

BVGer A-3479/2016 vom 20. August 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-08-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3479_2016

FR: TAF A-3479/2016 du 20 août 2018

IT: TAF A-3479/2016 del 20 agosto 2018

Regeste

Moyens de surveillance

Erwägungen

E. 1.1

Sur la base de l'art. 31 en relation avec l'art. 33 let. i de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) et de l'art. 74 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40), et sous réserve des exceptions non réalisées en l'espèce de l'art. 32 LTAF, la cour de céans est compétente pour connaître des recours contre les décisions de l'autorité inférieure agissant en sa qualité d'autorité de surveillance au sens de l'art. 61 LPP. La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

E. 1.2

En tant que destinataire de la décision du 3 mai 2016, la recourante est spécialement touchée par celle-ci et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification ; elle a dès lors manifestement qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Déposé le 31 mai 2016, le recours a en outre été interjeté en temps utile (cf. art. 50 al. 1 en lien avec art. 21 al. 2 PA) et répond au surplus aux exigences de forme de la procédure administrative (cf. art. 52 al. 1 PA). Il convient donc d'entrer en matière.

E. 1.3

Selon l'art. 49 PA, la recourante peut invoquer a) la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation ; b) la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ; c) l'inopportunité (cf. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7e éd., 2016, n. marg. 1146 ss ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd., 2013, n. marg. 2.149). Concernant l'opportunité de la décision en cause, l'examen porte sur le point de savoir si une autre solution que celle que l'autorité administrative, dans un cas concret, a adoptée dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et en respectant les principes généraux du droit n'aurait pas été plus judicieuse quant à son résultat. A cet égard, l'autorité de recours ne peut, sans motif pertinent, substituer sa propre appréciation à celle de l'administration, mais doit s'appuyer sur des circonstances de nature à faire apparaître sa propre appréciation comme la mieux appropriée (cf. ATF 137 V 71 consid. 5.2 et 126 V 75 consid. 6 ; arrêt du TF 9C_481/2017 du 1er décembre 2017 consid. 3.2 ; arrêts du TAF B-4916/2013 du 8 avril 2014 p. 10 et A-2266/2012 du 25 mars 2013 consid. 1.4 ; cf. également arrêt du TAF A-2720/2016 précité consid. 1.3 ; Jérôme Candrian, Introduction à

la procédure administrative fédérale [...], Bâle 2013, n° 189). Lorsque la cognition de l'autorité inférieure est restreinte et dès lors que la cognition de l'instance supérieure ne peut être plus large, le pouvoir d'examen du Tribunal saisi se limite cependant en dérogation à l'art. 49 let. c PA à un contrôle du droit (cf. ATF 138 V 346 consid. 5.5.1 et 135 V 382 consid. 4.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-1130/2016 du 17 novembre 2017 consid. 1.3.1 et A-2668/2015 du 19 mai 2017 consid. 1.3 ; Isabelle Vetter-Schreiber, *Berufliche Vorsorge*, 2009, n° 1 ad art. 62).

E. 1.4

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. Pierre Moor/Etienne Poltier, *Droit administratif*, vol. II, 3e éd., 2011, ch. 2.2.6.5 p. 300 s. ; arrêt du TAF A-2720/2016 du 31 mai 2018 consid. 1.3.2). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal définit les faits d'office et librement (cf. art. 12 PA). Cette maxime doit toutefois être relativisée par son corollaire, à savoir le devoir des parties de collaborer à l'établissement des faits (cf. art. 13 PA), en vertu duquel celles-ci doivent notamment indiquer les moyens de preuve disponibles et motiver leur requête (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 et 122 V 157 consid. 1a ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 et 2012/23 consid. 4 ; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013, ch. 1135 s.).

E. 2.1.1

L'art. 89a du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), qui traite des institutions de prévoyance en faveur du personnel constituées sous forme de fondations en vertu de l'art. 331 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220), a été modifié par la loi du 25 septembre 2015 (RO 2016 935 ; FF 2014 5929 ss et 6399 ss), entrée en vigueur le 1er avril 2016. L'art. 89a al. 6 CC a à cette occasion été précisé, en ce sens que les dispositions de la LPP auxquelles il est renvoyé régissent désormais exclusivement les fondations de prévoyance en faveur du personnel qui sont soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP, RS 831.42). En outre, deux nouveaux alinéas (al. 7 et 8) ont été introduits, qui dressent la liste des dispositions en particulier de la LPP applicables aux fondations de prévoyance en faveur du personnel qui ne sont pas soumises à la LFLP, tels les fonds patronaux de prévoyance.

E. 2.1.2

En l'occurrence, la décision du conseil de fondation de la recourante de financer les mesures d'accompagnement en faveur des employés licenciés a été prise le 17 juin 2009 et est ainsi antérieure à la modification de l'art. 89a CC. Il en va en outre de même de l'accord conclu le 23 septembre 2009 entre l'employeur, le Syndicat X. _____ et l'Association Y. _____. La décision entreprise, rendue le 3 mai 2016, est en revanche postérieure à l'entrée en vigueur de la modification législative en cause. Cela étant, la question du droit applicable dans le temps peut demeurer ici ouverte, les dispositions applicables en l'espèce ne différant pas dans une mesure décisive (cf. arrêts du TAF A-1183/2017 du 21 décembre 2017 consid. 2.1.2, A-5358/2016 du 1er mai 2017 consid. 2.1.2 [non publié aux ATAF 2017 V/2] et A-7228/2015 du 26 mai 2016 consid. 2.5 ; dans la suite de cet arrêt, pour des raisons de

commodité, il sera en principe fait référence à la disposition de l'art. 89a CC dans sa version actuellement en vigueur).

E. 2.2.1

La surveillance des institutions de prévoyance est réglée aux art. 61 à 62a LPP. En vertu du renvoi de l'art. 89a al. 6 ch. 12 et al. 7 ch. 7 CC (qui correspond, dans la mesure ici relevante, à l'ancien art. 89a al. 6 ch. 12 dans sa version en vigueur du 1er janvier 2013 au 31 décembre 2015, respectivement à l'ancien art. 89bis al. 6 ch. 12 dans sa version en vigueur précédemment), ces dispositions sont également applicables aux fondations de prévoyance en faveur du personnel, qu'elles soient soumises ou non à la LFLP, et donc également aux fonds patronaux de prévoyance à prestations discrétionnaires (cf. arrêt du TAF A-5358/2016 précité consid. 2.2.1 [non publié aux ATAF 2017 V/2]). Conformément à l'art. 61 al. 1 LPP, les cantons respectivement les régions de surveillance communes (cf. art. 61 al. 2 LPP) désignent l'autorité chargée de surveiller les institutions de prévoyance et les institutions servant à la prévoyance qui ont leur siège sur le territoire cantonal. Aux termes de l'art. 62 al. 1 LPP, l'autorité de surveillance a pour tâche de s'assurer que les institutions de prévoyance, les organes de révision dans la prévoyance professionnelle, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les institutions servant à la prévoyance se conforment aux dispositions légales et que la fortune est employée conformément à sa destination ; en particulier : (a) elle vérifie que les dispositions statutaires et réglementaires des institutions de prévoyance et des institutions servant à la prévoyance sont conformes aux dispositions légales ; (b) elle exige de l'institution de prévoyance et de l'institution qui sert à la prévoyance un rapport annuel, notamment sur leur activité ; (c) elle prend connaissance des rapports de l'organe de contrôle et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle ; (d) elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées ; (e) elle connaît des contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé.

E. 2.2.2

En vertu de l'art. 62 al. 1 let. d LPP, l'autorité de surveillance a ainsi notamment pour tâche de prendre les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées. Les mesures de surveillance peuvent être mises en oeuvre à titre préventif, c'est-à-dire en vue de garantir que les institutions de prévoyance se conforment aux dispositions légales et statutaires, ou/et à titre répressif, soit en vue de rétablir une situation conforme au droit, par exemple en mettant en demeure l'organe suprême de l'institution de prévoyance ou en annulant des décisions de ce dernier (cf. arrêt du TAF A-5358/2016 précité consid. 2.2.2 [non publié aux ATAF 2017 V/2] ; Marc Hürzeler/Jürg Brühwiler, *Obligatorische berufliche Vorsorge*, in : Meyer [édit.], *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit*, 3e éd. 2016, p. 2029 ss, p. 2089 n. marg. 78). Dans ce cadre, l'autorité de surveillance est tenue de respecter le pouvoir d'appréciation des organes de la fondation et ne peut intervenir qu'en cas d'excès ou d'abus de ce pouvoir (cf. arrêts du TAF A-5358/2016 précité consid. 2.2.2 [non publié aux ATAF 2017 V/2] et A-1130/2016 précité consid. 2.4 ; Hürzeler/Brühwiler, *op. cit.*, p. 2088 n. marg. 77 ; Hans Michael Riemer/Gabriela Riemer-Kafka, *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, 2e éd., 2006, § 2 p. 63 n. marg. 99, avec références à la jurisprudence du TF).

