

Nouvelle loi sur les fondations liechtensteinoises

1.1. Introduction

Le 26 juin 2008, le Landtag liechtensteinois a voté le nouveau droit des fondations. Le 26 août 2008, la nouvelle loi sur les fondations (ci-après StiG) était publiée avec les adaptations correspondantes du Droit des personnes et des sociétés (PGR) dans le bulletin des lois du Liechtenstein n° 220/2008. Cette loi entrera en vigueur le 1er avril 2009 sous réserve des délais transitoires (voir point 8 ci-dessous).

Le gouvernement liechtensteinois et le législateur souhaitaient depuis plusieurs années répondre aux différents jugements de la cour suprême, qui avaient fait évoluer le droit des fondations en vigueur depuis 70 ans déjà, par des adaptations de la loi. Il s'agissait en outre d'arrêter les évolutions en partie douteuses que le droit des fondations avait connues dans la pratique à la suite d'une vaste norme de renvoi à la loi sur les sociétés fiduciaires (TrUG) et d'assurer la clarté concernant la forme juridique de la fondation. Ce n'est pas la thématique des impôts qui a déclenché cette réforme du droit des fondations, comme l'affirment certains articles de presse qui reposent sur une méconnaissance de la matière.

Le législateur s'est efforcé de créer un droit des fondations moderne et cohérent, qui demeure compétitif. La responsabilité du fondateur a été renforcée, la procédure à adopter lors de la constitution d'une fondation ou de modifications a été nouvellement réglementée, et le dépôt physique des copies des statuts auprès de l'autorité compétente ne sera plus nécessaire à l'avenir. Il a été tenu compte des aspects d'une Foundation Governance moderne par une réglementation claire des droits de renseignement et d'information des bénéficiaires. L'autorité de surveillance de la fondation, essentiellement responsable de la surveillance des fondations d'utilité publique ainsi que de la procédure de constitution et de modification, est désormais établie en tant que département autonome au registre public.

Les dispositions transitoires ont enfin permis de déterminer quels aspects du nouveau droit des fondations seront aussi valables pour les fondations existantes. On mentionnera essentiellement les dispositions relatives à la Foundation Governance, notamment les droits de renseignement et d'information des bénéficiaires.

Constitution et administration de sociétés et de fondations, mise en œuvre de sociétés d'autres juridictions, sociétés fiduciaires, Family Office, conseil juridique et fiscal, conseil financier, En point de mire: le nouveau droit liechtensteinois des fondations. Conclusion de transactions, conseil en matière de fonds de placement et d'assurance, conseil relatif aux réglementations d'héritages et de successions, «Une relation fiable – même dans les temps de perpétuel changement», depuis 1929. Constitution et administration de sociétés et de fondations, mise en œuvre de sociétés d'autres juridictions, sociétés fiduciaires, Family Office, conseil juridique et fiscal, conseil financier, conclusion de transactions, conseil en matière de fonds de placement et d'assurance, conseil relatif

2. Termes

2.1. Buts de la fondation et types de fondations

Le nouveau droit des fondations apporte plus de clarté dans la terminologie. Le législateur fait une distinction entre les fondations d'utilité privée et les fondations d'utilité publique. Il établit en outre une règle permettant de déterminer quand les fondations mixtes, qui restent possibles, doivent être considérées comme étant principalement d'utilité publique ou principalement d'utilité privée.

Selon cette règle, les fondations mixtes sont réputées principalement d'utilité publique lorsqu'elles poursuivent essentiellement un but d'utilité publique ou lorsque certaines dispositions en suspens ne permettent pas d'établir la part d'utilité publique et la part d'utilité privée. Il est donc recommandé, à l'avenir, de consigner clairement dans les documents de la fondation si celle-ci poursuit principalement un but d'utilité publique ou si, en dépit de son caractère mixte, elle doit être considérée comme étant principalement d'utilité privée. Cela permettra de définir clairement si une surveillance d'état doit avoir lieu ou non.

Dans les fondations de famille mixtes, il faut veiller à ce que le pourcentage de finalité relevant d'une fondation de famille soit supérieur aux autres quotes-parts de finalité, car ces dernières ne peuvent avoir qu'un caractère complémentaire. Si une fondation de famille poursuit principalement des buts d'utilité publique ou des buts d'utilité privée en dehors de la famille, elle devrait être considérée comme «autre fondation d'utilité privée», perdre son caractère de fondation de famille et tomber le cas échéant sous la surveillance étatique si elle poursuit principalement un but d'utilité publique ou si cela n'est pas clairement défini.

La disposition du § 7 StiG précise le type de fondation discrétionnaire, ou «Erstsenstiftung» en allemand, en décrivant en détail le type de clause bénéficiaire et les droits de tels bénéficiaires.

2.2. Documents de la fondation

Le nouveau droit des fondations a créé une hiérarchie de documents claire. Il définit, entre autres, qui est autorisé à édicter quels documents et quels sont les contenus obligatoires et facultatifs de ces

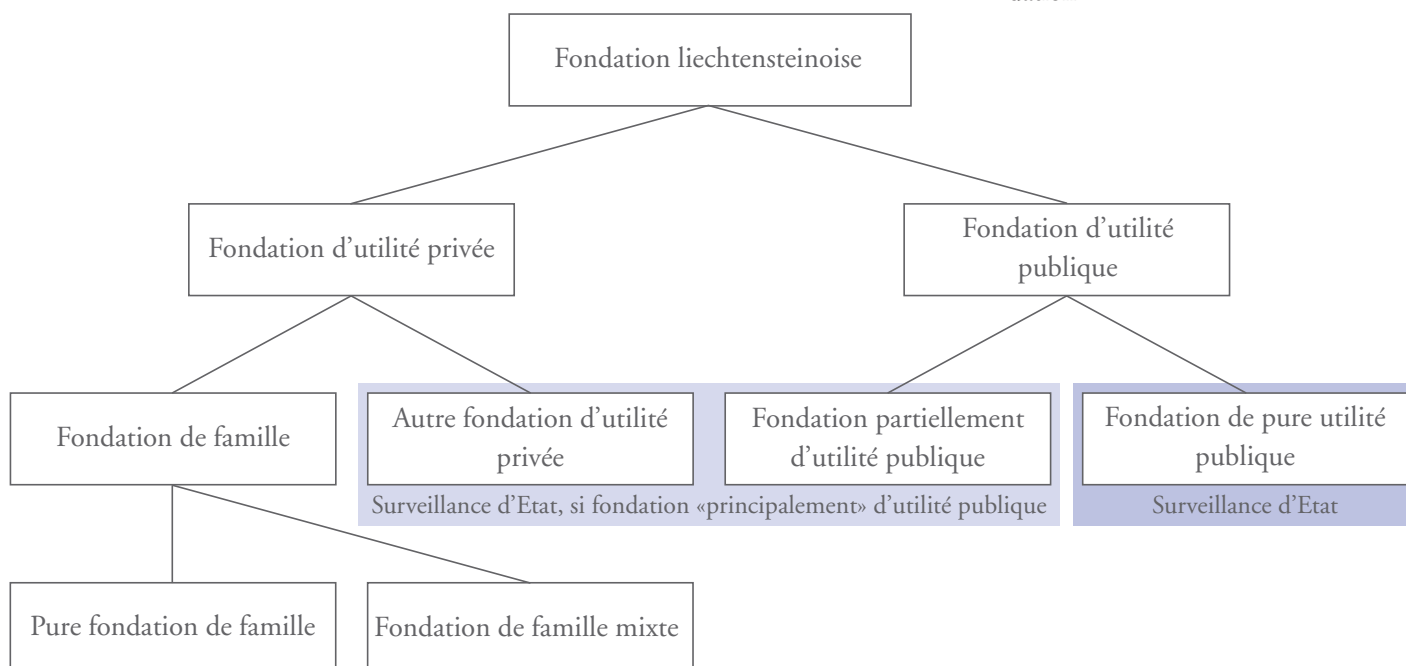
documents. Tous les documents importants constituent, conformément au titre du chiffre II StiG, les «documents de la fondation».

