

# **BVGer C-2202/2009 vom 29. September 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-09-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-2202\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2202_2009)

FR: TAF C-2202/2009 du 29 septembre 2010

IT: TAF C-2202/2009 del 29 settembre 2010

## **Regeste**

Liquidation (partielle) des institutions de prévoyance

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Sous réserve des exceptions - non réalisées en l'espèce - prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral (TAF), en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par les autorités de surveillance des institutions de prévoyance peuvent être contestées devant le TAF conformément à l'art. 33 let. i LTAF en combinaison avec 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).

### **E. 1.2**

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

### **E. 1.3**

Les requérants ont pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, sont spécialement touchés par la décision attaquée et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 48 al. 1 PA). Ils ont, partant, qualité pour recourir.

### **E. 1.4**

Dans la mesure où le recours a été introduit dans le délai et la forme prescrits (art. 52 PA), l'avance de frais versée dans le délai imparti (art. 63 al. 4 PA), il est entré en matière sur le fond du recours.

## **E. 2**

Les requérants peuvent 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: ce grief ne peut être invoqué lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA).

## **E. 3**

En l'espèce, le litige porte sur les mesures de surveillance adoptées par le Service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle à l'encontre du Conseil de fondation du Fonds patronal en faveur du Groupe X. \_\_\_\_\_ SA. Par décision du 5 mars 2009, l'autorité de surveillance a constaté, d'une part, que des rentes, avaient été indûment

reconnues à deux membres du Conseil de fondation avaient été payées et devaient être restituées et, d'autre part, que les membres du Conseil de fondation devaient être révoqués.

#### **E. 4**

Selon l'art. 62 LPP, l'autorité de surveillance s'assure que l'institution de prévoyance ainsi que l'institution qui sert à la prévoyance se conforment aux prescriptions légales; en particulier: a. elle vérifie la conformité des dispositions réglementaires avec les prescriptions 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 conformément aux art. 65a et 86b al. 2; cette procédure est en principe gratuite pour les assurés.

#### **E. 5.1**

Les recourants contestent que le versement des rentes à deux membres du Conseil de fondation soit illégitime. Ils font préalablement valoir que l'autorité de surveillance n'a pas la compétence formelle pour statuer en la matière.

#### **E. 5.2**

Pour trancher cette question, il est utile de rappeler que la fondation en question n'est pas une institution de prévoyance au sens de l'art. 48 LPP - participant à l'application du régime de l'assurance obligatoire - mais un fonds patronal. En effet, le Fonds patronal en faveur du Groupe X. \_\_\_\_\_ SA n'est pas inscrit dans le registre de la prévoyance professionnelle. Il n'a pas pour but de verser des prestations réglementaires auxquelles les bénéficiaires auraient un droit lors de la survenance d'un cas de prévoyance, mais plutôt d'offrir des prestations discrétionnaires. Il a en outre été financé exclusivement par la fortune et les cotisations de la fondatrice (cf. art. 2 et 3 des statuts). En ces circonstances, selon les critères de la jurisprudence, il s'agit d'un fonds purement patronal (arrêts 9C\_193/2008 du 2 juillet 2008 consid. 3.2 et B 81/00 du 8 août 2001 consid. 3c du Tribunal fédéral et réf. cit.).

#### **E. 5.3**

Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité - ce qui est le cas du Fonds patronal en faveur du Groupe X. \_\_\_\_\_ SA - sont soumises à la réglementation des art. 73 et 74 LPP, en vertu de l'art. 89bis al. 6 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210). Le fait que le fonds n'a plus réellement d'activité et qu'il ne reçoive plus de financement depuis de nombreuses années ne saurait l'exclure du champs d'application de l'art. 89bis al. 6 CC (arrêt C-2365/2006 du 19 février 2008 consid. 3.3 du TAF et réf. cit.). Les art. 73 et 74 LPP définissent le contentieux en matière de prévoyance professionnelle, mais aussi les compétences des autorités appelées à statuer en la matière. D'une part, selon l'art. 73 LPP, chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (al. 1). Les décisions des tribunaux cantonaux peuvent être déférées au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public. D'autre part, les décisions que les autorités de surveillance prennent sur la base de l'art. 62 LPP peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral par le biais de l'art. 74 LPP. Il s'agit de deux voies de droit bien distinctes, en ce sens que la compétence des tribunaux cantonaux exclut celle des autorités de surveillance et inversement (ATF 130 V 80, 128 II 386 et 122 V 320, arrêt B