E. 2.3.1

Les fonds patronaux de bienfaisance sont des fondations dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité et qui sont exclusivement financées par

l'employeur. Ce type de fondations se caractérise par le fait qu'elles n'accordent à leurs destinataires, non tenus de cotiser, aucun droit réglementaire à des prestations, lesquelles sont octroyées à titre discrétionnaire, au cas par cas, sur la base de décisions du conseil de fondation (cf. FF 2014 5932 s. ; ATF 140 V 304 consid. 4.1 et 138 V 346 consid. 3.1.1 ; ATAF 2017 V/2 consid. 2.5.1 ; arrêts du TAF A-8309/2015 du 17 juillet 2017 consid. 2.5.1 et A-7228/2015 précité consid. 2.4). Les fonds patronaux à prestations discrétionnaires n'appartiennent ni aux institutions de prévoyance inscrites au registre au sens de l'art. 48 LPP, ni aux institutions de prévoyance surobligatoire au sens de l'art. 49 al. 2 LPP. Ils ne sont en outre pas soumis à la LFLP, qui ne s'applique qu'aux rapports de prévoyance où le droit à des prestations est accordé sur la base de prescriptions réglementaires (cf. art. 1 al. 2 LFLP ; FF 2014 5937 ; Müller/Bock, op. cit., p. 151 s. ; arrêt du TAF A-8309/2015 précité consid. 2.5.1).

E. 2.3.2

Les revenus et la fortune des fondations patronales doivent en principe être affectés à des fins de prévoyance professionnelles (cf. ATAF 2017 V/2 consid. 2.5.1 ; arrêts du TAF A-8309/2015 précité consid. 2.5.3 ; jurisprudence et pratique admettent cependant largement l'existence de fonds patronaux à des fins mixtes [Wohlfahrtsfonds mit gemischten Zwecksetzungen] : cf. arrêts du TAF A-7228/2015 précité consid. 2.3 et C-5780/2008 du 25 octobre 2011 consid. 2.2.7 ; Müller/Bock, op. cit., p. 152). Selon l'art. 1 al. 1 LPP (cf. également art. 111 et 113 al. 2 let. a Cst.), le but de la prévoyance professionnelle consiste en la couverture des risques vieillesse, décès ou invalidité. Si l'art. 89a al. 7 CC contrairement à l'al. 6 (cf. ch. 1) ne renvoie certes pas à cette disposition (cf. à cet égard FF 2014 5938 s. ch. 3.2.2), on remarquera toutefois que pour bénéficier de l'exonération fiscale prévue par l'art. 80 al. 2 LPP (applicable en vertu du renvoi de l'art. 89a al. 7 ch. 10 CC), les fonds patronaux doivent affecter leurs revenus et leurs éléments de fortune à de telles fins exclusivement. Le fait de bénéficier de l'exonération leur impose en d'autres termes de limiter les buts statutaires à la (seule) prévoyance professionnelle (cf. ATF 138 V 346 consid. 5.5.2 ; arrêt du TF 9C_608/2014 du 19 décembre 2014 consid. 6.1 ; ATAF 2017 V/2 consid. 2.5.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8383/2008 du 23 juillet 2014 consid. 5.4 et 7.4.3). Cela étant, traditionnellement, les prestations servies dans des situations d'urgence comme en cas de maladie, d'accident ou de chômage sont également reconnues fiscalement. Comme le relève la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national dans son rapport du 26 mai 2014, les fondations patronales à prestations discrétionnaires constituent un aspect important de la responsabilité sociale de l'employeur ; à ce titre, elles interviennent non seulement lors de situations individuelles difficiles (accident, décès, etc.), mais également en cas de difficultés économiques de l'entreprise, pour en atténuer les effets sur le personnel (plan social, mises à la retraite anticipée, etc. ; cf. FF 2014 5932 ; cf. également le texte de l'initiative parlementaire 11.457 déposée par Fulvio Pelli le 17 juin 2011). Cependant, un retour à l'employeur des ressources du fonds est dans tous les cas exclu (cf. arrêt du TF 9C_608/2014 précité consid. 6.1 ; ATAF 2017 V/2 consid. 2.5.1 et 2.5.2 ; arrêt du TAF A-8308/015 précité consid. 2.5.3 ; Hermann Walser, Weitergehende berufliche Vorsorge, in : Meyer [édit], op. cit., p. 2169 ss, n. marg. 114 s. ; Yolanda Müller/Anne-Florence Bock, Die Revision von Art. 89a ZGB aus der Sicht des Praktikers, in : Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge [SZS] 2016 p. 146 ss, p. 151 s. ; Hermann Walser, Ein vorsorge-rechtlicher Spezialfall: der patronale Wohlfahrtsfonds, in : Riemer-Kafka/ Rumo-Jungo [édit.], Soziale Sicherheit - Soziale Unsicherheit, 2010, p. 967

ss, p. 968 s. ; Franziska Bur Bürgin, Wohlfahrtsfonds, Vorsorgeeinrichtungen im luftleeren Raum?, in : Stauffer [édit.], Berufliche Vorsorge im Wandel der Zeit, 2009, p. 55 ss, p. 56 s.). Les fonds patronaux de bienfaisance ne peuvent en particulier effectuer des prestations dues contractuellement ou résultant d'un plan social qui relèvent par nature de l'employeur (indemnités de départ, salaires sur quelques mois, différentiels salariaux sur une période donnée, aides financières au déménagement et de formation professionnelle, etc. ; cf. ATAF 2017 V/2 consid. 3.1.2, 3.3.3 et 3.4.4 ; arrêt du TAF C-8383/2008 précité consid. 5.2 et 5.4). L'on notera que cette interdiction de prendre en charge le financement de prestations de type salarial découle également de l'art. 59 al. 1 let. b de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD, RS 642.11) et de l'art. 10 al. 1 let. d de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID, RS 642.14), en relation avec l'art. 81 al. 1 LPP (applicable en vertu du renvoi de l'art. 89a al. 7 ch. 10 CC). Ces dispositions prévoient la déduction à titre de charges ordinaires des montants versés à des institutions de prévoyance en faveur du personnel de l'entreprise, à condition que toute utilisation contraire à leur but soit exclue. Or, le fait de se substituer à l'employeur pour l'exécution d'obligations lui incombant, même dans un but louable d'assistance en période de difficultés économiques, va à l'encontre d'un but exclusivement de prévoyance. Le paiement en lieu et place de l'employeur tenu contractuellement ou par un plan social à des prestations découlant du rapport de travail viole en effet le principe selon lequel les sommes au bénéfice de déductions fiscales qui sont versées à des institutions de prévoyance exonérées au sens de l'art. 56 let. e LIFD ne peuvent en aucun cas faire retour à l'employeur (cf. arrêt du TAF C-8383/2008 précité consid. 7.4.3 et les références citées).