2.2.1. Acte de fondation (statuts)

Le document central et obligatoire est l'acte de fondation, c'est-à-dire les statuts, qui indique simultanément la déclaration d'établissement de la fondation conformément au § 14 StiG.

L'acte de fondation comprend obligatoirement:

- la déclaration du fondateur de vouloir constituer la fondation
- le nom ou la raison sociale et le siège de la fondation
- l'affectation de biens, au moins 30'000 CHF, USD ou EUR (capital minimum)
- le but de la fondation, y compris la désignation des bénéficiaires (peut également figurer dans les avenants aux statuts)
- la date de constitution
- la durée, si la fondation est constituée pour une durée limitée
- les dispositions organisationnelles relatives au conseil de fondation
- la réglementation de l'utilisation des biens en cas de dissolution de la fondation



- l'adresse du fondateur ou du représentant indirect (mention explicite du représentant nécessaire)

Si le fondateur a l'intention de réaliser l'un des points suivants, les indications correspondantes devront obligatoirement être consignées dans les statuts:

- existence ou possibilité d'établissement d'un acte de fondation supplémentaire (avenant aux statuts)
- existence ou possibilité d'établissement de règlements
- renvoi à d'autres organes constitués ou constituables éventuels (les détails correspondants peuvent être fixés dans un avenant aux statuts ou dans un règlement)
- éventuelle réserve de révocation par le fondateur ou de compétence du fondateur en matière de modifications
- éventuels droits de modification pour le conseil de fondation ou d'autres organes
- exclusion d'exécution
- réserve de transformation
- subordination volontaire d'une fondation d'utilité privée à la surveillance de l'Etat

Les statuts doivent être rédigés sous la forme écrite et signés par le fondateur ou son représentant indirect (c'est-à-dire fiduciaire). Les signatures du fondateur ou de son représentant indirect doivent être authentifiées.

2.2.2. Acte de fondation supplémentaire (avenant aux statuts)

Si le fondateur en a fait la réserve dans les statuts, il peut établir un acte de fondation supplémentaire, également appelé avenant aux statuts. Cet avenant peut contenir toutes les parties de la déclaration d'établissement de la fondation/des statuts qui ne doivent pas, en vertu de la loi, être obligatoirement comprises dans les statuts. Dans la pratique, il s'agit ordinairement des dispositions spécifiques concernant les bénéficiaires.

L'avenant aux statuts doit également être rédigé et signé par le fondateur ou par son représentant indirect. Les signatures doivent également être authentifiées, car l'avenant aux statuts fait partie de la déclaration d'établissement de la fondation.

Malgré la suppression de l'obligation de déposer les statuts, il est judicieux de maintenir la séparation entre les statuts et les avenants aux statuts. Ceci parce qu'il s'avère souvent nécessaire, dans la pratique, de présenter ou de remettre des copies des statuts à des tiers en guise de justificatif. La séparation des statuts et des avenants aux statuts assure une protection supplémentaire de l'intimité des bénéficiaires désignés par le fondateur.

2.2.3. Règlements

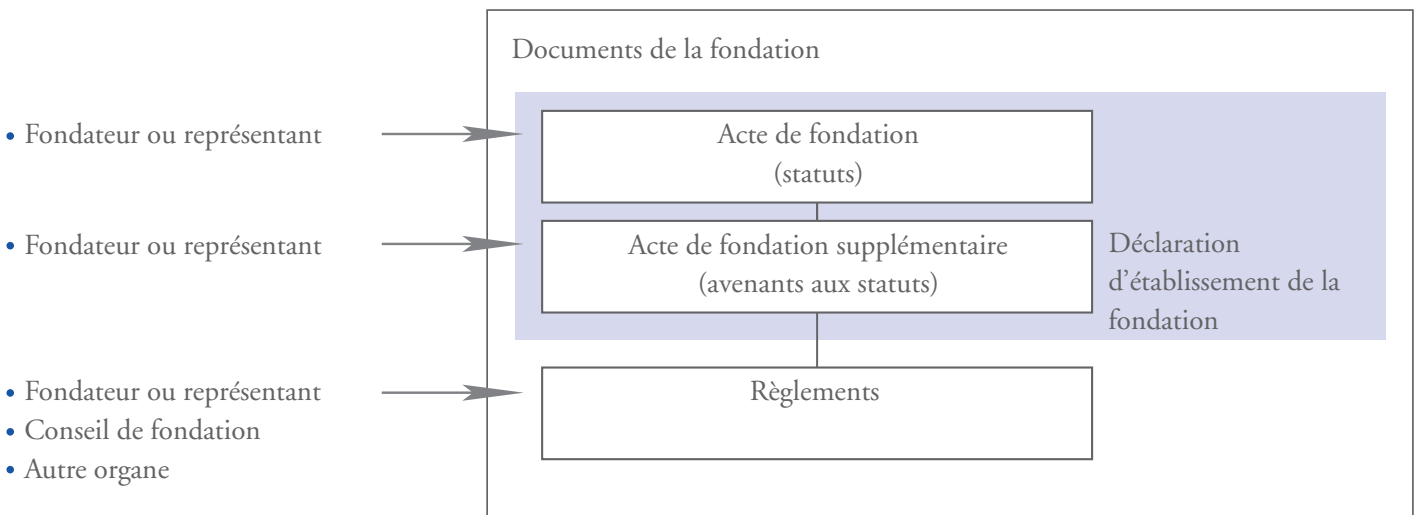
Alors que les statuts et les avenants aux statuts sont rédigés par le fondateur ou éventuellement par son représentant indirect, les règlements, qui contiennent les dispositions exécutoires ou les instructions internes relatives à l'administration de la fondation, peuvent, quant à eux, être édictés non seulement par le fondateur, mais aussi par le conseil de fondation ou par d'autres organes désignés à titre facultatif. La possibilité de publication de règlements doit néanmoins être prévue dans les statuts.

