal. Les modifications législatives concernent, notamment, la transparence des personnes morales, l'identification des ayants droit économiques des personnes morales et les paiements en espèces lors d'opérations de ventes mobilières ou immobilières pour un montant dépassant 100'000 francs. La recommandation n° 8 s'adresse plus spécialement aux organismes à but non lucratif, donc aux fondations classiques du droit suisse (<http://www.fatf-gafi.org/fr/themes/recommandationsgafi/>).

Les recommandations du GAFI obligent l'autorité de surveillance des fondations à prendre des mesures nouvelles au titre de la surveillance financière. La surveillance fédérale des fondations applique déjà la recommandation n° 8 du GAFI en analysant les comptes des fondations, relevant par leur but de plusieurs cantons ou de la Confédération, en fonction des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

3.5 En juin 2016, le Contrôle fédéral de finances (CDF) s'adressait aux cantons en ces termes :

"La Suisse est traditionnellement un lieu attractif pour les fondations. Comme dans d'autres pays, elle a vu son nombre de fondations croître durant les dernières années. Environ 13'000 fondations d'utilité publique sont enregistrées, ce qui correspond à une fortune totale de plus de 80 milliards de francs. Chaque année, ces fondations distribuent en Suisse et à l'étranger près de 1,5, voire 2 milliards de francs. La responsabilité de la surveillance est attribuée à la commune, au canton ou à la Confédération selon le but de la fondation. L'autorité fédérale de surveillance des fondations (AFSF) contrôle environ 4'000 fondations dites "classiques". Les 19 autorités cantonales ainsi que d'innombrables communes sont responsables de la surveillance des 9'000 fondations restantes.

Le Contrôle fédéral des finances (CDF) effectue actuellement une évaluation de la surveillance des fondations classiques. Le but de l'étude est d'analyser la surveillance actuelle sur l'ensemble de la Suisse. La question centrale est de savoir si le mandat légal – en particulier l'article 84 du Code Civil – peut être rempli efficacement par la surveillance actuelle des fondations classiques. Pour cela, le CDF ne considère pas seulement les informations concernant l'AFSF mais aussi celles récoltées sur les autorités de surveillance cantonales". (...)

Le point principal du questionnaire adressé par le CDF aux cantons porte sur **les ressources en personnel** affectées aux tâches de surveillance juridique, de surveillance financière et de surveillance administrative. Les tâches de surveillance financière sont décrites en ces termes : "*Contrôle annuel du reporting* (ou communication de données) *des fondations sur la base des bilans annuels, des protocoles, des rapports annuels, des règlements, etc.*". On ne saurait mieux souligner l'importance et la portée de la surveillance financière des fondations.

4. Surveillance sur les fondations exercée de manière professionnelle par des spécialistes

4.1 Le développement qui précède souligne les limites d'une surveillance des fondations basée sur un système de milice.

Une même réserve vaut pour l'autorité communale ou préfectorale qui exerce une surveillance par intermittence, de manière occasionnelle :

a/ Surveillance par les communes :

- 38 communes surveillent une à 2 fondations;
- 4 communes surveillent 3 à 5 fondations;
- 2 communes surveillent 6 à 10 fondations;
- Aucune commune ne surveille plus de 10 fondations.

b/ Surveillance par les préfets :

- 4 préfets surveillent une à 5 fondations;
- 5 préfets surveillent 6 à 10 fondations;
- 5 préfets surveillent plus de 10 fondations.

Pour sa part, le Département dont relève la sécurité peine à assumer le cahier des charges de l'autorité de surveillance des fondations, au motif qu'il ne dispose pas des ressources humaines nécessaires au contrôle financier.

4.2 Le canton du Valais a adhéré au concordat AS-SO du 23 février 2011 (loi d'adhésion du 16 juin 2011).

Selon l'article 3 alinéa 2 du concordat AS-SO, "*les cantons partenaires peuvent aussi attribuer à l'établissement la surveillance des fondations classiques placées sous leur surveillance au sens des articles 80 et suivants du code civil (CCS)*".

Les cantons de Vaud et de Neuchâtel ont usé de cette faculté. Il est nécessaire de suivre la démarche entreprise par ces deux cantons et de confier à une autorité professionnelle la surveillance des fondations dont le siège est en Valais.