E. 2.4.1

L'art. 335h al. 1 CO introduit par la loi fédérale du 21 juin 2013, entrée en vigueur le 1er janvier 2014 (RO 2013 4111 ; FF 2010 5871) définit le plan social comme une convention par laquelle l'employeur et les travailleurs fixent les moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences (cf. également ATF 133 III 213 consid. 4.3 et 132 III 32 consid. 6.1 ; arrêt du TF 4A_335/2016 du 30 novembre 2016 consid. 3.1 ; arrêt du TAF C-8383/2008 précité consid. 6.2 ; Christine Sattiva Spring, Quelle nature juridique pour le plan social? in : Rémy Wyler [édit.], Panorama en droit du travail, 2009, p. 247 ss, p. 248). Les procédures de licenciement collectif intervenant dans des entreprises d'une certaine importance, telles que visées à l'art. 335d CO, s'accompagnent généralement, et obligatoirement depuis le 1er janvier 2014 si certaines conditions sont remplies (cf. art. 335i CO, non applicable au cas d'espèce), d'un plan social. Si une telle obligation n'existe pas, un plan social peut en outre également être établi sur une base volontaire (cf. ATAF 2017 V/2 consid. 2.3.1 et les références citées). Dans tous les cas, le CO n'impose pas à l'employeur le paiement de prestations supplémentaires, autres que celles qui sont ordinairement prévues par les contrats individuels de travail. En effet, le plan social n'est pas régi par la législation quant à son contenu (cf. ATF 133 III 213 consid. 4.3 ; arrêt du TAF C-8383/2008 précité consid. 6.1 ; Sattiva Spring, op. cit., p. 247 s. et p. 250). La nature juridique d'un plan social (convention collective, engagement bilatéral obligatoire assimilable à un règlement d'entreprise, modification du contrat individuel de travail, etc.) dépend de son contenu et des personnes (syndicat, représentation des travailleurs, etc.) qui y sont parties (cf. à ce propos ATAF 2017 V/2 consid. 2.3.2 ; arrêt du TAF C-8383/2008 précité consid. 7.2 ; Schwaab, op. cit., p. 285 ; Müller, op. cit., p. 237 ss, en particulier p. 238 s. ; Isabelle Wildhaber, Die neue Sozialplanpflicht - für die Praxis ein Buch mit sieben

Siegeln, in : Pratique juridique actuelle [PJA] 2015, p. 427 ss ; voir également, avant l'introduction des art. 335h à 335k CO, ATF 133 III 213 consid. 4.3 ; arrêts du TF 4A_138/2008 du 30 mai 2008 consid. 2.1 s. ; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 564 ss ; Sattiva Spring, op. cit., p. 260). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un plan social conclu entre l'employeur et une organisation de travailleurs à la suite de négociations constitue une forme particulière de convention collective au sens de l'art. 356 CO ; les travailleurs peuvent s'en prévaloir directement, de sorte que le plan social revêt dans cette mesure un caractère normatif (cf. art. 357 al. 1 CO ; ATF 133 III 213 consid. 4.3.1 et 132 III 32 consid. 6.1 ; arrêt du TF 4A_335/2016 précité consid. 3.1 ; cf. également arrêt du TAF C-8383/2008 précité consid. 7.3 ; Sattiva Spring, op. cit., p. 255 ; concernant l'effet normatif, ou non d'un pacte social, cf. ATF 133 III 213 consid. 4.3.2 et 4.3.3). La nature juridique a principalement des effets quant aux modalités d'interprétation du plan social, qui s'interprétera soit en tant que convention collective, c'est-à-dire comme une loi, soit en tant que cadre normatif, ou encore en tant que disposition contractuelle accessoire aux contrats de travail. La distinction doit toutefois être relativisée, en ce sens qu'afin de protéger la confiance des parties individuelles qui n'ont pas pris part à l'élaboration de la norme, l'interprétation selon la volonté doit toujours être compatible avec une interprétation objective (cf. ATF 133 III 213 consid. 4.2 et 5.2 et ATF 130 V 18 consid. 4.2 ; arrêt du TF 4A_335/2016 précité consid. 3.1 ; arrêt du TAF C-8383/2008 précité consid. 7.3 ; Sattiva Spring, op. cit., p. 269 ; Arthur Andermatt et al., Droit collectif du travail, 2010, p. 151).

E. 2.4.2

Si elle n'est pas exclue en soi, la participation d'un fonds patronal de bienfaisance au financement d'un plan social n'est toutefois possible qu'à certaines conditions. Une telle participation doit d'abord reposer sur une décision du conseil de fondation. En outre, elle doit être couverte par le but (de prévoyance) du fonds patronal. Par ailleurs, si certaines mesures prévues dans un plan social et destinées à alléger les conséquences d'un licenciement peuvent être considérées comme servant à l'exécution d'obligations liées à la prévoyance professionnelle, elles ne doivent pas être constitutives d'un retour économique à l'employeur et la fondation ne saurait en aucun cas assumer les obligations contractuelles de ce dernier envers ses salariés (cf. arrêt du TF 9C_608/2014 précité consid. 6.1 et références citées ; arrêts du TAF A-5358/2016 précité consid. 2.5.2, 2.6.1 et 2.6.2, avec résumé et analyse de la décision de la Commission de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [ci-après : la Commission de recours] du 4 avril 1997 et de l'arrêt du TF du 27 août 1998 [reproduit in : SZS 1999, p. 318 ss] ; arrêt du TAF C-8383/2008 précité consid. 5.4 ; Yolanda Müller, Patronale Wohlfahrtsfonds, Ihre Rolle, ihre Leistungen, in : SPV 2015 [5] p. 74 ss, p. 76 ; Andreas Gnädinger, Sozialplan und Berufliche Vorsorge, in : Expert Focus 2016 p. 168 ss, p. 169 s. ; Bur Bürgin, op. cit., p. 74 ; cf. également consid. 2.3.2 ci-avant). Enfin, les parties concernées (employeur, représentations des salariés, syndicats, directions [paritaires] des institutions de prévoyance) doivent clairement établir les modalités et l'étendue du financement assumé par le fonds patronal (cf. arrêt du TAF C-8383/2008 précité consid. 5.5 et références citées). Dans une jurisprudence récente, après avoir rappelé que conformément à l'art. 324 al. 1 CO, l'employeur restait tenu de payer le salaire lorsque le travailleur est empêché de fournir sa prestation en raison du manque de travail au sein de l'entreprise, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'une fondation patronale de bienfaisance ne pouvait prendre à sa charge le coût de la prolongation du délai de résiliation accordée aux employés licenciés dans le cadre d'un plan social. Selon les considérants de cet arrêt, une telle mesure équivalait en effet à une

prolongation du contrat de travail, de sorte que les prestations versées à ce titre avaient un caractère, non de prévoyance professionnelle, mais de salaire, dont le versement incombait légalement à l'employeur et ne pouvait être assumé par la fondation (cf. ATAF 2017 V/2 consid. 2.4 et 3, en particulier consid. 3.3).

E. 2.5.1

Le droit d'obtenir une décision motivée est un aspect du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (cf. également art. 29 ss PA) et a pour corollaire l'obligation, pour l'autorité, de motiver sa décision (cf. ATF 129 I 236 consid. 3.2 ; ATAF 2010/35 consid. 4.1.2 et 2007/30 consid. 5.6 ; arrêts du TAF A-4890/2016 du 27 avril 2018 consid. 2.3 et A-956/2016 du 23 octobre 2017 consid. 3.1.1 ; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. marg. 3.103 ss). Afin de pouvoir juger de l'opportunité d'un recours et, le cas échéant, attaquer utilement la décision rendue à son encontre, l'administré doit en effet savoir pourquoi l'autorité lui a donné tort. L'autorité de recours doit également le savoir afin de pouvoir exercer son contrôle en connaissance de cause (cf. ATF 136 V 355 consid. 4.2 et 127 II 270 consid. 3.2 ; arrêt du TF 8C_476/2017 du 14 novembre 2017 consid. 3.1 ; arrêts du TAF A-4890/2016 précité consid. 2.3 et A-956/2016 précité consid. 3.1.1 ; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. marg. 3.103 ; Felix Uhlmann/ Alexandra Schilling-Schwank, in : Waldmann/ Weissenberger [édit.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2016, n°10 ss ad art. 35). Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents (cf. ATF 142 III 433 consid. 4.3.2 et 142 II 154 consid. 4.2 ; arrêt du TF 8C_476/2017 précité consid. 3.1 ; ATAF 2012/23 consid. 6.1.2 et 2009/35 consid. 6.4.1 ; arrêt du TAF A-1331/2013 du 2 octobre 2014 consid. 4.1 ; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. marg. 3.105 s.). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté et ce, même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut en outre être implicite et résulter des différents considérants de la décision, voire même découler d'une correspondance séparée ou du renvoi à une prise de position d'une autre autorité (cf. ATF 123 I 31 consid. 2 et 113 II 204 consid. 2 ; arrêt du TF 1C_587/2013 du 29 août 2013 consid. 2.1 ; arrêts du TAF A-1331/2013 précité consid. 4.1 et C-4946/2011 du 9 mai 2012 consid. 4.2 ; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 68.6 consid. 5a ; Uhlmann/Schilling-Schwank, op. cit., n° 13 ad art. 35 ; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. marg. 3.105).