Le législateur a en outre statué qu'en cas de contradictions, les règlements rédigés par le fondateur lui-même prévaudront sur les règlements édictés par le conseil de fondation ou d'autres organes.

3. Le fondateur et son représentant

Il était dans l'intention du gouvernement de conférer au fondateur une plus grande responsabilité. La réforme a permis de supprimer les incertitudes juridiques qui existaient dans le domaine de la constitution fiduciaire de fondations, du but indéterminé des fondations ainsi que de la qualité juridique des droits des fondateurs.

La constitution de la fondation par un représentant est toujours possible,



ceci également pour protéger l'intimité du fondateur par rapport à l'extérieur. La représentation est désormais qualifiée de représentation indirecte avec l'effet d'une représentation directe. Cela a pour but de consigner clairement que tous les droits et obligations reviennent directement au responsable économique et que celui-ci est le seul à pouvoir être considéré comme fondateur. Une représentation directe est également possible, mais la constitution de la fondation ne peut avoir lieu qu'avec une procuration délivrée par le fondateur. Le représentant indirect, en revanche, est tenu, conformément au § 4 al. 3 StiG, de communiquer dans tous les cas au conseil de fondation l'identité du fondateur.

Les droits du fondateur ne sont pas cessibles ni héréditaires. En outre, ils ne peuvent être réservés que si le fondateur est une personne physique.

Contrairement à leur intention initiale, le gouvernement et le Landtag ont décidé que les droits réservés du fondateur (droit de révocation ou de modification) pouvaient faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée. Cela a pour but de prévenir toute utilisation abusive de la fondation en lien avec un dommage causé aux créanciers.

Dans la constitution de la fondation et la rédaction de la déclaration d'établissement de la fondation, le fondateur s'est vu attribuer un rôle central et exclusif, éventuellement dans le cadre d'une représentation par son représentant indirect. Cela permet d'éliminer la possibilité d'octroi de vastes compétences au conseil de fondation et de renforcer la position du fondateur dans le sens du principe de solidification. A l'avenir, les protecteurs, les collateurs et les curateurs ne pourront eux aussi exercer leur fonction qu'en conformité avec la volonté du fondateur, dont la preuve devra être apportée. Dans les fondations constituées selon le nouveau droit, le conseil de fondation ne pourra plus modifier seul les dispositions concernant les bénéficiaires

dans les avenants aux statuts, même si celles-ci se font en accord et avec le consentement du premier bénéficiaire. Pour assurer la protection constitutionnelle de la bonne foi, cependant, les règlements correspondants devraient encore rester valables et possibles dans les fondations constituées selon l'ancien droit. La loi et la documentation correspondante ne renseignent toutefois pas à ce sujet.

4. La constitution et les modifications ultérieures

4.1. Dépôt de l'avis de constitution ou enregistrement

Le nouveau droit des fondations fait également la distinction entre les fondations enregistrées et les fondations déposées. Les fondations enregistrées n'obtiennent le droit de la personnalité qu'avec l'enregistrement; les fondations déposées, en revanche, l'obtiennent dès la signature de la déclaration d'établissement formelle de la fondation.

Doivent être enregistrées, en vertu du § 14 al. 3 StiG, toutes les fondations qui sont d'utilité publique ou principalement d'utilité publique. Doivent en outre être enregistrées toutes les fondations d'utilité privée qui exercent une activité commerciale sur la base d'une loi spéciale. Les autres fondations d'utilité privée ont aussi la possibilité de s'enregistrer facultativement au registre public. Toutefois, si cet enregistrement doit être associé à une surveillance de l'Etat, les statuts devront en faire explicitement mention.

Alors que, dans les fondations enregistrées, l'acte de fondation doit être joint à la demande d'enregistrement sous forme de copie certifiée conforme, les fondations déposées peuvent désormais renoncer à la remise d'une copie de l'acte de fondation. Elles devront à la place rédiger un avis de constitution

qui doit être remis sous 30 jours par un membre du conseil de fondation ou son représentant.

L'avis de constitution doit contenir les indications suivantes:

- nom, siège et but de la fondation
- date de la constitution et durée de la fondation, si celle-ci est limitée
- indications relatives au conseil de fondation
- indications relatives au représentant légal
- confirmation selon laquelle le fondateur a désigné des bénéficiaires ou un cercle de bénéficiaires concrets ou identifiables selon des critères objectifs, à moins que cela ne ressorte du but de la fondation
- confirmation selon laquelle la fondation ne poursuit pas entièrement ou principalement un but d'utilité publique
- indication si la fondation doit, selon l'acte de fondation, être soumise à surveillance
- confirmation selon laquelle le capital minimum légal est à la libre disposition de la fondation

Aux termes du § 24 al. 2 StiG, le conseil des fondations constituées selon le nouveau droit doit être constitué d'au moins deux membres, qui peuvent également être des personnes morales. Cette disposition n'est applicable qu'aux fondations constituées après le 1er avril 2009, c'est-à-dire que les fondations actuelles dont le conseil de fondation ne comprend qu'un seul membre ne doivent pas y apporter de complément. Sauf disposition statutaire dérogatoire, la durée de mandat du conseil de fondation est limitée à trois ans, une prolongation étant possible.

La conformité de l'avis de constitution doit en outre être confirmée par un avocat agréé au Liechtenstein, un fiduciaire ou un titulaire d'une autorisation selon l'art. 180a PGR. Les détails relatifs à cette exigence, notamment concernant l'indépendance de la personne émettant la confirmation, seront fixés dans une ordonnance.

Des dispositions pénales sont prévues pour les fausses indications, intentionnelles ou non, dans l'avis de constitution.

4.2. Avis de modification

Si des faits signalés au registre public dans l'avis de constitution se modifient ultérieurement, un avis de modification devra être transmis à l'autorité sous 30 jours. La survenance d'un motif de dissolution conformément au § 39 al. 1 StG, doit également donner lieu à l'émission d'un avis de modification sous 30 jours, p. ex. lorsque le conseil de fondation décide de mettre fin à la fondation parce que son but a été accompli, ou si les biens de la fondation font l'objet de l'ouverture d'une faillite.