B. Commentaire de l'avant-projet

1. LACCS

1.1 Articles 8 chiffre 1, 9 alinéa 1 chiffre 1, 10 alinéa 1 chiffres 3, 4

L'abrogation des articles 8 chiffre 1, 9 alinéa 1 chiffre 1 et 10 alinéa 1 chiffres 3 et 4 LACCS consiste simplement à retrancher de la liste des compétences du conseil municipal, du préfet ou du Département dans les affaires administratives civiles, celle portant sur la surveillance des fondations classiques, pour l'attribuer à l'AS-SO (art. 23).

1.2 Article 23

a/ L'article 23 alinéa 1 désigne l'AS-SO en qualité d'autorité de surveillance des fondations relevant par leur but, du canton, des districts ou des communes. Cette disposition est nécessaire, mais non suffisante, dès lors qu'il faut encore que le canton modifie sa loi d'adhésion au concordat portant création de l'AS-SO (infra ch. III).

b/ L'article 23 alinéa 2 vise à appliquer les autres dispositions du CCS en matière de surveillance des fondations :

- L'article 86b CCS confie à l'autorité ordinaire de surveillance la compétence d'approuver les modifications accessoires à l'acte de fondation.
- Les articles 85, 86 et 86a CS confient à une autorité à désigner par le droit cantonal la compétence de modifier l'organisation ou le but de la fondation. Selon l'article 23 alinéa 2 lettre a, cette autorité est l'AS-SO.
- Selon les articles 88 et 89 CCS, le droit cantonal doit encore désigner l'autorité compétente pour statuer sur la dissolution de la fondation et sa radiation au registre du commerce. Selon l'article 23 alinéa 2 lettre b, cette autorité est l'AS-SO.

c/ Selon l'article 23 alinéa 4, l'AS-SO est l'autorité compétente pour prendre les mesures nécessaires lorsqu'il n'est pas pourvu à la gestion ou à l'emploi de fonds recueillis publiquement dans un but d'utilité publique, tâche actuellement dévolue à l'autorité cantonale de surveillance des fondations.

1.3 Article 24

Les obligations des organes des fondations à l'égard de l'autorité de surveillance ne peuvent plus être prescrites par le droit cantonal, dès lors que l'autorité de surveillance est instituée par un concordat. Ces prescriptions relèvent de la compétence des organes concordataires (concordat 7 II e, 10 II g).

En conséquence, l'article 24 LACCS doit être abrogé.

1.4 **Dispositions transitoires**

Les dispositions transitoires énoncent les modalités pratiques selon lesquelles le transfert des dossiers se déroulera. Cette réglementation repose, notamment, sur les expériences faites lors du transfert à l'AS-SO des dossiers des institutions de prévoyance professionnelle avec siège dans le canton.

Au moment du transfert de la surveillance, les inscriptions aux registres du commerce seront modifiées en conséquence, sans qu'il ne soit nécessaire pour l'AS-SO de prendre une décision pour chaque fondation relevant par son but d'une commune, d'un préfet ou du canton.

2. Loi d'adhésion au concordat AS-SO

La loi d'adhésion au concordat AS-SO (RS/VS 831.4) confie à cette autorité la surveillance des institutions de prévoyance et des institutions servant à la prévoyance qui ont leur siège dans le canton (art. 1^{er} al. 1). Elle exclut expressément la surveillance des fondations classiques (art. 1^{er} al. 2).

Dans le but de confier, à l'avenir, à l'AS-SO la surveillance des fondations classiques relevant par leur but du canton, des districts et des communes, il ne faut pas adopter une nouvelle loi d'adhésion mais, au contraire, modifier l'article premier de la loi d'adhésion du 16 juin 2011.

C. Incidence financière

1. Incidences financières pour les autorités de surveillance

1.1 Il ressort d'une enquête menée auprès des autorités préfectorales et communales qu'aucun émoulement de surveillance n'est perçu auprès de la fondation pour le contrôle annuel de nature juridique et financière de l'activité déployée par la fondation.

En conséquence, le transfert de la surveillance à l'AS-SO s'analyse comme une décharge sans incidence financière quelconque.

1.2 L'incidence financière du transfert à l'AS-SO de la surveillance des fondations classiques placées sous la surveillance du Département peut être calculée comme il suit :

a/ Suppression d'un poste de juriste (30)- fr. 115'000.-- (environ)

b/ Suppression des émoluments perçus (43)¹:.....- fr. 77'350.--

Economie nette pour le compte de l'Etat fr. **37'650.--**

2. Incidences financières pour les fondations

2.1 Selon l'article 23 alinéa 1 lettres a et b de la loi fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives (LTar), l'autorité administrative perçoit, dans les affaires non pécuniaires, un émoulement de 90 à 1'000 francs s'il s'agit d'une décision du conseil municipal ou du préfet, respectivement un émoulement de 90 à 1'650 francs s'il s'agit d'une décision d'un Département.

