

BVGer C-5282/2010 vom 2. Dezember 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-12-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5282_2010

FR: TAF C-5282/2010 du 2 décembre 2011

IT: TAF C-5282/2010 del 2 dicembre 2011

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 de céans, 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 l'autorité inférieure ordonnant et approuvant les règlements des institutions de prévoyance professionnelle ou qui servent à la prévoyance professionnelle au sens de l'art. 61 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40) peuvent être contestées devant ce Tribunal conformément à l'art. 33 let. i LTAF en combinaison avec l'art. 74 al. 1 LPP.

E. 1.2

La recourante conteste en premier lieu la compétence du Tribunal administratif fédéral de connaître de ce litige. Elle fait en particulier valoir qu'elle n'est pas une institution servant à la prévoyance professionnelle au sens de l'art. 61 LPP. Cette question sera donc examinée en premier dans le considérant ci-après.

E. 2.1

Le droit des fondations, qui sont des masses de biens affectés à un but spécial ayant la personnalité juridique (art. 52 et 80 du Code civil du 10 décembre 1907 [CC, RS 210]), est principalement régi, d'une part, par les art. 52 ss CC énonçant des règles générales applicables à toutes les personnes morales, dont, spécialement en référence à la présente cause, l'art. 58 CC énonçant leur mode de liquidation, et, d'autre part, par les art. 80 ss CC régissant spécifiquement les fondations.

E. 2.2

Au nombre des fondations, celles en faveur du personnel constituées en vertu de l'art. 331 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220), sont spécialement régies par l'art. 89bis CC. Elles sont distinctes de celles au but plus étroit énoncé à l'art. 89bis al. 6 CC s'étendant au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité et de celles inscrites au registre de la prévoyance professionnelle au sens de l'art. 48 LPP. L'art. 89bis CC énonce des modalités d'organisation et de gestion et des droits spécifiques des destinataires (al. 2-5), en l'occurrence les travailleurs / retraités ou leurs ayants droit d'une ou de plusieurs entreprises en vertu d'un rapport de travail (art. 319 ss CO) actuel ou passé.

Selon l'al. 6 de l'art. 89bis CC les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants, et invalidité sont outre les art. 52 ss et 80 ss CC régies par plusieurs dispositions de la LPP exhaustivement énumérées dont entre autres, intéressant la présente cause, celles du chiffre 1 sur la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33a, 33b), du chiffre 9 sur la liquidation partielle ou totale (art. 53b à 53d), du chiffre 12 sur la surveillance (art. 61, 62 et 64) et du chiffre 19 sur le contentieux (art. 73 et 74).

E. 2.3

Les fondations en matière de prévoyance professionnelle (voir Hans-Michael Riemer / Gabriella Riemer Kafka, *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, 2ème éd. Berne 2006, § 2 n° 7 ss; Carl Helbling, *Personalvorsorge und BVG*, 8ème éd. Berne 2006, p. 87 ss, Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, Zurich 2009, n° 1288 ss; Jacques-André Schneider in: Jacques-André Schneider / Thomas Geiser / Thomas Gächter, *LPP et LFLP*, Berne 2010, Intro n° 208 ss; Pierre-Yves Greber / Bettina Kahil-Wolff / Gihislaine Frésard-Fellay / Romolo Molo, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Vol. 1, Berne 2010, p. 311 ss) se subdivisent en fonction de leur couverture, de leur prestations et de leur enregistrement ou non au registre de la prévoyance professionnelle selon l'art. 48 LPP. Les institutions appliquant la couverture légale de la LPP doivent être inscrites au registre et sont soumises au droit des fondations et à la LPP. Les institutions offrant des prestations supérieures à la LPP, dites institutions enveloppantes, sont soumises pour la part obligatoire à la LPP et pour la part infra et surobligatoire aux dispositions de la LPP énumérées à l'art. 49 al. 2 LPP, elles sont inscrites au registre. Les institutions limitées à la part infra et surobligatoire offrant des prestations réglementaires sont soumises à l'art. 89bis CC, dont son al. 6. Cette disposition reprend largement le catalogue de l'art. 49 al. 2 LPP mais non notamment l'art. 51 LPP prévoyant une participation paritaire employeur / employés à l'administration de l'entité (voir Schneider in: *LPP et LFLP*, Intro n° 208-210). Les institutions de prévoyance sont selon leur organisation (semi-)autonomes, collectives ou communes ou encore de droit public (cf. Schneider, loc.cit. n° 211-215). Toutes ces institutions sont expressément soumises à la surveillance instituées par les art. 61, 62 et 64 LPP et aux modalités de contentieux des art. 73 et 74 LPP.