E. 2.5.2

Le droit d'être entendu est une règle essentielle de procédure au service du droit matériel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée (cf. ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1 et 137 I 195 consid. 2.2 ; arrêts du TAF A-4890/2016 précité consid. 2.3, A-956/2016 précité consid. 3.1.1 et A-7633/2016 du 25 juillet 2017 consid. 3.1.1 ; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. marg. 3.110). Par exception, une violation du droit d'être entendu, pour autant qu'elle ne soit pas particulièrement grave, peut néanmoins être réparée, lorsque l'intéressé a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure. Cela vaut également en présence d'une décision souffrant d'un défaut de motivation. Dans ce cas particulier, la

violation du droit d'être entendu est guérie lorsque, dans le cadre de la procédure de recours, l'autorité de première instance précise les motifs sur lesquels elle a fondé sa décision et qu'il est donné à l'administré l'occasion de se déterminer à cet égard. Par ailleurs, même si la violation du droit d'être entendu est grave, une réparation de ce vice procédural devant l'autorité de recours est envisageable, si le renvoi à l'autorité inférieure constituerait une vaine formalité. En effet, ce droit n'est pas une fin en soi, mais constitue un moyen d'éviter qu'une procédure judiciaire ne débouche sur un jugement vicié. Partant, lorsqu'on ne voit pas quelle influence la violation du droit d'être entendu a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée. L'allongement inutile de la procédure qui en résulterait serait de plus incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (cf. ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1 et 137 I 195 consid. 2.3.1 s. ; arrêts du TF 6B_259/2016 du 21 mars 2017 consid. 5.1.1 ; arrêts du TAF A-4890/2016 précité consid. 2.3 et A-956/2016 précité consid. 3.1.1 ; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n. marg. 3.112 ss ; cf, également JAAC 69.2 consid. 6.3).

E. 3

En l'espèce, dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, compte tenu de ses possibles conséquences (cf. consid. 2.5.2 ci-avant), la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue en relation avec la motivation de la décision entreprise, qui ne serait pas claire et suffisante. L'autorité inférieure a motivé sa décision en indiquant que l'accord du 23 septembre 2009 créait une obligation à charge de l'employeur qui ne saurait être assumée par la recourante, ses statuts l'interdisant expressément ; en outre, le versement d'indemnités de départs n'était pas non plus possible au regard du but de la fondation. Indépendamment du bien-fondé de la décision, qui sera examiné ci-après, il apparaît ainsi que les motifs ayant guidé la décision de l'autorité inférieure sont clairement explicités. On relèvera également que la décision entreprise fait expressément référence aux courriers de l'autorité inférieure du 9 juin 2011 et des 13 janvier et 15 juillet 2015, dans lesquels cette dernière a eu l'occasion d'exposer sa position plus en détail. Dans ces conditions, la motivation de la décision attaquée apparaît conforme à ce que la jurisprudence et la doctrine exigent (cf. consid. 2.5.1 ci-avant). Au vu du mémoire de recours, il ne semble d'ailleurs pas que la recourante ait été empêchée de se rendre compte de sa portée et de l'attaquer utilement. En tout état de cause, on relèvera que dans la mesure où le tribunal de céans dispose du même pouvoir de cognition que l'autorité inférieure (cf. consid. 1.3 et 1.4 ci-avant) et dès lors que cette dernière a eu l'occasion de développer les motifs de sa décision dans son mémoire de réponse du 20 juillet 2016, auquel la recourante a pu répliquer dans le cadre d'un second échange d'écritures, une éventuelle violation du droit d'être entendu devrait être considérée comme guérie au cours de la présente procédure (cf. consid.2.5.2 ci-avant). Enfin, dans la mesure où la recourante critique non pas l'établissement des faits par l'autorité précédente, mais reproche à celle-ci de ne pas avoir fondé sa décision sur certains éléments ressortant du dossier, elle s'en prend à l'appréciation juridique des éléments en possession de cette autorité et soulève ainsi une question de droit que le tribunal de céans a le pouvoir d'examiner librement dans le cadre du présent arrêt (cf. consid. 1.4 ci-avant). Le grief de violation du droit d'être entendu s'avère ainsi mal fondé et doit être écarté.

E. 4

Concernant le fond du litige, il n'est pas contesté que la recourante qui est exclusivement alimentée par les versements de l'entreprise, fournit des prestations discrétionnaires en matière de prévoyance et bénéficie de l'exonération fiscale de l'art. 80 al. 2 LPP est un fonds patronal de prévoyance à prestations discrétionnaires expressément visé par l'art. 89a al. 7 CC (cf. consid. 2.3.1 et 2.3.2 ci-avant). Il n'est pas non plus litigieux qu'à ce titre, elle est soumise à la surveillance de l'autorité inférieure (cf. consid. 2.2.1 ci-avant). Ces points ont par ailleurs déjà été tranchés par le Tribunal administratif fédéral dans une procédure distincte opposant la recourante et l'autorité de surveillance des fondations du canton de *** (cf. arrêt C-5282/2010 du 2 décembre 2011 consid. 2.6, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_36/2012 du 3 décembre 2012 consid. 5, en relation avec l'ancien art. 89bis CC). Dans la mesure où aucun élément du dossier ne permet de les (re)mettre en doute, il n'y a pas lieu de les examiner plus avant (cf. consid. 1.4 ci-avant). Dans le cadre du présent arrêt, il s'agit ainsi uniquement de déterminer si le financement des prestations litigieuses par la recourante demeure, ou non, dans le cadre des conditions posées par la doctrine et la jurisprudence concernant la participation d'un fonds patronal à la mise en oeuvre d'un plan social (cf. notamment consid. 2.4.2 ci-avant).

E. 4.1

En l'occurrence, l'accord du 23 septembre 2009, par lequel il a notamment été convenu d'octroyer une indemnité aux employés licenciés pour raison économique ou se portant volontaires au départ (cf. sous ch. 3.2.4), a été conclu entre l'employeur, le Syndicat X._____ et l'Association Y._____. Compte tenu de la qualité de syndicat, respectivement d'association professionnelle, des cosignataires, cet accord doit être traité comme une convention collective au sens de l'art. 356 CO et produit donc un effet normatif, en ce sens que les employés peuvent faire valoir les prétentions qui en découlent contre l'employeur directement (cf. consid. 2.4.1 ci-avant). Cela étant, on l'a vu, il n'est pas exclu que certaines mesures prévues dans un plan social et destinées à alléger les conséquences d'un licenciement soient considérées comme servant à l'exécution des obligations de l'employeur liées à la prévoyance professionnelle et qu'elles puissent sous certaines conditions être financées par un fonds patronal. Pour cela, il faut tout d'abord que la participation de celui-ci à la mise en oeuvre du plan social repose sur une décision du conseil de fondation (cf. consid. 2.4.2 ci-avant). Dans le cas d'espèce, la décision de prendre en charge le versement des indemnités de départ litigieuses a été prise par le conseil de fondation de la recourante lors de sa séance du 17 juin 2009. Le procès-verbal établi à cette occasion ne fait toutefois état, à cet égard, que d'une « somme globale » de 71'044 francs, très éloignée du montant total des indemnités de départ versés par la recourante à savoir près de 240'000 francs selon les déclarations de cette dernière (cf. mémoire de réplique, p. 7 ; cf. également pièce recourante n° 13 [recte : n° 14]). L'on peut dès lors fortement douter que la décision du 17 juin 2009 suffise à couvrir les versements opérés (cf. consid. 2.4.2 i.f.). Pour cette raison déjà, il s'agit a priori de retenir que les conditions pour y procéder n'étaient pas remplies.

E. 4.2

Par abondance d'arguments, on rappellera qu'en plus de reposer sur une décision du conseil de fondation, les prestations servies dans le cadre de la mise en oeuvre d'un plan social doivent être couvertes par le but de la fondation patronale (cf. consid. 2.4.2 ci-avant).