L'article 13 alinéa 3 LTar autorise une majoration de l'émoulement jusqu'au quintuple et l'article 14 LTar une réduction ou une renonciation à l'émoulement.

¹ Source : compte 2015

2.2 Les conseils municipaux et les préfets se fondent sur l'article 14 LTar pour renoncer à tout émolument.

Le Département perçoit un émolument de nature forfaitaire dont le barème est arrêté comme il suit (directive du 22 février 2016) :

- a/ Emolument annuel de surveillance.....fr. 120.-- / page
- b/ Octroi d'une prolongation de délaifr. 20.--
- c/ Restitution d'un délaifr. 20.--
- d/ Rappel / Sommatonfr. 40.--
- e/ Rappel d'un devoir de coopérationfr. 20.--

2.3 Le règlement de la surveillance LPP et des fondations de l'AS-SO (RLPPF) traite des émoluments, en particulier :

- a/ Mise sous surveillance, approbation et modification de statuts, transfert de siège, transfert de surveillance, y compris examen de projets de règlementde fr. 700.-- à fr. 6'000.--
- b/ Mesures propres à éliminer les insuffisances constatées et les frais qui lui sont liésde fr. 1'000.-- à fr. 10'000.--
- c/ Dispense de l'obligation de désigner un organe de révisionde fr. 120.-- à fr. 600.--
- d/ Frais de premier rappel concernant la remise des états financiers annuels, rapport de l'organe de révision, rapport d'activité ou d'autres documents, frais administratifsfr. 150.--
- e/ Frais de deuxième rappel concernant la remise des états financiers annuels, rapport de l'organe de révision, rapport d'activité ou d'autres documentsfr. 200.--
- f/ Emolument annuel de surveillance des fondations classiques (montant forfaitaire pour les fondations dispensées de l'obligation de désigner un organe de révision et montant fixé en fonction du total du bilan établi sur la base des dispositions du code des obligations pour les autres fondations)de fr. 100.- à fr. 10'000.--

Dans la pratique, le plafond de l'émolument annuel de surveillance, de 10'000 francs, n'est jamais perçu. L'émolument annuel de surveillance est fixé dans 60 paliers différents, compte tenu du montant de la fortune; il varie entre 100 francs pour une fortune n'excédant pas 29'999 francs et 4'300 francs pour une fortune excédant 10 millions de francs. Une baisse du tarif est annoncée pour l'année 2017.

A noter encore que l'article 24 alinéa 1 du concordat portant création de l'autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale prévoit que l'AS-SO peut réduire ou renoncer à percevoir un émolument dans des cas particuliers. Selon sa pratique, la fondation qui détient un bien mobilier (p. ex. collection de vieux instruments de musique) ou immobilier (p. ex. chapelle) est dispensée de tout émolument si son patrimoine ne lui rapporte aucun revenu.

2.4 Pour les fondations placées sous la surveillance du conseil municipal ou du préfet, l'incidence financière est certaine, sans qu'il ne soit possible de la chiffrer en raison de l'émolument par paliers pratiqué par l'AS-SO.

2.5 Pour les fondations sous la surveillance du Département, l'incidence financière est, schématiquement, la suivante :

- a/ Pour le 70 % des fondations, l'émolument annuel de surveillance est identique ou inférieur, le remplacement de l'émolument forfaitaire par page par un émolument par paliers s'avérant avantageux pour les fondations disposant d'une fortune modeste;
- b/ Pour le 30 % des fondations, l'émolument annuel de surveillance est plus élevé, avec un multiple de 2 à 10, toujours pour le même motif (remplacement de l'émolument forfaitaire par page par un émolument par paliers).

2.6 Dans tous les cas, l'émolument doit satisfaire aux deux principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations.

L'incidence financière pour les fondations correspond à une surveillance exercée de manière professionnelle par des spécialistes.

Elle est dans l'intérêt des bénéficiaires des fondations et favorise la générosité des donateurs, convaincus que leurs dons seront utilisés au mieux dans la réalisation du but assigné à la fondation.