6/05 du 25 juillet 2005 du Tribunal fédéral consid. 4). En d'autres termes, les contestations opposant un ayant droit à une institution de prévoyance au sujet d'une prestation individuelle d'assurance doivent suivre la procédure prévue à l'art. 73 LPP ou être portées devant le juge civil si l'institution est un fonds purement patronal, comme c'est le cas en l'espèce (arrêt du Tribunal fédéral B 81/00 du 8 août 2001 consid. 3c; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, éd. Schultess, Zurich/Bâle/Genève 2005, chiffre 1638). Il découle de ce système judiciaire que le point de savoir si une personne a droit à une prestation d'un fonds patronal ou si elle remplit les critères adoptés dans un plan de répartition suite à une liquidation de l'institution est une question qui ne peut être examinée ni par l'autorité de surveillance ni par le Tribunal administratif fédéral dans le cadre du contentieux défini par l'art. 74 LPP. Les griefs concernant un plan de répartition doivent en revanche être invoqués dans le cadre de l'art. 74 LPP (arrêt du Tribunal fédéral B 6/05 du 25 juillet 2005 consid. 5.2).

#### **E. 5.4**

En l'espèce, l'autorité de surveillance a constaté dans le premier point du dispositif de la décision querellée que les rentes versées à A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ étaient illégales et devaient dès lors être restituées. À noter que le Fonds patronal, à ce jour, n'a pas adopté de règlement concernant le versement de prestations ou sa liquidation, ni de plan de répartition de la fortune. À la lumière des considérations exposées ci-dessus, le Tribunal de céans estime que l'autorité de surveillance n'avait pas la compétence pour se prononcer sur le bien-fondé de ces versements. En affirmant explicitement que " les rentes versées à Madame A.\_\_\_\_\_ et à Monsieur B.\_\_\_\_\_ ont été indûment attribuées et doivent être restituées au Fonds patronal en faveur du Groupe X.\_\_\_\_\_ ", elle s'est en effet prononcée sur une contestation relative à des prétentions individuelles opposant des ayants droit à une institution de prévoyance. Or, étant donné le caractère purement patronal du fonds, cette compétence relève du tribunal civil. Pour entrer dans le cadre de ses compétences, l'autorité de surveillance aurait dû se limiter à examiner la question dans le cadre de l'art. 84 al. 2 CC, aux termes duquel l'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. Dans ce contexte, l'autorité de surveillance peut retenir que des rentes ont été versées à tort mais ne peut pas encore décider qu'un assuré déterminé n'a pas droit à une prestation de la fondation. Si des doutes existent sur le bien-fondé du versement des rentes, l'autorité de surveillance peut inviter le Conseil de fondation à saisir le juge civil et faire ouvrir une action en restitution.

#### **E. 5.5**

Il découle de ce qui précède que la teneur du premier chiffre du dispositif de la décision du 5 mars 2009, qui indique explicitement que les rentes doivent être restituées, est contraire au droit fédéral. Il doit donc être annulé. Une action en restitution reste en revanche réservée comme on le verra par la suite.

#### **E. 6.1**

Les recourants contestent en outre leur révocation du Conseil de fondation et demandent leur réintégration (chiffre 2 et suivants du dispositif de la décision attaquée). Ils font d'abord valoir que la décision de les révoquer était contraire au principe de la proportionnalité. A leur avis en effet, le paiement des rentes en faveur de A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ a été arrêté déjà le 1er octobre 2007 et, au moment de rendre la décision du 5 mars 2009, il n'y avait ainsi plus aucune nécessité d'intervenir. Ensuite, l'autorité de surveillance aurait sans raison

attendu plus d'une année avant de rendre une décision et ainsi violé le principe de la célérité ainsi que celui de la bonne foi, dans la mesure où pendant longtemps elle ne s'est pas clairement prononcée contre la légalité des versements des rentes. Les recourants, enfin, invoquent une violation de leur droit d'être entendus.