E. 4.2.1

A cet égard, l'art. 4 par. 1 let. a des statuts de la recourante prévoit que celle-ci peut intervenir non seulement lors de la survenance d'un cas de prévoyance (vieillesse, décès, invalidité), mais qu'elle peut également servir des prestations reconnues fiscalement (cf. consid. 2.3.2 ci-avant) en cas de maladie ou d'accident (cf. let. A ci-avant). L'énumération de ces motifs n'est en outre pas exhaustive, comme en atteste la locution introductive « tels que ». Toutefois, l'emploi de cette locution suppose que les situations susceptibles d'entraîner l'intervention de la recourante présentent une similarité raisonnable avec les événements précités. De l'avis du tribunal de céans, il s'agit en conséquence de retenir qu'en édictant cette disposition, la volonté du fondateur déterminante pour l'interprétation des statuts d'une fondation (cf. à cet égard ATF 108 II 393 consid. 6c et 93 II 439 consid. 2 ; arrêts du TAF A-8309/2015 précité consid. 2.3.1 et C-8383/2008 précité consid. 9.3.2) était de couvrir les événements liés à l'état de santé des employés et ayant des répercussions durables, si ce n'est définitives, sur leur capacité de travail et de gain. Cette disposition ne saurait en revanche fonder l'intervention de la recourante en cas de perte d'emploi, ni, partant, couvrir le financement, par cette dernière, des indemnités de départ litigieuses. Cette interprétation est renforcée par le fait que les statuts de la recourante prévoient expressément l'intervention de cette dernière en cas de chômage.

E. 4.2.2

En vertu de l'art. 4 par. 2 de ses statuts, la recourante peut en effet, en cas de chômage et de service militaire, allouer des prestations aux employés se trouvant dans une situation de nécessité et, de manière générale, promouvoir ou encourager toute activité présentant une utilité sociale en faveur des employés se trouvant dans le besoin (cf. let. A ci-avant). En tant qu'en l'occurrence, les indemnités litigieuses ont été octroyées à l'ensemble des employés licenciés ou qui se sont portés volontaires au départ, sans examen de la situation particulière de chacun de ceux-ci, la décision d'assumer leur financement ne saurait toutefois non plus se fonder sur cette disposition. En effet, comme le remarque l'autorité inférieure dans son mémoire de réplique (cf. p. 1), les indemnités litigieuses ont été versées indépendamment d'une situation de chômage, qui ne constitue du reste pas une condition de leur versement aux termes du plan social. D'autre part, il sied de noter que les statuts de la recourante subordonnent l'intervention de celle-ci à un état de nécessité, respectivement de besoin, de la personne concernée. Or, compte tenu des indemnités de chômage auxquels pourra prétendre la majorité des personnes licenciées se retrouvant sans emploi, on ne saurait conclure à un tel état du seul fait du licenciement, sans un examen approfondi de la situation particulière des employés concernés. Il sied de préciser ici qu'il n'est nullement question de nier le dommage économique découlant de la perte d'un emploi ; néanmoins, les conséquences en résultant seront fonction de la situation particulière de la personne considérée, notamment de son état de fortune, du montant de son dernier salaire et de ses (éventuelles) indemnités de chômage, de sa situation familiale, de son âge, ou encore de son état de santé. La diminution de revenus consécutive à un licenciement ne saurait en d'autres termes conduire dans tous les cas à l'admission d'un état de besoin, respectivement de nécessité. Si la recourante entendait servir des prestations aux employés licenciés sur la base de cette disposition, elle ne pouvait en conséquence se dispenser d'examiner la réalisation de cette condition dans chaque cas particulier. Dans ces circonstances et dès lors que les indemnités de départ versées dans le cadre du plan social n'avaient clairement pas pour fin d'améliorer ou de maintenir les prestations assurées par la Caisse de retraite et de prévoyance en faveur du personnel de l'employeur (cf. art. 4 par. 1 let. b des statuts), il s'agit de constater que leur financement n'était pas couvert par le but de la recourante. Pour cette

raison également, il apparaît que cette dernière ne pouvait assumer la prise en charge de ces indemnités.

E. 4.3

Par surabondance, on rappellera que la participation d'une fondation patronale au financement d'un plan social n'est possible, au surplus, qu'à condition que les prestations allouées aux employés dans ce cadre ne soient pas constitutives d'un retour économique à l'employeur, mais aient un caractère de prévoyance professionnelle. En particulier, comme le prévoit du reste l'art. 4 par. 3 des statuts de la recourante, les prestations en question ne sauraient consister en l'exécution d'obligations, dues contractuellement ou résultant d'un plan social, qui relèvent par nature de l'employeur, comme c'est par exemple le cas du paiement du salaire, du versement d'indemnités contractuelles ou encore d'indemnités de départ (prestations de type salarial ; cf. consid. 2.3.2 et 2.4.2 ci-avant). Or, dans le cas d'espèce, les prestations prises en charge par la recourante consistent précisément en le versement d'indemnités de départ (respectivement de licenciement) discrétionnaires. Aux termes de l'accord du 23 septembre 2009, ces indemnités ont été octroyées à tous les employés licenciés pour raison économique ou qui se sont portés volontaires au départ, sans distinction d'âge et/ou d'ancienneté et sans indication d'un quelconque but de prévoyance professionnelle. Comme le relève à propos l'autorité inférieure (cf. mémoire de réponse, p. 7), le versement de ces indemnités n'est du reste pas prévu dans le chapitre du plan social traitant spécifiquement des aspects de prévoyance professionnelle (ch. 5.5 dudit plan). Il n'est ainsi nullement établi, ni même rendu vraisemblable, que les prestations litigieuses avaient un tel but. Dans ces circonstances, et dès lors que le montant des indemnités a été fixé à un mois de salaire et que le fait de continuer à travailler durant le délai de préavis donnait en outre droit au versement d'une indemnité supplémentaire (d'un même montant), il apparaît au contraire qu'il existe une relation directe et immédiate entre, d'une part, le rapport et la prestation de travail et, d'autre part, les indemnités de départ, respectivement de licenciement, prévues par le plan social. Il s'ensuit que ces dernières ont un caractère, non de prévoyance professionnelle, mais de salaire. Leur versement, qui incombait à l'employeur, ne pouvait donc pour cette raison encore être le fait de la recourante (cf. consid. 2.3.2 et 2.4.2 ci-avant).

E. 4.4

Il suit de ce qui précède que c'est à bon droit que l'autorité inférieure, qui a pour tâche de s'assurer que le patrimoine des institutions servant à la prévoyance est utilisé conformément à sa destination et de prendre les mesures propres à éliminer les éventuelles insuffisances constatées (cf. consid. 2.2.1, 2.2.2 et 4 ci-avant), a enjoint la recourante d'exiger de l'employeur le remboursement du montant des indemnités de départ qu'elle avait versées dans le cadre de la mise en oeuvre du plan social du 23 septembre 2009.

E. 5

Dans la mesure où ils sont pertinents, il y a lieu de constater ce qui suit concernant les arguments de la recourante qui n'ont pas encore été traités.

E. 5.1

La recourante se réfère à la modification du CC du 25 septembre 2015 (cf. consid. 2.1.1 ci-avant). Elle allègue en substance que celle-ci aurait été rendue nécessaire en raison notamment des rigueurs excessives de la jurisprudence et qu'il conviendrait de tenir compte de l'évolution des conceptions et de la volonté du législateur, qui a voulu que les fondations