E. 2.4.1

Bon nombre d'entreprises ont constitué, en marge des institutions de la prévoyance professionnelle selon la LPP ou enveloppantes et en marge des institutions assujetties à l'art. 89bis al. 6 CC couvrant réglementairement uniquement les parts infra et surobligatoires, des fondations de prévoyance en faveur du personnel avec un but d'aide aux salariés en vertu de l'art. 331 CO, régies par le droit des fondations dont l'art. 89bis al. 1 à 5 ou al. 1 à 6 CC distinctes selon leur but statutaire. Ces fondations de bienfaisance ou encore de financement accessoire des institutions de la prévoyance obligatoire, cas échéant selon leur but statutaire "qui servent à la prévoyance" au sens de l'art. 61 al. 1 LPP (cf. Schneider in: *LPP et LFLP*, Intro n° 216 ss), sont dites patronales en raison même de leur financement exclusif par l'entreprise ou d'autres sources, mais non par les employés, et du fait de versements discrétionnaires et non réglementaires (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_193/2008 du 2 juillet 2008 consid. 3.2; ATF 130 V 80 consid. 3.3.3, 117 V 214 consid. 1; Riemer/Riemer-Kafka, op. cit. § 2 n° 24 ss; Helbling, op. cit. p. 92 s.; Stauffer, op. cit. n° 399 ss; Schneider in: *LPP et LFLP*, Intro n° 216 ss; Franziska Bur Bürgin, *Wohlfahrtsfonds, Vorsorgeeinrichtungen im luftleeren Raum ?* in: Hans-Ulrich Stauffer [Edit.], *Festschrift "25*

Jahre BVG", p. 55 ss, spéc. 56). Dans la mesure où une fondation patronale, qui n'est pas financée par les employés, prévoit aussi des prestations réglementaires (souvent en relation avec la conclusion d'un contrat d'assurance), sa nature peut être définie hybride ou sui generis. En effet, elle sert à la fois des prestations discrétionnaires et réglementaires (cf. Viktor Ackermann, Les fonds libres de fonds de secours patronaux in: *Prévoyance professionnelle suisse [PPS] 2009* p. 59).

E. 2.4.2

Si une fondation patronale alloue des prestations discrétionnaires ressortissant aux risques de vieillesse, survivants et invalidité à titre exclusif ou parallèlement à d'autres risques conformément à ses buts statutaires, elle est soumise au droit des fondations et à l'art. 89bis al. 1 à 5 et à l'al. 6 CC. Au contraire, si les buts statutaires de la fondation patronale ne comprennent pas de prestations accordées eu égard à la survenance des risques spécifiés par l'al. 6, elle est soumise au droit des fondations et à l'art. 89bis al. 1 à 5 CC uniquement. Le premier type de fondation rentre dans le domaine d'activité de l'autorité de surveillance des fondations de la prévoyance professionnelle (art. 61 LPP) et, par conséquent, les litiges, sauf prétentions de droit privé, sont de la compétence de la présente Cour du Tribunal de céans (art. 74 LPP). Le deuxième type de fondation patronale relève en revanche de la surveillance et des tribunaux des fondations ordinaires (art. 84 CC).