## **E. 6.2**

Parmi les mesures à disposition de l'autorité de surveillance pour éliminer les insuffisances constatées au sens de l'art. 62 al. 1 let. d LPP, la doctrine et la jurisprudence distinguent entre mesures préventives et répressives. L'autorité de surveillance peut, à titre de mesures préventives, surveiller le placement des biens et donner des instructions sur ce point; elle peut ordonner la rectification des actes incompatibles avec le but de la fondation et assortir sa décision de la menace de sanctions pénales (ATF 101 Ib 231, 100 Ib 137, 99 Ib 255). Pour ce faire, entre autres moyens, elle exige de l'institution de prévoyance et de l'institution qui sert à la prévoyance un rapport annuel, notamment sur leur activité, elle prend connaissance des rapports de l'organe de révision et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, et elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (art. 62 al. 1 let. b à d LPP; Christina Ruggli in: Jacques-André Schneider et alii, LPP et LFLP, Berne 2010, art. 62 n° 9 ss). La tâche de l'autorité de surveillance nécessite une collaboration active des institutions de prévoyance qui se doivent d'adresser les documents requis par leur contrôle et de répondre aux demandes d'informations dans les délais impartis sans se faire solliciter à répétition reprises par voie de rappels et sommations, actes administratifs qui, rendus à répétition, alourdissent d'une manière intolérable l'activité de surveillance (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral C-1511/2009 du 8 septembre 2010 consid. 5.1, C-2834/2007 du 5 mai 2008 consid. 5.1 et C-2410/2006 du 5 avril 2007 consid. 5.1). Les mesures répressives ont pour but de rétablir une situation conforme à la loi, alors que les mesures préventives, par un contrôle régulier de l'activité de l'institution de prévoyance, doivent empêcher des décisions contraires à la loi ou aux statuts et règlements. À titre de mesure répressive, l'autorité de surveillance peut ainsi sommer les organes de l'institution de prévoyance de se conformer à la loi, statuts et règlements, émettre des directives ou leur imposer des charges, annuler ou modifier des décisions ou des mesures des organes de la fondation, révoquer et nommer un nouvel organe du Conseil de fondation, nommer un liquidateur ou un curateur, même provisoirement, et mettre les coûts de ces mesures à charge de la fondation. L'énumération de ces mesures n'est pas exhaustive (sur ces questions, voir entre autres: Isabelle Vetter-Schreiber, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zurich 1996, p. 61; Hans Michael Riemer / Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2e éd., Berne 2000, p. 31 et suivants). L'autorité de surveillance, dans le cadre des mesures répressives, peut intervenir à l'encontre d'une institution de prévoyance seulement s'il y a une violation des dispositions légales, statutaires ou réglementaires. Un examen plus large de l'activité de l'institution de prévoyance par l'autorité de surveillance constitue une violation du principe de l'autonomie de la fondation (ATF 112 II 97 consid. 2, p. 471 consid. 2; Isabelle Vetter-Schreiber, op. cit., p. 65, Carl Helbling, Personalvorsorge une BVG, 7e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 556). L'autonomie des organes d'un fonds patronal est en principe encore plus grande que celle d'une institution de prévoyance qui sert des prestations réglementaires. En d'autres termes, dans le cas d'un fonds patronal, l'autorité de surveillance ne peut intervenir que si l'institution de prévoyance a commis un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation ou s'est abstenue de l'exercer pleinement (arrêt 9C\_101/2008 du 26 février 2009 du Tribunal fédéral consid. 6.1). La révocation de

l'intégralité du Conseil de fondation et son remplacement par un commissaire constitue une mesure répressive qui empiète fortement sur l'autonomie d'une fondation et ne saurait constituer en quelque sorte qu'une " ultima ratio " (Isabelle Vetter-Schreiber, op. cit., p. 69; Christina Ruggli, in Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, éd. Stämpfli, Berne, 2010, Art. 62, n° 20; Hans-Ulrich Stauffer, op. cit. 1619). Avant d'adopter une telle mesure, l'autorité de surveillance doit donc toujours se poser la question de savoir si le même but ne peut être atteint par une mesure moins contraignante. En ce cas, c'est la mesure la moins contraignante qui devrait être adoptée (pour un exemple voir l'arrêt du TAF C-6709/2007 du 23 octobre 2009).