patronales interviennent « non seulement lors de situations individuelles difficiles (par exemple accident, décès, etc.), mais également en cas de difficultés économiques de l'entreprise pour en atténuer les effets sur le personnel (plan social, mises à la retraite anticipée, etc.) ». Aussi, les principes dégagés par le Tribunal fédéral dans son arrêt 9C_608/2014 susmentionné (cf. consid. 2.3.2 et 2.4.2 ci-avant) devraient céder le pas devant cette récente révision de la loi, entrée en vigueur le 1er avril 2016 (cf. mémoire de recours n. marg. 47 s., 55 et 62 et mémoire de réplique p. 7 s.). L'art. 89a CC a été modifié suite à l'initiative parlementaire n° 11.457 «Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle». Il ressort du texte de celle-ci (consultable ici : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20110457>), ainsi que du rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (cf. notamment FF 2014 5930), que cette modification visait à préciser dans quelle mesure les différentes dispositions énumérées dans la liste de l'ancien art. 89a al. 6 CC devaient s'appliquer aux fondations patronales à prestations discrétionnaires : certaines de ces dispositions ayant été jugées inadaptées aux particularités de ce type de fondation (absence de droit réglementaire, prestations versées à bien plaisir, absence de système d'assurance, financement non paritaire), il a été décidé de renoncer à leur application, raison pour laquelle la liste de dispositions applicables aux fonds patronaux à prestations discrétionnaires selon le nouvel art. 89a al. 7 CC est plus courte que celle de l'al. 6 visant les fondations à prestations réglementaires. Si la modification de l'art. 89a CC visait aussi à alléger le « cadre juridique » applicable aux fonds patronaux de bienfaisance pour assurer la pérennité de ceux-ci et leur permettre de « continuer de jouer leur rôle », il n'apparaît en revanche nullement contrairement à ce que la recourante laisse entendre qu'elle ait eu pour but d'étendre ce rôle afin de « formaliser » une prétendue évolution des conceptions en matière de fondation patronale de bienfaisance. En particulier, celles-ci pouvaient déjà avant cette modification intervenir « également en cas de difficultés économiques de l'entreprise, pour en atténuer les effets sur le personnel (plan social, mises à la retraite anticipée, etc.) ». En atteste le fait que le passage cité par la recourante figure dans la partie du rapport consacrée à l'état de la situation au moment de l'établissement de celui-ci, soit avant l'entrée en vigueur de la modification légale (cf. également consid. 2.3.2 ci-avant). La recourante, qui allègue dans son mémoire de réplique (cf. p. 9) que la révision du CC a entendu maintenir le versement de prestations discrétionnaires en cas de difficultés économiques de l'entreprise, semble d'ailleurs en convenir. Il n'apparaît dans ces conditions pas non plus que le législateur ait voulu rendre obligatoire l'intervention des fondations patronales de bienfaisance dans ce type de situation, comme la recourante semble le défendre, ni même qu'il ait eu l'intention d'assouplir les conditions auxquelles une telle intervention est possible. Les fonds patronaux de bienfaisance demeurent en effet soumis à la surveillance de l'autorité inférieure, qui a notamment pour tâche de contrôler que leur fortune est utilisée conformément à sa destination. Aussi, le fait que ces fonds puissent prévoir des prestations servant à la prévoyance au sens large ou à des motifs d'assistance n'autorisait en aucun cas la recourante à verser des indemnités qui n'étaient pas couvertes par ses buts statutaires et dont le paiement incombait à l'employeur. Que la recourante ait agi dans un but louable d'assistance en période de difficultés économiques, comme elle le met en avant, ne saurait en outre rien y changer (cf. consid. 2.3.2 et 2.4.2 ci-avant). L'argument de la recourante s'avère ainsi mal fondé.

E. 5.2

La recourante conteste en outre s'être substituée à une obligation de l'employeur. A cet égard, elle fait d'une part valoir que ce dernier, qui n'avait aucune obligation légale d'établir un plan social, ne se serait pas engagé à verser de telles indemnités sans la garantie préalable qu'elle en assumerait le financement. D'autre part, la recourante relève que ces indemnités ont été exonérées de cotisations AVS sur la base de l'art. 8ter du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS, RS 831.101) et ne sont donc pas comprises dans le salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10) ; partant, force serait d'admettre leur caractère d'utilité sociale (cf. mémoire de recours n. marg. 25 à 27, 39, 53 et 57 à 59 et mémoire de réplique p. 8 s.).

E. 5.2.1

Sur ce point, il s'agit d'abord de souligner que le fait que l'obligation de l'employeur résulte de la loi, du contrat de travail, d'un plan social, ou encore d'un simple engagement volontaire n'est pas relevant s'agissant du point de savoir si elle peut ou non être assumée par une fondation patronale. Aussi, en l'occurrence, il n'importe pas que l'employeur n'était pas légalement tenu d'établir un plan social, comme la recourante le fait valoir. L'on observera d'ailleurs que, même en présence d'une telle obligation, le CO ne règle pas le contenu du plan social et n'impose pas à l'employeur le paiement de prestations supplémentaires autres que celles qui sont prévues par les contrats individuels de travail (cf. consid. 2.4.1 ci-avant), de sorte que, sous réserve de la situation visée par l'art. 335j CO, les mesures consenties dans ce cadre le sont toujours sur une base négociée, c'est-à-dire volontaire. Pour autant, une fondation patronale de bienfaisance ne saurait prendre à sa charge l'entier des prestations prévues dans un plan social. A cet égard, comme on l'a vu, il s'agit d'opérer une distinction entre les prestations qui ont un caractère de prévoyance professionnelle, que la fondation peut assumer pour autant qu'elles soient par ailleurs couvertes par ses buts statutaires, et celles qui ont un caractère de salaire, pour lesquelles il n'est au contraire pas possible de se substituer à l'employeur. Est ainsi déterminante la nature intrinsèque des prestations en cause (cf. consid. 2.3.2 et 2.4.2 ci-avant). Or, on l'a vu, dans le cas d'espèce, le versement des indemnités de départ litigieuses constitue une obligation incombant par nature à l'employeur, qui ne pouvait donc être assumée par la recourante (cf. consid. 4.3 ci-avant).

E. 5.2.2

Peu importe également que la signature du plan social soit intervenue ultérieurement à la décision du conseil de fondation de financer les indemnités litigieuses et que l'employeur ne se serait pas engagé sans une telle garantie, ou encore que la recourante ait été représentée par Fabian Graber lors des négociations du plan social. Outre que ce dernier point n'est nullement établi puisqu'il apparaît que Fabian Graber est intervenu en sa qualité, non de membre de la fondation, mais de directeur de la fondatrice, et que le plan social ne fait en outre aucune mention de la recourante, les circonstances dans lesquelles l'employeur s'est engagé sont en effet sans influence sur le caractère de salaire des indemnités de départ. Il en va par ailleurs de même du fait que ces indemnités aient été versées par la recourante directement, sans passer par les comptes de l'employeur.

E. 5.2.3

N'est pas non plus décisive la circonstance que ces indemnités n'aient pas été soumises à cotisation AVS et qu'elles ne faisaient donc pas partie du salaire déterminant au sens de

l'art. 5 al. 2 LAVS. Si, en matière d'assujettissement à l'assurance obligatoire, l'art. 7 al. 2 LPP renvoie certes à cette notion, on remarquera d'abord que tel n'est pas le cas de l'art. 89a al. 7 CC. Par ailleurs, on rappellera que, par définition, font partie du salaire déterminant au sens de la LAVS toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail ; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre discrétionnaire. On considère donc comme revenu d'une activité salariée, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, telle notamment que les indemnités de départ (cf. art. 7 let. q RAVS). Celles-ci peuvent certes être exceptées du salaire déterminant dans les limites et aux conditions de l'art. 8ter al. 1 et al. 2 let. b RAVS. Cela étant elles n'en demeurent pas moins économiquement liées au contrat de travail. En d'autres termes, le fait qu'en l'occurrence, les indemnités litigieuses aient été exceptées du salaire déterminant au sens de l'art. 5 LAVS, ne signifie pas que ces indemnités n'ont pas un caractère de salaire, mais simplement que celui-ci n'est pas soumis à cotisations (cf. à cet égard ATF 137 V 321 consid. 2.1 et 2.2, 133 V 556 consid. 4, 133 V 153 consid. 3.1, 126 V 221 consid. 4a et 123 V 241 consid. 2a). Il suit de ce qui précède que les arguments de la recourante sur ce point doivent être écartés. Par abondance de motivation, on rappellera que, quand bien même il s'agirait d'admettre que les indemnités versées ont un caractère de prévoyance professionnelle, l'issue du litige ne s'en trouverait pas modifiée pour autant, dès lors qu'en tout état de cause, les versements litigieux n'étaient pas couverts par le but de la recourante (cf. consid. 4.2 ci-avant).

E. 5.3

La recourante invoque également la protection de sa bonne foi « administrative », en relation avec la légalité de ses statuts reconnue par l'autorité inférieure, ainsi que de sa bonne foi « en cas de nouvelle jurisprudence », en lien avec l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_608/2014 du 19 décembre 2014 (cf. mémoire de recours n. marg. 64 ss et 69 ss et mémoire de réplique p. 9 s.).