Si les fondations constituées selon l'ancien droit subissent des modifications importantes après le 1er avril 2009, celles-ci devront également être communiquées aux autorités selon le nouveau système d'avis de modification. Conformément à l'art. 1 al. 3 des dispositions transitoires StG, les fondations constituées selon l'ancien droit peuvent demander la restitution des copies des statuts déposées auprès de l'office du registre public dès qu'elles ont remis pour la première fois un avis de modification auprès de la nouvelle autorité de surveillance.

La conformité de l'avis de constitution doit également être confirmée par un avocat agréé au Liechtenstein, un fiduciaire ou un titulaire d'une autorisation selon l'art. 180a PGR.

5. Fondations d'utilité publique

5.1. Notion d'utilité publique

En introduisant l'art. 107 al. 4a PGR, le législateur a créé une notion d'utilité publique homogène, qui s'applique également, au-delà du droit des fondations, à d'autres domaines du droit des sociétés liechtensteinoises. La promotion de la

«collectivité» est au cœur des notions d'utilité publique et de bienfaisance. C'est notamment le cas, selon l'art. 107 al. 4a PGR, dès lors qu'une activité «sert l'intérêt général dans le domaine caritatif, religieux, humanitaire, scientifique, culturel, moral, social, sportif ou écologique, même si l'activité ne profite qu'à un cercle de personnes déterminé.»

5.2. Obligation d'enregistrement et surveillance

Avec le nouveau droit des fondations a été créée une autorité autonome de surveillance des fondations qui, en vertu du § 29 al. 2 StG, est établie à l'office du registre foncier et public.

Selon le § 14 al. 4 StG, toutes les fondations qui sont entièrement ou principalement d'utilité publique ainsi que les fondations d'utilité privée qui exercent une activité commerciale sur la base d'une loi spéciale sont dans l'obligation de s'enregistrer et ne prennent effet qu'après l'inscription au registre.

Les fondations d'utilité publique ainsi que les fondations qui s'assujettissent volontairement à la surveillance sont soumises, conformément au § 29 StG, à la surveillance de l'autorité de surveillance des fondations et ont besoin d'un organe de révision désigné par le tribunal. A titre exceptionnel, l'autorité de surveillance peut, pour les fondations à faible patrimoine ou pour d'autres raisons, renoncer à la désignation d'un organe de révision et procéder elle-même aux contrôles correspondants. Les détails seront fixés par le gouvernement dans une ordonnance.

Dans le cadre de son activité de surveillance, l'autorité contrôle l'administration et l'utilisation de la fortune de la fondation en fonction du but assigné. Si elle constate des transgressions, l'autorité doit en notifier le juge, qui pourra prendre les mesures nécessaires dans le cadre de la procédure d'assistance juridique. L'autorité elle-même n'a pas de compétences en matière d'assainissement ou de sanctions.

Sur la base des avis de constitution, l'autorité vérifie également si les indications relatives au dépôt de fondations d'utilité privée ont été faites et si un assujettissement à la surveillance est éventuellement nécessaire lorsqu'une fondation prétendument d'utilité privée doit être considérée comme étant entièrement ou principalement d'utilité publique. L'autorité de surveillance vérifie en outre, en se référant au but déclaré dans l'avis de constitution de la fondation, si celle-ci doit éventuellement être classifiée comme étant illicite ou contraire aux bonnes mœurs et décide le cas échéant de sa dissolution.

5.3. Fondations discrétionnaires et mixtes avec éléments d'utilité publique

Dans les fondations mixtes ou discrétionnaires, il n'est pas facile de déterminer si une surveillance de l'Etat est nécessaire. Au § 2 al. 2 StG, le législateur a opté pour une approche relativement stricte. Deux énoncés de base sont à noter: d'une part, il y a lieu d'évaluer, dans les fondations mixtes, la question de la prévalence de l'utilité privée ou de l'utilité publique «selon la proportion des prestations servant des fins d'utilité privée par rapport à celles qui répondent à un but d'utilité publique» (libellé du § 2 al. 3 StG). C'est pourquoi il faudra à l'avenir, si l'on veut éviter de qualifier les fondations d'utilité privée de «fondations principalement d'utilité publique», tenir compte aussi bien de la répartition en pourcentage du droit de bénéficiaire que du nombre proportionnel de bénéficiaires à caractère d'utilité publique.

D'un autre côté, le législateur stipule désormais que les fondations qui ne peuvent, à une date donnée, être qualifiées comme servant principalement des buts d'utilité privée, devront être considérées comme étant d'utilité publique. Cela concerne avant tout les fondations discrétionnaires (discretionary foundation), où il est très fréquent, dans la pratique, de ne désigner que des

cercles généraux de bénéficiaires (p. ex. descendants non spécifiés au sein d'une famille), alors qu'il existe aussi, à côté des bénéficiaires d'utilité privée, d'éventuels bénéficiaires d'utilité publique (p. ex. en vue d'atteindre le statut complexe de droit fiscal américain). Si une pondération n'a pas été effectuée, il est possible qu'en vertu du nouveau droit la fondation en question doive être considérée comme étant d'utilité publique et soit en conséquence soumise à la surveillance de l'Etat. Il sera possible d'y remédier en consignait clairement dans les statuts ou les avenants aux statuts que la fondation est dans tous les cas à considérer comme étant principalement d'utilité privée et que le conseil de fondation doit également en tenir compte dans son appréciation.

La problématique mentionnée s'aggrave encore du fait que cette nouvelle appréciation et ses conséquences seront applicables pour toutes les fondations actives constituées selon l'ancien droit. Les adaptations correspondantes, essentiellement pour les fondations discrétionnaires, devront être examinées.

6. Les bénéficiaires et leurs droits

6.1. Types de bénéficiaires

Aux termes du § 3 StG, les bénéficiaires sont, outre les organes et le fondateur, les principales personnes impliquées dans la fondation. Le nouveau droit des fondations distingue plusieurs types de bénéficiaires:

- ayants droit au bénéfice
- bénéficiaires éventuels
- bénéficiaires discrétionnaires
- bénéficiaires finaux

Les bénéficiaires peuvent être des personnes physiques ou morales qui accèdent ou peuvent accéder à l'octroi d'un avantage économique émanant de la fondation. Le droit au bénéfice peut être accordé avec ou sans contre-prestation, réserves ou conditions; il peut être de durée déterminée ou

indéterminée, être limité ou illimité, révocable ou irrévocable.

6.2. Bénéficiaires avec droit bien-fondé

6.2.1. Ayants droit au bénéfice

Les ayants droit au bénéfice disposent du plus puissant statut juridique. Ils ont un droit légal à une part de la fortune ou des revenus de la fondation dont le montant est déterminé ou déterminable qui repose sur les statuts, les avenants aux statuts ou les règlements. A la différence des bénéficiaires discrétionnaires ou éventuels, leur droit n'est pas assujéti au respect d'un délai ou à toute autre condition et leur avantage n'est pas soumis à l'appréciation du conseil de fondation ou d'un autre organe correspondant. Ils disposent d'un droit clairement défini et inconditionnel.