E. 2.5.1

Depuis l'entrée en vigueur au 1er janvier 2005 de la 1ère révision de la LPP et au 1er janvier 2006 de la nouvelle formulation de l'art. 89bis al. 6 CC, dont spécialement son chiffre 1 renvoyant à la définition, aux principes de la prévoyance professionnelle et au salaire ou au revenu assuré (cf. art. 1, 33a et 33b LPP), il s'est posé la question de savoir si les fondations purement patronales doivent continuer d'être soumises à la surveillance de l'autorité de surveillance des fondations de la prévoyance professionnelle. Cette question concerne en particulier les modalités de contentieux y relatives et plus généralement l'application du catalogue des articles de la LPP énoncés à l'art. 89bis al. 6 CC. Une partie de la doctrine, en se basant sur la révision de l'art. 1er LPP auquel renvoie l'art. 89bis al. 6 ch. 1 CC, qui depuis le 1er janvier 2006 réserve explicitement l'application de la prévoyance professionnelle à la réalisation d'un cas d'assurance vieillesse, décès ou invalidité, donc à une prestation réglementaire, a déduit que les dispositions de la LPP ne s'appliquaient plus aux fondations patronales qui, par définition, ne servent que des prestations discrétionnaires. En d'autres termes, les fondations patronales auraient été sorties au 1er janvier 2006 du champ d'application de l'art. 89bis al. 6 CC et de la surveillance exercée par l'autorité de surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle (Riemer/Riemer Kafka, op. cit., § 2 n° 26; Hans Michael Riemer, Die patronalen Wohlfahrtsfonds nach der 1. BVG-Revision in: *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [RSAS] 2007* p. 549 ss, spéc. 550-551; Thomas Geiser, Teilliquidation bei Pensionskassen in: *L'Expert comptable 2007* p. 83; Kurt C. Schweizer, Fonds de secours patronaux, Incertitudes anciennes et nouvelles in: *Prévoyance Professionnelle Suisse [PPS] 2008* p. 83; Jacques-André Schneider, Attributions volontaires de prévoyance de l'employeur: fiscalité et cotisations AVS/AI in: *RSAS 2009* p. 426 ss, spéc. 437; Schneider in: *LPP et LFLP, Intro n° 217*). Les dispositions de la LPP pouvaient néanmoins selon ces auteurs et d'autres trouver application par analogie aux fondations patronales dans la continuité de la pratique antérieure (cf. Bur Bürgin, op. cit., p. 64 s.; Riemer, op. cit., p. 551; Christina Ruggli-Wüest, Wohlfahrtsfonds heute: Ein Auslaufmodell, oder...?, in: René Schaffhauser / Hans-Ulrich

Stauffer [Edit.], BVG-Tagung 2009; Aktuelle Fragen des beruflichen Vorsorge, p. 166 ss; Ueli Kieser in: LPP et LFLP, art. 53b n° 6). Il fut notamment relevé que le législateur, en adoptant la nouvelle teneur de l'art. 1 LPP, paraissait avoir omis de prendre en compte les fondations patronales et que s'il avait effectivement voulu écarter du champ d'application de l'art. 89bis al. 6 CC lesdites fondations, il l'aurait énoncé dans le message de la révision vu qu'auparavant cette disposition était applicable aux fondations patronales (Schweizer, op. cit., p. 83). L'application des dispositions de la LPP continuait dès lors à se justifier, même après la révision législative du 1er janvier 2006, en particulier lors de licenciements ou de restructurations économiques justifiant une liquidation partielle (cf. Schneider in: LPP et LFLP, Intro n° 221, voir aussi ATF 110 II 436).

E. 2.5.2

Dans un arrêt de principe du 25 octobre 2011 C-5780/2008 le Tribunal de céans a confirmé l'assujettissement des fondations patronales à l'art. 89bis al. 6 CC et par conséquent sa compétence au sens de l'art. 74 LPP. Il a relevé que la modification de l'art. 89bis al. 6 CC était sans effet sur l'assujettissement des fonds patronaux à diverses dispositions de la LPP. Il releva que les travaux préparatoires ne permettaient pas de tirer une autre conclusion de la modification des art. 1 LPP et 89bis CC. Les Chambres fédérales avaient du reste adopté ces dispositions sans discussion (BO 2003 N 631 et CO E 543). Cette solution est confirmée par le fait que l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2, RS 831.441.1) a été modifiée à son art. 59 complétant l'art. 71 al. 1 LPP au 1er janvier 2009: il y est en effet expressément prévu l'application aux fonds patronaux des dispositions de l'OPP 2 concernant le placement de la fortune (consid. 2 de l'arrêt du 25 octobre 2011).

E. 2.6

En l'espèce la Fondation recourante, conformément à ses statuts (art. 5), a été financée exclusivement par l'entreprise fondatrice jusqu'en 1975. Elle n'a par la suite plus été alimentée. Elle alloue selon l'art. 4 de ses statuts des prestations discrétionnaires au personnel de l'entreprise ainsi qu'à leurs proches atteints par les événements tels que la vieillesse, la maladie, les accidents, l'invalidité, la mort ou se trouvant dans une situation de nécessité en cas de chômage, de service militaire. Elle promeut ou encourage également toute activité présentant une utilité sociale en faveur des employés se trouvant dans le besoin. Il s'ensuit aux termes-mêmes de ses buts statutaires qu'elle est une institution constituée en vertu de l'art. 331 CO au sens de l'art. 89bis CC ayant une activité de prestations de prévoyance élargie relevant de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité au sens de l'al. 6 de la disposition précitée. De ce fait elle est assujettie à l'art. 89bis al. 6 CC en tant que fondation au nombre "des institutions qui servent à la prévoyance" au sens de l'art. 61 LPP. Les dispositions de la LPP, auxquelles renvoient les chiffres 12 et 19, concernant respectivement la surveillance et le contentieux, lui sont donc applicables. Il appert de ce qui précède que le Tribunal de céans est compétent pour connaître du recours interjeté.