E. 5.3.1

Le principe de la bonne foi inscrit à l'art. 2 CC, ainsi qu'aux art. 5 al. 3 et 9 Cst. confère à chacun le droit à la protection de la confiance légitimement placée, notamment dans une assurance ou un renseignement donné par une autorité, lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies : (1) l'autorité a agi dans un cas concret et vis-à-vis d'une personne déterminée, (2) l'autorité était compétente ou censée l'être, (3) le particulier ne pouvait immédiatement se rendre compte de l'inexactitude ou de l'illégalité de l'assurance qui lui a été fournie et (4) a en outre pris sur cette base des mesures dont la modification lui serait préjudiciable ; enfin, (5) la législation applicable ne doit pas avoir été modifiée entre le moment où l'information en cause a été donnée et celui où le principe de la bonne foi a été invoqué. Il incombe à l'administré qui entend se plaindre avec succès de la violation d'une promesse d'établir la réalisation de toutes les conditions dont dépend le droit à la protection de la bonne foi (cf. ATF 143 V 95 consid. 3.6.2 et 143 V 341 consid. 5.2.1 ; arrêts du TAF A-2902/2014 du 29 août 2016 consid. 5.1 et A-4321/2015 du 9 mai 2016 consid. 3.2.1 ; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 3e éd., Berne 2013, p. 548 ss, n. 1173 ss ; Tanquerel, *op. cit.*, p. 196 s., n. 578 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, *op. cit.*, n. marg. 667 ss ; André Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. I, 1984, p. 390). Le Tribunal fédéral a par ailleurs eu l'occasion de

souligner à réitérées reprises qu'une modification de jurisprudence ne contrevient pas au droit à la protection de la bonne foi lorsqu'elle s'appuie sur des raisons objectives, telles qu'une connaissance plus exacte ou complète de l'intention du législateur, la modification des circonstances extérieures, un changement de conception juridique ou l'évolution des mœurs (cf. ATF 138 III 270 consid. 2.2.2 et 135 II 78 consid. 3.2 ; cf. également Moor et al., Droit administratif, vol. I, 2012, n° 2.1.3.2 p. 86). En principe, une nouvelle jurisprudence doit s'appliquer immédiatement et aux affaires pendantes au moment où elle est adoptée. Le droit à la protection de la bonne foi, qui découle de l'art. 9 Cst., doit néanmoins être pris en considération. Il est possible de s'inspirer, à cet égard, des règles relatives à la non-rétroactivité d'une nouvelle disposition légale, en ce sens qu'une nouvelle jurisprudence ne saurait en principe s'appliquer à des faits entièrement révolus avant son adoption (cf. ATF 142 V 551 consid. 4.1, 140 V 154 consid. 6.3.2 et 135 II 78 consid. 3.2).

E. 5.3.2

En l'occurrence, la recourante ne saurait tirer argument du fait que l'autorité inférieure n'a jamais remis en question la légalité de ses statuts. Outre que l'inaction ou le silence d'une autorité ne saurait fonder une situation de confiance en laquelle l'administré peut légitimement se fier (cf. arrêts du TAF A-2902/2014 précité consid. 5.1 et A-4321/2015 précité consid. 3.2.1), il s'agit de souligner que la conformité au droit des statuts de la recourante n'est aucunement en cause, mais qu'il est précisément reproché à la recourante d'avoir financé les indemnités litigieuses en violation de ses statuts (cf. consid. 4.2 et 4.3 ci-avant). Dans ces circonstances, il s'agit de constater que cette dernière n'a jamais reçu l'assurance qu'elle pouvait effectuer les prestations litigieuses. Partant, la condition d'un renseignement erroné ou inexacte dans lequel la recourante aurait placé sa confiance n'est dans le cas d'espèce pas remplie. Sur ce point, le grief de violation du principe de la bonne foi ne résiste donc pas à l'examen. Quant à l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_608/2014, il résulte de ses considérants que les prestations allouées par une fondation patronale ne doivent pas être constitutives d'un retour économique à l'employeur et que le fait qu'une telle fondation bénéficie d'une exonération fiscale lui impose de limiter ses buts statutaires à la seule prévoyance professionnelle (cf. consid. 6.1 de l'arrêt en question). Or, comme on l'a vu, ces principes découlent directement de la loi, à savoir de l'art. 80 al. 2 LPP et des art. 59 al. 1 let. b LIFD et 10 al. 1 let. d LHID en relation avec l'art. 81 al. 1 LPP (cf. consid. 2.3.2 ci-avant). Il n'apparaît dès lors pas que la jurisprudence susmentionnée pose de nouvelles exigences. Il résultait par ailleurs déjà de la décision de la Commission de recours du 4 avril 1997 en lien l'arrêt du Tribunal fédéral du 27 août 1998 (reproduit in : SZS 1999, p. 318 ss) que la participation d'un fonds patronal à la mise en oeuvre d'un plan social doit nécessairement reposer sur une décision du conseil de fondation, être couverte par le but de cette dernière et ne pas être constitutive d'un retour économique à l'employeur (cf. à cet égard arrêt du TAF A-5358/2015 précité consid. 2.6.2 ; cf. également consid. 2.4.2 ci-avant). Aussi, si certaines précisions ont pu être apportées dans le cadre de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_608/2014, celui-ci ne saurait en aucun cas valoir nouvelle jurisprudence ou modification de jurisprudence au sens du droit administratif (cf. en ce sens arrêts du TAF A-6777/2013 du 9 juillet 2015 consid. 2.5.2 et références citées ; cf. également ATF 140 II 334 consid. 8). Partant, la recourante ne saurait se prévaloir utilement d'un quelconque droit à la protection de sa bonne foi « en cas de nouvelle jurisprudence ». Il n'est finalement pas relevant, sous l'angle du principe de la bonne foi, que la recourante, comme elle le prétend, eusse pu mettre en oeuvre une autre procédure, à savoir la prise en charge des cotisations de l'employeur durant un temps suffisamment long, pour aboutir à un

résultat socialement et économiquement identique. A la suite de l'autorité inférieure (cf. mémoire de duplique, p. 10 s.), il s'agit de noter qu'il est au demeurant fortement douteux qu'un tel procédé eut en l'état été jugé admissible aux regard du but de la recourante (cf. à cet égard arrêt du TF 9C_707/2014 du 15 avril 2015 consid. 4.2.2, aux termes duquel la fortune d'une fondation patronale ne peut être utilisée comme réserve de cotisations de l'employeur que pour autant que le but de la fondation l'autorise). Le moyen tiré du droit à la protection de la bonne foi ne résiste ainsi pas à l'examen.

E. 5.4

La recourante fait enfin valoir qu'elle ne dispose pas de prétentions civiles à l'encontre de l'employeur. En particulier, les conditions de la restitution de l'indu ne seraient pas réunies, dès lors que la cause du versement est fixée par ses statuts, que l'employeur n'a en outre pas été enrichi et qu'une éventuelle action pour cause d'enrichissement illégitime serait en tout état de cause prescrite. Aussi, le fait de la contraindre à engager des frais importants pour un procès civil perdu d'avance constituerait un usage non-conforme de sa fortune (art. 84 al. 2 CC) et serait en outre inopportun (cf. mémoire de recours n. marg. 60 s et 78 ss et mémoire de réplique p. 10).

E. 5.4.1

Sur ce point, il sied au préalable de rappeler que le litige a pour objet la décision de l'autorité inférieure du 3 mai 2016, que cette dernière a rendue en sa qualité d'autorité de surveillance de la recourante. Cette surveillance ne s'exerce pas à l'égard de l'employeur, qui n'est du reste pas partie à la procédure. L'autorité inférieure n'a, partant, pas le pouvoir de prendre des mesures à son encontre. En particulier, il ne saurait être question de lui imposer le remboursement des montants que la recourante a versés dans le cadre de la mise en oeuvre du plan social du 23 septembre 2009. La présente procédure administrative ne tend ainsi pas à déterminer si la recourante dispose contre l'employeur d'une prétention civile en remboursement de ces montants. La question de la réalisation des conditions de la répétition de l'indu dépasse par conséquent l'objet du litige, lequel il faut le souligner tend simplement à déterminer si la recourante pouvait, ou non, prendre à sa charge le financement des indemnités litigieuses (cf. consid. 4 ci-avant). Dès lors que tel n'est pas le cas, comme on l'a vu (cf. consid. 4.1 à 4.3 ci-avant), il était en outre du devoir de l'autorité inférieure d'intervenir en vue de rétablir une situation conforme au droit (cf. consid. 2.2.2 et 4.4 ci-avant).