6.2.2. Bénéficiaires éventuels

Les bénéficiaires éventuels se subrogent à un ayant droit au bénéfice après la survenance d'une condition suspensive ou à l'expiration d'un certain délai. Ce n'est qu'à compter de cette date qu'ils ont droit à un avantage émanant de la fondation.

Les deuxièmes bénéficiaires qui se subrogent à la position du premier bénéficiaire si celui-ci fait défaut en sont un exemple classique. Ils ont, aux termes des statuts, des avenants aux statuts ou des règlements, le droit de se subroger à leur position.

6.3. Bénéficiaires discrétionnaires (bénéficiaires sans droit bien-fondé)

La fondation discrétionnaire, inspirée du «discretionary trust» et du concept de l'«asset protection», a gagné considérablement en importance au cours de ces dernières années.

Il est donc bon que le législateur ait tenu compte de cette situation dans le nouveau droit des fondations.

Est bénéficiaire discrétionnaire, selon le § 7 StG, celui «qui fait partie du cercle de bénéficiaires désigné par le fondateur et dont le droit éventuel est soumis à l'appréciation du conseil de fondation ou d'un autre organe ayant vocation pour procéder à une telle appréciation.» Pour remplir ces deux critères, il faut donc que la personne en question soit mentionnée en tant que bénéficiaire potentiel et que la décision relative à la date ou à l'ampleur d'une distribution effective ait été attribuée au conseil de fondation ou à un protecteur, un collateur ou un autre organe.

Aux termes du §7 al. 2 StG, le droit bien-fondé du bénéficiaire discrétionnaire à une part de la fortune de la fondation ou des revenus de la fondation ne prend naissance, «dans tous les cas, qu'après une décision valable du conseil de fondation ou de l'organe compétent concernant une distribution effective au bénéficiaire discrétionnaire correspondant et s'éteint à la réception de cette distribution.»

En vertu du §7 al. 1 StG, le bénéficiaire discrétionnaire en expectative est exclu explicitement du cercle des bénéficiaires discrétionnaires et donc, en général, des personnes impliquées dans la fondation. Il pourrait p. ex. s'agir de personnes qui, selon la volonté du fondateur, ne doivent appartenir au cercle des bénéficiaires discrétionnaires qu'après avoir atteint l'âge de 30 ans révolus, ou encore d'institutions d'utilité publique proposées au conseil de fondation comme bénéficiaires possibles après le décès du premier bénéficiaire. Le nouveau droit des fondations définit clairement que le bénéficiaire discrétionnaire éventuel ne fait pas partie des bénéficiaires proprement dits, ce qui a notamment des répercussions sur les droits d'information et de renseignement de ce type de bénéficiaires: de tels «bénéficiaires futurs» n'ont pas droit à des informations ou à des renseignements de la part du conseil de fondation.

6.4. Bénéficiaire final

Le terme de «bénéficiaire final» est également nouveau dans le droit des fondations. Les dispositions relatives au bénéficiaire final précisent le cas de dissolution de la fondation par liquidation. Le bénéficiaire final doit présenter au fondateur une alternative à la disposition du § 8 al. 2 StiG selon laquelle la fortune restante après liquidation échoit à l'Etat liechtensteinois faute de disposition réglementaire. Si le fondateur renonce à cette option, la fortune revient, conformément au § 8 al. 2 StiG, à l'Etat liechtensteinois. Il est à mentionner en ce point que le bénéficiaire final existant, conformément aux statuts ou aux avenants aux statuts, au moment de la dissolution régulière de la fondation par décision, c'est-à-dire, p. ex. une tierce personne, n'est pas automatiquement le bénéficiaire final au sens du § 8 StiG.

6.5. Droits de renseignement et d'information des bénéficiaires

A l'heure actuelle, les questions afférentes au droit des sociétés sont dominées, dans le monde entier, par des thèmes de la Corporate Governance, ou gouvernance d'entreprise. Cela s'est aussi traduit, au cours de ces dernières années, par le développement de principes d'une Foundation Governance, de sorte qu'il appartenait au législateur d'intégrer également de tels principes modernes de gouvernance dans le nouveau droit des fondations. Cela concerne avant tout le contrôle de l'administration de la fondation par les bénéficiaires. Le législateur a décidé de normaliser les droits de renseignement et d'information des bénéficiaires qui existaient jusqu'alors en raison des références au droit des sociétés fiduciaires telles qu'indiquées à l'art. 552 al. 4 PGR en lien avec le § 39 TrUG, dans le nouveau droit des fondations en éliminant toute référence au TrUG et en tenant compte de la jurisprudence de la cour suprême des années passées.

Selon le nouveau droit des fondations, toutes les personnes impliquées dans la fondation désignées au § 5 al. 2 StiG comme «bénéficiaires» ont des droits d'information et de renseignement conformément au §§ 9 ss. StiG. Ces droits incluent, aux termes du § 9 al. 1 StiG, le «droit à la consultation de l'acte de fondation, de l'acte de fondation supplémentaire et d'éventuels règlements.» En vertu du § 9 al. 2 StiG, les bénéficiaires ont en outre un «droit à la fourniture de renseignements ainsi qu'à la consultation de rapports et de la présentation des comptes.»

Le nouveau droit des fondations ne prévoit pas non plus d'obligation du conseil de fondation à informer de lui-même les bénéficiaires sur leurs droits. Cela relativise quelque peu les droits d'information et de renseignement puisque le fondateur est libre de décider s'il souhaite ou non informer les bénéficiaires de leur position.

6.6. Restriction des droits des bénéficiaires

6.6.1. Sur le droit bien-fondé du bénéficiaire respectif

Une restriction déterminante des droits d'information et de renseignements de bénéficiaires est, en premier lieu, la formulation apparaissant à plusieurs reprises au § 9 StiG, selon laquelle ces droits ne doivent être accordés à un bénéficiaire que «dans la mesure où cela concerne ses droits.»

Une fois complétée par la disposition du § 9 al. 2 StiG, selon laquelle un bénéficiaire ne peut exercer ses droits que sous une forme qui n'est pas contraire aux intérêts de la fondation et des autres bénéficiaires, cela signifie que les renseignements fournis à un bénéficiaire peuvent être limités par le conseil de fondation si celui-ci a des raisons de penser que le bénéficiaire pourrait utiliser les informations obtenues au détriment de tous les autres bénéficiaires ou de l'un d'entre eux ou qu'il pourrait porter préjudice à la fondation.