E. 3.1

La qualité pour agir selon l'art. 48 al. 1 PA appartient à quiconque a participé à la décision dont est recours ou en a été empêché, est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce quelle soit annulée ou modifiée. Un intérêt digne de protection existe lorsque la situation juridique ou de fait peut être influencée par l'issue de la procédure. L'intérêt peut

aussi consister en l'utilité pratique que le succès du recours peut constituer pour le recourant, c'est-à-dire l'élimination du dommage matériel ou idéal que la décision attaquée lui causerait (ATF 125 II 497, 123 II 376, 120 Ib 379, 116 Ib 321, 112 Ib 228; Pierre Moor / Etienne Poltier, Droit administratif II, 3ème éd. Berne 2011, p. 727 ss; Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 483 ss). En l'espèce, les conditions de l'art. 48 PA sont manifestement remplies. La recourante a donc la qualité pour recourir.

E. 3.2

Déposé dans les formes et délais prévus par les art. 50 et 52 al. 1 PA et l'avance de frais requise ayant été payée dans le délai imparti, le recours est par conséquent recevable.

E. 4.1

L'objet du litige est la décision du 29 juin 2010 ordonnant à la recourante d'établir un règlement de liquidation partielle. Le recours du 17 août 2010 conclut à l'annulation de la décision précitée et à ce que le Tribunal de céans libère la recourante de l'obligation d'établir un règlement de liquidation partielle. Cette obligation résulterait des art. 53b à 53d LPP, régissant la liquidation partielle ou totale, applicables en l'espèce en vertu de l'art. 89bis al. 6 chiffre 9 CC. Or la recourante conteste l'application de ce chiffre du catalogue de l'art. 89bis al. 6 CC aux fondations patronales.

E. 4.2.1

Depuis le 1er janvier 2005 (1ère révision de la LPP) la liquidation partielle et totale d'une institution de prévoyance appliquant le régime de la LPP ou un régime infra ou subobligatoire est régie par les art. 53b ss LPP. Aux termes de l'art. 53b al. 1 LPP, les institutions de prévoyance fixent dans leurs règlements les conditions et la procédure de liquidation partielle. Les conditions pour une liquidation partielle sont présumées remplies lorsque: a) l'effectif du personnel subit une réduction considérable; b) une entreprise est restructurée; c) le contrat d'affiliation est résilié. Selon l'al. 2, les prescriptions réglementaires concernant les conditions et la procédure de liquidation partielle doivent être approuvées par l'autorité de surveillance. Dans le cadre des art. 53b ss LPP, la loi énonce que lors de la liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance le principe de l'égalité de traitement et les principes techniques reconnus doivent être respectés (art. 53d al. 1 LPP), que les assurés et les bénéficiaires de rentes ont le droit de faire vérifier par l'autorité de surveillance compétente les conditions, la procédure et le plan de répartition et de leur [recte: lui] demander de rendre une décision (al. 6).

E. 4.2.2

Relativement au règlement de liquidation partielle, la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations a précisé que les institutions de prévoyance doivent inscrire dans leur règlement les conditions et la procédure en la matière sans dénaturer les principes développés à cet égard dans la doctrine et dans la pratique et a indiqué les éléments qui au minimum devaient figurer dans le règlement (voir Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations, Liquidation partielle d'institutions de prévoyance accordant des prestations réglementaires [Lucerne 2004]). Dans un mémento parallèle (voir Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations, Liquidation partielle d'institutions de prévoyance n'accordant pas de prestations réglementaires [fonds de bienfaisance]), la Conférence précitée a réglé parallèlement selon les mêmes modalités la liquidation des institutions patronales. Elle souligna que lorsque les fonds de bienfaisance procédaient à une liquidation partielle ils bénéficiaient d'une marge