### **E. 6.3**

Selon le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 [RS 101]), qui joue un rôle très important dans ce contexte compte tenu de la large autonomie du Conseil de fondation, la mesure de révocation d'un membre du Conseil de fondation doit être propre à atteindre le but fixé par la loi et apparaître nécessaire et suffisante à cette fin (sur la portée de ce principe dans la prévoyance professionnelle voir l'ATF 130 V 376 consid. 6.4).

#### **E. 6.4.1**

L'autorité de surveillance expose que les membres du Conseil de fondation présentent un conflit d'intérêts avec le but de la fondation et qu'il est nécessaire de les remplacer pour sauvegarder la fortune du Fonds patronal. Elle invoque le fait que d'autres personnes pourraient avoir droit à une participation à la fortune du Fonds patronal, ce qui démontrerait que le Conseil de fondation, en réservant ses élargissements exclusivement à deux personnes, violerait aussi le principe de l'égalité de traitement. La fortune serait en outre rapidement épuisée, le financement des rentes n'étant pas assuré. Les frais bancaires seraient en outre très élevés (du fait d'une garantie bancaire en faveur du Groupe X. \_\_\_\_\_ SA), ce qui prouverait une fois de plus le manque d'indépendance des membres du Conseil de fondation.

#### **E. 6.4.2**

Il est indéniable que le versement de rentes à un membre du Conseil de fondation n'est pas la règle et que la légalité de ce versement doit être vérifiée attentivement par l'autorité de surveillance dans le cadre des mesures préventives de contrôle. Le grief relatif à la légitimité des rentes ne peut cependant être examiné par le Tribunal de céans que dans le cadre de l'art. 84 al. 2 CC ou, éventuellement, dans le cadre de la liquidation du Fonds lors de l'examen du plan de répartition, qui fait défaut en l'espèce. On ne peut, en outre, exclure a priori qu'un membre du Conseil de fondation ne remplisse pas les conditions pour avoir droit à une prestation du Fonds patronal, ni qu'il ne puisse pas participer à un plan de répartition des fonds libres (SVR 2001 BVG n° 14 consid. 5). L'autorité de surveillance l'admet d'ailleurs dans la duplique du 25 février 2010 lorsqu'elle affirme qu'elle ne conteste pas en tant que telle la qualité de destinataires de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ (p. 2). Le Tribunal de céans relève toutefois que, dans la présente espèce, le Conseil de fondation est justement composé des membres qui ont bénéficié de versements de rentes et que ceux-ci n'ont dès lors logiquement aucun intérêt à ouvrir une action en remboursement à leur détriment. Il a au demeurant été constaté qu'outre les membres du Conseil de fondation, l'époux de A. \_\_\_\_\_ avait également profité du versement de rentes. Au jour de la décision querellée, le versement des rentes avait certes déjà cessé; l'arrêt des versements a

d'ailleurs été confirmé par l'organe de contrôle. Il n'en demeure pas moins que le Conseil de fondation a fait cesser lesdits versements seulement après avoir reçu les courriers des 11 octobre 2006, 20 juin et 18 septembre 2007 et après que les rapports des 28 août et 28 septembre 2006 de l'organe de contrôle avaient émis des réserves aux exercices 2005 et 2006 concernant la légitimité de ces versements. Par ailleurs, le fait que les membres du Conseil de fondation s'opposent encore aujourd'hui au remboursement de ces paiements est tout à fait significatif du conflit existant. Le Tribunal de céans partage l'opinion de l'autorité inférieure et considère ainsi que le conflit d'intérêts est en l'espèce patent et d'une importance non négligeable. Reste à voir si la révocation des membres du Conseil de fondation consiste dans une mesure répressive proportionnée à l'ampleur du conflit et des risques que celui-ci engendre.