6.6.2. Pour juste motif

Le nouveau droit des fondations autorise, au § 9 al. 2 StiG, une limitation des droits mentionnés, à titre exceptionnel, «également pour juste motif en vue de protéger le bénéficiaire». Cela doit permettre de contrecarrer p. ex. un «effet de gâterie» («spoiling effect»). Parfois, lorsque les bénéficiaires sont des mineurs ou des adolescents et ont connaissance de la fortune de la fondation, on court le risque que ceux-ci, ayant connaissance de leurs droits et des possibilités d'exercice, négligent leurs efforts pour obtenir une formation suffisante et acquérir leur autonomie. C'est pourquoi un fondateur doit avoir la possibilité de refuser les droits d'information et de renseignement à de tels bénéficiaires jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge. D'autres cas de refus pour juste motif sont envisageables.

6.6.3. En cas de réserve d'un droit de révocation et de position de bénéficiaire final du fondateur

Si le fondateur s'est réservé la révocation de la fondation et se désigne lui-même simultanément comme bénéficiaire final, les bénéficiaires n'auront, aux termes du § 10 StiG, aucun droit. Si une fondation est constituée par plusieurs fondateurs, chaque fondateur en faveur duquel un droit de révocation a été réservé, a un droit de bénéficiaire.

6.6.4. Par désignation d'un organe de contrôle

L'introduction d'un nouvel organe facultatif, l'organe de contrôle, en vertu du § 11 StiG, constitue une modification déterminante par rapport à l'ancien droit des fondations. Cet organe peut être prévu par le fondateur pour limiter les droits de bénéficiaires à un domaine principal irrévocable et faire simultanément surveiller l'administration de la fondation par l'organe de contrôle. Si un organe de contrôle est mis en œuvre, le bénéficiaire n'a plus qu'un droit aux renseignements concernant le but et l'organisation de la fondation ainsi que ses propres droits vis-à-vis de la fondation. Pour vérifier si les renseignements sont corrects, il peut consulter les docu-

ments de la fondation, mais certaines informations pourront être dissimulées. En présence d'un organe de contrôle, le bénéficiaire n'a plus le droit, par exemple, de prendre connaissance de la totalité de la fortune de la fondation ou du nom d'autres bénéficiaires.

L'organe de contrôle doit être prévu par le fondateur dans les statuts. Dans les fondations constituées selon l'ancien droit, un organe de contrôle peut encore, malgré l'absence de dispositions statutaires correspondantes, être désigné ultérieurement à titre exceptionnel par le conseil de fondation, et ce jusqu'au 30 septembre 2009, dans certaines conditions restrictives.

Le fondateur dispose, aux termes du § 11 StiG, de trois possibilités pour la fonction d'organe de contrôle: il peut désigner un organe de révision, une personne de confiance ou se désigner lui-même. Dans les trois cas, l'indépendance de la fondation devra être garantie. La personne de confiance et le fondateur seront soumis aux mêmes exigences strictes d'indépendance qu'un organe de révision. Les liens de parenté ou toute autre relation étroite avec le conseil de fondation ou la fondation elle-même (position de bénéficiaire, parenté, rapport de travail, etc.) ne sont pas admis.

Tandis qu'un organe de révision peut uniquement être désigné comme organe de contrôle par le tribunal compétent sur la base de deux propositions avec indication de la préférence du fondateur, la nomination d'une personne de confiance ou du fondateur lui-même se fait directement par le fondateur.

La nouvelle loi impose certaines exigences en ce qui concerne les qualifications d'un organe de contrôle. Alors que la qualification d'un organe de révision est donnée automatiquement dans le cadre des exigences professionnelles, la personne de confiance doit elle aussi disposer de «connaissances spécifiques suffisantes dans le domaine du droit et de l'économie» pour pouvoir être

nommée organe de contrôle. Le fondateur lui-même, en revanche, ne doit pas, à part l'indépendance, disposer de qualifications particulières.

L'organe de contrôle doit contrôler chaque année l'administration de la fondation et rédiger un rapport à l'intention du conseil de fondation. Si le contrôle annuel ne donne pas lieu à contestation, il pourra se limiter à une courte attestation. Si, en revanche, le rapport contient des éléments indiquant une gestion ou une utilisation inappropriées de la fortune de la fondation par le conseil de fondation, l'organe de contrôle devra en informer les bénéficiaires dont il a connaissance ainsi que le tribunal compétent. Ce dernier devra alors engager les mesures nécessaires, p.ex. l'annulation de décisions du conseil de fondation, voire la révocation du conseil de fondation et la désignation d'un nouveau conseil.

En raison des prescriptions de forme décrites concernant l'organe de contrôle, le protecteur, déjà connu dans la pratique, ne peut être assimilé automatiquement à un organe de contrôle selon le § 11 StiG. Le protecteur classique est, selon le nouveau droit, un «autre organe», conformément au § 28 StiG, qui peut tout à fait surveiller l'administration de la fondation mais doit souvent encore se voir assigner à cet effet des droits de conception et de participation.

C'est aussi pourquoi la désignation d'un protecteur classique ne limitera pas les droits de bénéficiaires. En revanche, il est tout à fait concevable d'assigner à l'organe de contrôle, conformément au § 11 StiG, des tâches supplémentaires allant au-delà du minimum légal et de désigner celui-ci comme protecteur si l'on peut s'accommoder de la confusion des termes que ceci engendre.

6.7. Procédure d'assistance juridique

Les bénéficiaires disposent dans tous les cas de la procédure d'assistance

juridique pour la préservation de leurs droits. C'était déjà le cas selon l'ancien droit.

Dans les fondations soumises à la surveillance de l'Etat, le juge compétent a la possibilité, en tenant compte de la volonté présumée du fondateur, de modifier le but de la fondation à la demande de l'autorité de surveillance ou de personnes impliquées dans la fondation. D'autres contenus des documents de la fondation, notamment en ce qui concerne l'organisation de la fondation (c'est-à-dire le conseil de fondation), peuvent également, dans les fondations surveillées, être modifiés par le juge à la demande de l'autorité de surveillance ou de personnes impliquées dans la fondation, ceci à condition néanmoins que le but de la fondation soit préservé, d'une part, et que les statuts n'octroient pas le pouvoir de modification à un organe de la fondation, d'autre part.

Dans les fondations d'utilité privée non surveillées, le juge a également, en vertu du § 35 StiG, le droit de procéder, à la demande de personnes impliquées dans la fondation ou d'office, aux modifications requises du but ou d'autres contenus des documents. Sont applicables les mêmes conditions que pour les fondations surveillées.