de manoeuvre nettement plus importante que les institutions de prévoyance accordant des droits à des prestations et qu'en l'occurrence il convenait de tenir largement compte des besoins des fonds de bienfaisance lesquels différaient considérablement de l'un à l'autre de par leur taille, leur organisation et leurs prestations. Elle souligna, précédant l'énoncé des éléments devant figurer dans un règlement dit de liquidation, que son mémento devait permettre de garantir que les pratiques en matière de surveillance soient unifiées. Le Conseil fédéral ne s'est pas exprimé à ce sujet dans son Message accompagnant la première révision de la LPP (FF 2000 p. 2554 ss).

E. 4.3.1

Selon la nouvelle réglementation en vigueur depuis le 1er janvier 2005 la liquidation partielle est décidée et mise en oeuvre en principe par le fonds de bienfaisance lui-même, sans le secours de l'autorité de surveillance. Celle-ci intervient uniquement si les destinataires s'adressent à elle en lui demandant de vérifier les conditions, la procédure ou le plan de répartition (art. 53d al. 6 LPP). Indéniablement ce mode de procéder permet à tout destinataire au bénéfice de simples attentes de droit de connaître les modalités de base de la liquidation partielle ou totale du fonds patronal de bienfaisance qui pourrait intervenir et d'apprécier ensuite si l'exécution qu'il en attendait va se concrétiser en conformité du règlement adopté compte tenu de la finalité statutaire des actifs de la fondation. L'aval par l'autorité de surveillance d'un tel règlement, vérifié par la dite autorité (art. 53b al. 2 LPP) in abstracto, est constitutif (FF 2000 p. 2555) sans préjudice d'un examen in concreto ultérieur (ATF 136 V 135 consid. 5). Il permet aussi d'ancrer la destination des actifs de la fondation qui en aucun cas ne sauraient faire retour à la fondatrice ou être maintenus dans une proportion inéquitable en faveur d'un personnel restreint alors qu'une grande part de ses collaborateurs auraient, par exemple dans le cadre d'une restructuration, été transférés à un autre employeur.

E. 4.3.2

Comme il l'a été établi, la Fondation est assujettie à l'art. 89bis al. 6 CC et les dispositions de la LPP énumérées aux ch. 1 à 23 lui sont applicables dans la mesure où elles sont conciliables avec sa nature d'institution servant à la prévoyance professionnelle au sens de l'art. 61 LPP allouant des prestations discrétionnaires et non réglementaires. Or, en l'espèce, rien ne s'oppose à ce que ce type de fondation ait l'obligation d'adopter un règlement de liquidation partielle ou totale. En d'autres termes, l'obligation d'édicter un règlement de liquidation partielle ou totale prévue à l'art. 89bis al. 6 chiffre 9 CC doit être aussi valable pour les fondations patronales (voir en ce sens l'arrêt du TAF C-1171/2009 du 17 novembre 2011 consid. 5.3.4). Un tel règlement a le mérite de garantir les droits des bénéficiaires potentiels et d'assurer l'affectation de la fortune de la fondation au but statutaire compte tenu de l'étendue du cercle des bénéficiaires, à savoir les travailleurs et retraités. S'agissant des fondations patronales dites de financement la question peut en revanche rester ouverte.

E. 5.1

Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté en ce qui concerne sa conclusion principale visant à libérer la recourante de l'obligation de se doter d'un règlement de liquidation partielle. Le chiffre 1 du dispositif de la décision du 29 juin 2010, qui fixe à la recourante un délai au 31 août 2010 pour soumettre à l'autorité de surveillance un règlement de liquidation partielle, doit néanmoins être réformé en ce sens qu'un nouveau délai expirant deux mois après l'entrée en force de cet arrêt est impartie à la recourante.

E. 5.2

En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la recourante, qui succombe dans une très large mesure. Ils sont fixés à Fr. 4'000.- et sont compensés par l'avance effectuée de Fr. 4'000.- requise par le Tribunal de céans.

E. 5.3

Vu l'issue de la cause, il n'y pas lieu d'allouer de dépens à la recourante. L'autorité inférieure n'a pas non plus droit à une indemnité de dépens en sa qualité d'autorité (art. 7 al. 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]), ni l'intimée (ATF 126 V 149 consid. 4 et arrêt du Tribunal de céans C-3914/2007 du 23 avril 2009 consid. 6.2).

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