E. 5.4.2

Concernant ensuite l'efficience des mesures prises par l'autorité inférieure, l'on observera que celles-ci doivent être « propres à éliminer les insuffisances constatées ». Cette exigence, qui résulte directement de la loi (cf. consid. 2.2.2 ci-avant), découle également du principe de la proportionnalité consacré à l'art. 5 al. 2 Cst., qui commande notamment que toute mesure étatique soit apte à atteindre le but visé (règle de l'aptitude) et, en outre, qu'elle soit raisonnable pour la personne concernée (cf. notamment ATF 140 I 257 consid. 6.3.1 et 140 II 194 consid. 5.8.2). On ne saurait toutefois exiger que l'aptitude de la mesure proposée confine à la certitude absolue ; il suffit en effet que, sur la base de motifs objectifs, elle apparaisse raisonnablement susceptible de produire le résultat escompté. Dans le cadre du présent arrêt, il n'y a dès lors pas lieu de se livrer à un examen préjudiciel détaillé des conditions de la répétition de l'indu ; il s'agit uniquement d'évaluer si, à première vue, une action civile pour cause d'enrichissement illégitime présente des chances raisonnables de

succès. Or, à cet égard, il apparaît en premier lieu que dans la mesure où, contrairement à la prémisse de la recourante, la décision de lui faire supporter les indemnités litigieuses était contraire à ses statuts (cf. consid. 4.2 et 4.3 ci-avant), on ne saurait d'emblée écarter que les versements en cause aient été opérés sans cause légitime au sens de l'art. 62 al. 1 CO (cf. également consid. 4.1 i.f. ci-avant). Il n'est en second lieu pas du tout certain, comme la recourante le prétend, que l'employeur n'ait pas été enrichi au sens de cette disposition. Il sied en effet de rappeler que l'enrichissement peut se produire tant par une augmentation (*lucrum emergens*) que par une non-diminution (*damnum cessans*) du patrimoine et consister, soit en un accroissement de l'actif ou en une diminution du passif, soit en une non-diminution des actifs ou en une non-augmentation des passifs (cf. ATF 143 II 37 consid. 8.4.1 133 V 205 consid. 4.7, 129 III 646 consid. 4.2 et 100 IV 104 consid. 3 ; Benoit Chappuis, in : Thévenoz/Werro [édit.], CR CO I, n° 4 s. ad art. 62 CO). Une attribution directe de l'appauvri à l'enrichi n'est en outre pas exigée : l'enrichissement peut également résulter d'une attribution indirecte, faite par ou en faveur d'un tiers dans le cadre de rapports juridiques multipartites (cf. arrêt du TF 5C.51/2004 du 28 mai 2004 consid. 7.1 ; cf. également Chappuis, op. cit., n° 68 ad art. 62 CO). Partant, il importe peu qu'en l'occurrence, les montants en cause aient été versés directement aux employés concernés, sans transiter par les comptes de l'employeur. Il s'agit plutôt de déterminer si, en prenant à sa charge les indemnités litigieuses, la recourante a, ou non, acquitté une dette de l'employeur. Or, étant donné que le plan social du 23 septembre 2009, qui ne fait aucune mention de la recourante s'agissant du financement des mesures d'accompagnement qu'il prévoit, a été conclu et signé par l'employeur, il apparaît que c'est bien ce dernier, et lui seul, qui s'est engagé à verser les indemnités de départ litigieuses et qui, selon toute vraisemblance, devrait en être considéré comme le débiteur sur le plan du droit civil (cf. également consid. 2.4.1 et 4.1 ci-avant). Attendu finalement que dans le cadre de la présente procédure, la recourante conteste disposer d'une créance en restitution contre l'employeur, l'on peut logiquement se demander si cette dernière a connaissance de son droit de répétition au sens de l'art. 67 al. 1 CO. On rappellera à cet égard que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le délai ne commence à courir que lorsque le créancier a acquis un tel degré de certitude sur les faits qui fondent son droit à répétition que l'on peut raisonnablement attendre de lui qu'il ouvre action : la certitude relative au droit de répétition suppose notamment la connaissance de l'absence de cause du déplacement patrimonial (cf. ATF 129 III 503 consid. 3.4 et 127 III 421 consid. 4b ; arrêt du TF 4A_267/2011 du 29 juin 2011 consid. 2.3.1 ; cf. également Chappuis, op. cit., n° 4 ad art. 67 CO). Dans ces conditions et dès lors que, par ailleurs, le délai de prescription absolue de 10 ans prévu par cette disposition ne serait pas échu s'agissant de paiements opérés semble-t-il entre le 3 septembre 2009 et le 8 mars 2010, il n'est pas acquis qu'une éventuelle créance en restitution serait en tout état de cause prescrite, comme la recourante le fait valoir. Ainsi, sans préjuger de l'issue d'une éventuelle action civile, on ne saurait *prima facie* raisonnablement exclure que la recourante puisse réclamer avec succès le remboursement des indemnités litigieuses sur la base des art. 62 ss CO. Pour cette raison déjà, l'injonction faite à cette dernière d'exiger de l'employeur le remboursement des montants en cause doit être considérée comme propre à éliminer les insuffisances constatées. On observera également, en passant, que les coûts relatifs à un éventuel procès-civil doivent être appréhendés en relation avec la somme qui est en jeu, à savoir près de 240'000 francs, ainsi qu'avec le risque de retrait de l'exonération fiscale et le coût qui en résulterait pour la recourante. Dans ces conditions et vu ce qui précède, il ne semble pas que de tels coûts

soient disproportionnés ni, partant, que l'on ne puisse raisonnablement exiger de la recourante qu'elle intente une action civile en vue d'obtenir la restitution des montants litigieux (cf. ci-avant), pour autant bien sûr que cela s'avère nécessaire.

E. 5.4.3

Car il y a plus. Si l'injonction faite à la recourante d'exiger de l'employeur le remboursement des versements qu'elle a effectués peut, le cas échéant, impliquer l'obligation d'agir en justice contre celui-ci afin de l'y contraindre, elle ne le commande pas nécessairement. Le courrier que l'employeur a adressé à la recourante pour lui signifier son « opposition catégorique » à la décision du 3 mai 2016, ainsi qu'à d'éventuelles prétentions en restitution, doit en effet être replacé dans son contexte, à savoir celui de la préparation d'un recours contre la décision de l'autorité inférieure du 3 mai 2016. Dans ces circonstances, l'on ne saurait exclure que l'idée sous-jacente était d'appuyer ce recours, c'est-à-dire de fournir un argument à la recourante dans le cadre de la présente procédure. Il convient donc de relativiser la portée de ce courrier. Aussi, comme l'autorité inférieure le remarque à raison (cf. mémoire de réponse, p. 11 s.), il n'est pas inconcevable que, suite au prononcé du présent arrêt et afin notamment d'éviter des frais supplémentaires ainsi qu'un retrait de l'exonération fiscale, l'employeur accède de lui-même à une demande de remboursement, en dehors de toute procédure judiciaire. Ce d'autant que selon les déclarations de la recourante, « l'entreprise et la holding propriétaire ont largement quitté la situation de crise initiale ». Indépendamment des chances de succès d'une éventuelle action civile, la mesure prise à l'encontre de la recourante apparaît ainsi propre à atteindre le but visé. Partant, le recours doit également être écarté sur ce point.

E. 5.4.4

S'agissant par ailleurs du grief d'inopportunité soulevé par la recourante, le tribunal de céans ne voit pas et la recourante ne le dit pas non plus quelle autre mesure aurait en l'occurrence été plus apte à produire le résultat escompté, à savoir obtenir la restitution des montants en cause en vue de leur affectation au but de prévoyance de la recourante (cf. consid. 1.3 ci-avant). Quoi qu'il en soit, l'on rappellera que si en règle générale, le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral s'étend certes également à l'opportunité de la décision attaquée, tel n'est toutefois pas le cas en l'occurrence : dans la mesure où, dans le cadre de ses tâches de surveillance, l'autorité inférieure est tenue de respecter la marge discrétionnaire des organes de la recourante (cf. consid. 2.2.2 i.f. ci-avant), le pouvoir de l'autorité de céans dans la présente procédure de recours se limite en effet, en dérogation à l'art. 49 let. c PA, à un simple contrôle du droit (cf. consid. 1.3 ci-avant). L'argument de la recourante est ainsi mal fondé.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent le Tribunal administratif fédéral à rejeter le recours. Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, d'un montant de 4'000 francs, sont mis à la charge de la recourante, en application de l'art. 63 al. 1 PA et des art. 1 ss du Règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2). L'autorité de recours impute, dans le dispositif, l'avance de frais déjà versée, d'un montant équivalent. Une indemnité à titre de dépens n'est allouée ni à la recourante (art. 64 al. 1 PA a contrario, respectivement art. 7 al. 1 FITAF a contrario), ni à l'autorité inférieure (art. 7 al. 3 FITAF). (Le dispositif de l'arrêt se trouve à la page suivante.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.