6.8. Besoin d'adaptation dans les fondations existantes

Si, en comparant l'ancien droit des fondations au nouveau, on ne considère que les dispositions légales, on pourrait penser que la réforme a élargi les droits de bénéficiaires. Mais si l'on tient compte de la jurisprudence de la cour suprême de ces dernières années, on constatera que ce n'est pas vraiment le cas.

Le législateur a uniquement consigné dans la nouvelle loi les droits de bénéficiaires déjà existants tels que définis dans la pratique judiciaire qui change toutefois fréquemment. L'ancien droit avait déjà considéré les limitations des

droits de bénéficiaires prévues dans les avenants aux statuts comme illégaux et avait, malgré la tentative de limitation des droits de bénéficiaires au moyen des avenants aux statuts, accordé à ces derniers, dans le cas de litiges concrets, des droits élargis.

La précision des droits de bénéficiaires induite par le nouveau droit des fondations peut engendrer le besoin, chez certaines fondations constituées selon l'ancien droit, d'adapter, au cas par cas, la disposition concernant les bénéficiaires. Dans les fondations dont l'attribution des biens aux bénéficiaires est fixée dans les avenants aux statuts, de sorte que ni la date ni l'ampleur ou le montant de la distribution des biens ne peuvent être soumis à la libre appréciation du conseil de fondation, les droits de bénéficiaires ne peuvent guère être réduits. Il en va autrement dans les fondations où il existe certes des premiers bénéficiaires concrètement définis, mais où la date et l'ampleur de la distribution des biens sont laissés à la libre appréciation du conseil de fondation, éventuellement de concert avec un protecteur. Ces fondations sont à qualifier de fondations discrétionnaires. Leurs bénéficiaires qui, conformément au § 7 StiG, n'ont pas de droit bien-fondé, ont uniquement des droits d'information et de renseignement réduits. Dans de telles fondations, les deuxièmes bénéficiaires éventuels doivent être considérés comme des bénéficiaires discrétionnaires en expectative et n'ont pas, comme indiqué au § 7 al. 1 StiG, de statut de bénéficiaire ni de droits de renseignement et d'information. La situation est encore plus claire dans les pures fondations discrétionnaires, dans lesquelles le conseil de fondation peut choisir parmi différents bénéficiaires possibles et n'attribuer à ces derniers que des droits limités. Ici aussi, les autres bénéficiaires possibles de rang postérieur n'ont pas, en vertu de la disposition du § 7 al. 1 StiG, de statut juridique.

7. Principe de solidification

Le nouveau droit des fondations entend renforcer la responsabilité du fondateur, ce qui s'exprime aussi dans la consolidation du principe de solidification. Cela se reflète entre autres dans la disposition statuant que seul le fondateur lui-même peut définir le but exprimé dans la déclaration d'établissement contenu dans les statuts et, à titre complémentaire, dans les avenants aux statuts et l'adapter à nouveau, conformément au § 30 StiG, en cas de réserves correspondantes. Le conseil de fondation ou un autre organe de la fondation peut certes, en vertu du § 31 StiG, se voir attribuer un pouvoir de modification concernant le but de la fondation – et donc également la clause bénéficiaire en tant qu'élément essentiel du but –, mais cet article consigne aussi clairement que ce vaste pouvoir de modification ne peut être exercé par l'organe de fondation prévu que lorsque le but «est devenu inaccessible, illicite ou déraisonnable ou que la situation a changé à tel point que le but revêt désormais une toute autre signification ou produit un effet totalement différent, de sorte que la fondation ne correspond plus à la volonté du fondateur.» Un pouvoir de modification général de la clause bénéficiaire en faveur du conseil de fondation ou d'un protecteur ne sera plus admis à l'avenir.

Même dans les modifications de contenus autres que le but de la fondation, le conseil de fondation ou l'organe correspondant ne pourra effectuer de modification qu'en présence d'un «motif justifié sur le plan objectif».

Pour que la volonté du fondateur puisse être considérée comme donnée dans les futures modifications, il sera souhaitable à l'avenir, en particulier dans les fondations discrétionnaires, d'utiliser de manière accrue l'instrument d'une «letter of wishes» du fondateur, qui sera classée à côté de la déclaration d'établissement de la fondation et pourra, plus tard, fournir au conseil de

fondation des indications sur les intentions du fondateur.

8. Dispositions transitoires

8.1 Entrée en vigueur et délais

Le nouveau droit des fondations, ou plutôt la nouvelle loi sur les fondations (StiG), entrera en vigueur au 1er avril 2009 sous la forme de l'art. 552 §§ 1–41 PGR. Les art. 553–570 PGR, qui correspondent à l'ancien droit des fondations, seront simultanément annulés.

Toutes les fondations constituées selon l'ancien droit qui, en vertu de la nouvelle situation juridique, p. ex. lorsqu'elles poursuivent un but d'utilité publique, sont soumises à l'autorité de surveillance des fondations, doivent être enregistrées auprès de l'autorité par les membres du conseil de fondation dans les six mois suivant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Cela signifie que toutes les fondations d'utilité publique – selon la nouvelle définition, également les fondations mixtes poursuivant un but principalement d'utilité publique ou ayant une proportion indéfinie d'éléments d'utilité publique et d'utilité privée – ainsi que toutes les fondations qui se sont soumises volontairement à la surveillance de l'Etat doivent transmettre un avis correspondant à l'autorité compétente avant le 30 septembre 2009.

Dans le cas des fondations qui, selon le nouveau droit, sont considérées comme étant d'utilité publique ou exercent une activité commerciale sur la base d'une loi spéciale et qui ne sont pas encore inscrites au registre public, le conseil de fondation doit procéder à l'enregistrement dans les six mois suivant l'entrée en vigueur du nouveau droit, c'est-à-dire avant le 30 septembre 2009 au plus tard.

Toutes les fondations qui, bien que ne disposant pas de disposition correspondante dans leurs statuts, souhaitent faire usage de la nouvelle possibilité de dési-

gner un organe de contrôle et de limiter ainsi les droits de bénéficiaires, sont également soumises pour ce faire à un délai de six mois. La désignation d'un organe de contrôle par le fondateur effectif ou, si celui-ci est décédé ou incapable de discerner, par le conseil de fondation dans les fondations constituées selon l'ancien droit, peut en conséquence avoir lieu jusqu'au 30 septembre 2009. Si le conseil de fondation souhaite exercer ce droit, le choix de l'organe de contrôle sera limité aux organes de révision, alors que le fondateur lui-même peut choisir parmi les trois variantes légales. Si un organe de contrôle est mis en place dans une fondation constituée selon l'ancien droit, le premier contrôle régulier de l'administration de la fondation et de l'utilisation des biens devra, conformément aux dispositions transitoires, être effectué d'ici au 30 juin 2010.