#### **E. 6.4.3**

En l'espèce, la révocation apparaît proportionnée parce que, non seulement la suspension des versements des rentes est intervenue après deux sommations et les réserves de l'organe de contrôle, mais également parce que l'autorité de surveillance n'avait pas à disposition d'autres mesures pour s'assurer que la fortune soit sauvegardée et que le Conseil de fondation entreprenne les mesures nécessaires pour demander le remboursement des rentes versées. L'autorité de surveillance ne pouvait pas non plus s'attendre à ce que le Conseil de fondation procède à la liquidation du Fonds patronal et établisse un plan de répartition de la fortune conformément à son but statutaire. Une autre mesure moins contraignante, comme par exemple la privation du droit de signature ou l'émission d'une directive, n'aurait jamais pu mettre un terme à ce conflit. En effet, seule une personne extérieure, un commissaire, peut être à même d'assumer la tâche d'ouvrir une action en remboursement en toute indépendance. En résumé, force est de constater que la révocation de la totalité du Conseil de fondation du Fonds patronal se révèle proportionnée, du fait que le paiement des rentes à deux membres du Conseil de fondation a été suspendu tardivement et que d'autres mesures moins contraignantes n'auraient pas permis à l'autorité de surveillance d'atteindre le but d'employer les biens du Fonds patronal conformément aux statuts. La nomination d'un commissaire se révèle en ces circonstances comme la seule mesure apte à sauvegarder les intérêts du Fonds.

#### **E. 6.4.4**

Les recourants ont encore fait valoir que la décision de révocation est intervenue le 5 mars 2009, alors que le dossier de la cause à l'examen de l'autorité de surveillance n'a pas évolué de manière significative après la remise des comptes annuels 2006 le 11 novembre 2007, la remise des comptes annuels 2007 le 15 décembre 2008 n'ayant fait que confirmer la situation existante. Ce laps de temps, entre novembre 2007 et mars 2009, contredirait à leur avis l'urgence propre à la révocation immédiate du Conseil de fondation. Cet argument ne saurait être suivi par le Tribunal de céans. En effet, le conflit d'intérêt est toujours présent et n'a pas été résolu. L'autorité inférieure a certes tardé à décider de révoquer les membres du Conseil de fondation, mais cet état de fait ne change rien aux motifs de la révocation, à sa justification et, surtout, à sa nécessité. Ce grief ne résiste donc pas à l'examen.

#### **E. 6.4.5**

Les recourants invoquent également une violation du droit d'être entendu. Ils n'ont en effet pas été avertis préalablement qu'ils allaient être révoqués s'ils n'obtempéraient pas aux injonctions de l'autorité de surveillance. Or, en principe, il n'y a pas de violation du droit

d'être entendu si une personne a pu avoir connaissance des tenants et aboutissants de la décision par des communications qui sont intervenues avant la notification de la décision. En effet, le droit d'être entendu ne confère pas le droit de s'exprimer sur le contenu de la décision mais de prendre position sur les faits juridiquement déterminants (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_846/2009 du 5 février 2010 consid. 3.3). Une sommation plus explicite n'aurait au demeurant pas eu vocation à supprimer le conflit d'intérêts existant ou empêché la nomination d'un commissaire chargé de sauvegarder les intérêts du Fonds patronal. Cet ultime grief doit dès lors à son tour être écarté.

#### **E. 6.5**

Les chiffres 2 et suivants du dispositif de la décision du 5 mars 2009 doivent donc être confirmés. Le recours se révèle, partant, infondé sur ces points.

#### **E. 7**

Compte tenu de ce qui précède, le recours du 3 avril 2009 doit être partiellement admis et la décision du 5 mars 2009 du Service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle réformée en ce sens que le chiffre 1 est annulé. Le recours est rejeté pour le surplus et les autres points de la décision attaquée sont confirmés.

#### **E. 8.1**

En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, aucun frais de procédure ne peut être mis à la charge d'une autorité inférieure. En l'occurrence, vu l'issue de la procédure, les frais de procédure à charge des recourants sont réduits et peuvent être fixés à Fr. 1'500.-. Compte tenu de l'avance de frais de Fr. 2'500.- fournie par les recourants, le solde de Fr. 1'000.- leur est remboursé.

#### **E. 8.2**

En vertu de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. En l'espèce, les recourants ont agi, dans un premier temps, sans recourir aux services d'un représentant. Dès le stade de la réplique, ils se sont adressés à un avocat, ce qui s'est révélé nécessaire. Une indemnité de dépens réduite de Fr. 1'000.- (TVA comprise) est ainsi allouée aux recourants.

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