8.2. Assainissement de fondations constituées selon l'ancien droit avec détermination de but insuffisante

8.2.1. Délais

Pour régler définitivement le thème discuté depuis de nombreuses années et jugé en 2003 par la Haute-Cour de l'Etat des fondations constituées selon l'ancien droit et ne disposant que d'une détermination de but insuffisante, le législateur a édicté dans le nouveau droit des dispositions claires, mettant en application le jugement mentionné de la Haute-Cour de l'Etat.

Toutes les fondations qui ont été constituées avant le 31 décembre 2003 et dont la détermination de but est toujours insuffisante doivent établir l'état prescrit par le nouveau droit d'ici au 31 décembre 2009. Pour les fondations qui ont été constituées selon l'ancien droit mais après le 31 décembre 2003, le législateur part inversement du principe que le fondateur ou son conseiller juridique a déjà appliqué correctement l'état de droit créé par le jugement de la Haute-Cour de l'Etat et qu'il ne peut y avoir un besoin d'assainissement.

Conformément au § 16 al. 1 ch. 4 StiG, il s'agit en particulier, dans la définition du but d'une fondation, de la «désignation des bénéficiaires ou du cercle de bénéficiaires concrets ou identifiables selon des critères objectifs». Cela peut encore se faire dans les avenants aux statuts. Si le but d'une fondation n'est pas suffisamment concrétisé pour ce qui est des bénéficiaires, elle souffre d'un manque d'essentialia et n'a donc pas pris valablement naissance de jure. Pour éviter cela, l'attention requise a dû être accordée à la finalité suffisante à compter du 31 décembre 2003 au plus tard.

Même si le fondateur d'une fondation constituée selon l'ancien droit et établie avant le 31 décembre 2003, dont la détermination de but est insuffisante, ne s'est pas réservé un droit de modification, les dispositions transitoires du nouveau droit permettent au fondateur effectif de procéder aux mesures d'assainissement correspondantes. Si celui-ci est décédé ou n'a plus la capacité d'agir, la déclaration d'établissement de la fondation pourra également être adaptée par le conseil de fondation dans la mesure où la volonté du fondateur effectif peut encore être déterminée. Pour ce faire, on utilisera exclusivement les documents provenant du fondateur, d'un représentant impliqué directement ou indirectement dans la constitution de la fondation ou d'un organe de la fondation.

En outre, selon l'art. 2 al. 3 des dispositions transitoires, les documents datés après le 1er décembre 2006 doivent provenir du fondateur effectif.

8.2.2. Déclaration obligatoire de l'état licite concernant la détermination de but

A l'art. 2 al. 4 des dispositions transitoires, le législateur contraint toutes les fondations qui ne sont pas inscrites au registre public à remettre une déclaration explicite confirmant que l'état licite est donné ou a été établi pour ce qui est de la détermination de but. Cette déclaration doit être remise avant le 1er août 2010, faute de quoi le juge sera notifié après expiration d'un sursis de six mois.

Celui-ci devra alors dissoudre la fondation défaillante dans le cadre de la procédure d'assistance juridique.

8.3. Applicabilité et conséquences pour les fondations constituées selon l'ancien droit

Les dispositions transitoires définissent expressément quelles dispositions du nouveau droit doivent être appliquées aux fondations constituées selon l'ancien droit. Le gouvernement a en outre précisé quelles autres dispositions étaient indirectement applicables.

Sont applicables pour l'essentiel, directement ou indirectement:

- la nouvelle définition de l'utilité publique et la définition permettant de distinguer les fondations d'utilité privée et d'utilité publique (art. 107 al. 4a PGR, § 2 StiG, § 29 StiG, ordonnance relative à la StiG)
- la définition des personnes impliquées dans la fondation (§ 3 StiG)
- la classification des bénéficiaires (§§ 5–8 StiG)
- les dispositions relatives aux droits d'information et de renseignement des bénéficiaires (§§ 9–12 StiG)
- les tâches et caractéristiques de l'organe de contrôle (§ 11 StiG)
- le nouveau système d'avis de constitution et de modification (§§ 20–21 StiG)
- les dispositions relatives à l'organe de révision (§ 27 StiG)
- la surveillance par la nouvelle autorité de surveillance des fondations (§ 29 StiG ainsi qu'ordonnance relative à la StiG)
- les droits des organes de la fondation, notamment en ce qui concerne la modification du but et d'autres contenus (§§ 31–32 StiG)
- les droits du juge dans le cadre de la procédure d'assistance juridique (§§ 33–35 StiG)

De nombreuses questions sont soulevées dans la pratique en ce qui concerne

l'application du nouveau droit aux fondations constituées selon l'ancien droit. Alors que l'aspect des droits de bénéficiaires ne fait que consigner la jurisprudence déjà existante de la Cour suprême et n'apporte donc pas de changements matériels significatifs, le renforcement du principe de solidification d'agir soulève des questions plus difficiles.

Une application rigide du principe du § 31 StiG, selon lequel seul le fondateur effectif peut désormais apporter des modifications au but et, par là même, à la clause bénéficiaire entrerait en conflit avec de nombreux avenants aux statuts des fondations existantes, aux termes desquels le conseil de fondation est tout à fait autorisé, généralement avec le consentement des premiers bénéficiaires, à modifier les avenants et la clause bénéficiaire.

Dans l'esprit du principe de confiance protégé par la constitution, comme l'a indiqué la Haute-Cour suprême dans la jurisprudence de 2003 concernant l'insuffisance de la détermination de but, on doit pouvoir partir du principe que les droits de modifications octroyés dans les fondations existantes seront conservés.

9. Adaptation du droit privé international concernant la protection de la partie réservataire

Le législateur a profité de la révision du droit des fondations pour engager une libéralisation dans le domaine de la loi sur le droit privé international en soumettant la protection de la partie réservataire, outre le statut personnel étranger, au droit déterminant pour la procédure d'acquisition, soit, dans le cas de la constitution d'une fondation, aux §§ 785 et 951 en lien avec le § 1487 ABGB. Le délai accordé pour la possibilité de contester la constitution d'une fondation ou une donation pour cause de réduction de la part réservataire est

ainsi réduit dans tous les cas à deux ans à compter de la constitution de la fondation ou de la donation. Les délais beaucoup plus longs, tels que les prévoit par exemple le droit successoral français (30 ans) sont ainsi réduits par l'application supplémentaire du droit liechtensteinois.

Pour tout renseignement complémentaire, votre conseiller clients se tient à votre entière disposition au sein de Allgemeines Treuunternehmen. Vous pouvez également nous contacter par email: info@atu.li.

Le bulletin ATU paraît en allemand, en anglais et en italien et est une publication sporadique de Allgemeines Treuunternehmen, Vaduz. Son contenu a uniquement un but informatif et ne remplace pas le conseil juridique.