

BVGer C-8383/2008 vom 23. Juli 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-07-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-8383_2008

FR: TAF C-8383/2008 du 23 juillet 2014

IT: TAF C-8383/2008 del 23 luglio 2014

Regeste

Moyens de surveillance

Erwägungen

E. 1.1

Sous réserve des exceptions - non réalisées en l'espèce - prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations (auparavant en date de la décision dont est recours: l'Autorité de surveillance des institutions de la prévoyance et des fondations du canton de Berne) en matière de fondation de prévoyance tant professionnelle que patronale avec buts de prévoyance (arrêt du TF 9C_36/2012 du 3 décembre 2012 consid. 5) peuvent être contestées devant le Tribunal de céans conformément à l'art. 33 let. i LTAF en combinaison avec l'art. 74 al. 1 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

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; le recourant doit être touché directement et non de manière indirecte ou médiate (ATF 135 I 43 consid. 1.4, ATF 135 II 145 consid. 6.2, ATF 125 II 497; Moor/Poltier, Droit administratif II, 3ème éd. 2011, p. 727 ss; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2011, n° 1363 s.).

E. 1.4

Déposé dans les formes et le délai 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 recevable.

E. 2

Le recours est interjeté contre la décision du 25 novembre 2008 de l'Autorité de surveillance a) enjoignant la Fondation A._____ d'exiger de E._____ le remboursement immédiat

d'un montant de 1'891'320.- francs versé pour financer les indemnités de départ au sens de l'art. B13 du plan social du 10 juillet 2007, b) requérant de la fondation qu'elle lui fasse parvenir son règlement de liquidation partielle jusqu'au 31 décembre 2008 et c) mettant les frais de ladite décision à sa charge par 818.- francs. Il tend à l'annulation des points a et c de la décision attaquée, le point b n'étant pas contesté. La Fondation A. _____ a adressé à l'Autorité de surveillance son Règlement de liquidation partielle le 28 novembre 2008, lequel a été avalisé par l'Autorité de surveillance le 30 avril 2009. Il sied de relever que l'Autorité de surveillance a réservé dans ses écritures à l'adresse de la Fondation A. _____ sa détermination quant à d'éventuelles liquidations partielles de l'institution de prévoyance patronale relativement aux licenciements intervenus fin 2006 et courant 2007. Ce point ne fait partie ni de l'objet de la contestation, ni de l'objet du litige. Par ailleurs, il sied également de préciser qu'à la suite de la suspension de la procédure selon la décision incidente du 3 avril 2012, il est apparu par la requête de reprise de celle-ci de l'Autorité de surveillance que la nature de la garantie de la créance de la fondation A. _____ envers l'actuelle G. _____ AG in Nachlassliquidation a été modifiée (voir supra H.b, R.a et R.b) laissant ouverte la question d'une éventuelle péjoration de la situation du cercle des destinataires de la Fondation A. _____. Cette question n'est également pas objet du recours, elle pourrait relever de la responsabilité du conseil d'administration de la Fondation A. _____ si le remboursement ne devait pas intervenir dans la mesure du montant effectivement dû alors qu'il était initialement garanti à la connaissance du Tribunal de céans lors de la décision incidente de suspension de procédure en date du 3 avril 2012.

E. 3

Le droit applicable au fond est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminant se sont produits (ATF 137 V 105 consid. 5.3.1, ATF 136 V 24 consid. 4.3). En particulier les nouvelles dispositions en matière de plans sociaux (art. 335h-k CO) entrées en vigueur le 1er janvier 2014 ne sont pas applicables. De même la jurisprudence inaugurée par l'ATF 138 V 346 du 30 août 2012 selon laquelle les fonds patronaux doivent se doter d'un règlement de liquidation partielle/totale n'est pas prise en compte dans le présent arrêt. Selon la jurisprudence, le juge n'a en principe pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la détermination de la décision litigieuse (ATF 129 V 1 consid. 1.2). En matière de prévoyance professionnelle, le Tribunal de céans apprécie la légalité des décisions attaquées d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement et ayant modifié cette situation doivent faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (cf. arrêt du TAF C-4096/2010 du 6 janvier 2012 consid. 3 avec réf., arrêt du TAF C-4150/2012 du 28 octobre 2013 consid. 4).

E. 4

Le Tribunal administratif fédéral examine les décisions qui lui sont soumises avec un plein pouvoir de cognition. Le recourant peut invoquer selon l'art. 49 PA non seulement le grief de violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que celui de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, mais aussi l'inopportunité de la décision prise. Il en découle que le Tribunal de céans n'a pas seulement à déterminer si la décision de l'administration respecte le droit, mais également si elle constitue une solution adéquate eu égard aux faits (André Moser et alii, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2ème éd. 2013, n° 2.184 ss; Jérôme Candrian, *Introduction à la procédure administrative fédérale*, 2013, n° 95, 153, 189). Le Tribunal ne substitue

cependant pas son appréciation à celle de l'autorité inférieure exercée dans le cadre légal (cf. arrêt du TAF C-4150/2012 du 28 octobre 2013 consid. 3.2). Par ailleurs, le Tribunal n'est en aucun cas lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 62 al. 4 PA). Il peut s'écarter des considérants juridiques de la décision attaquée aussi bien que des arguments des parties.

E. 5.1

La Fondation A. _____ recourante est une fondation patronale de bienfaisance ne participant pas à l'application du régime de l'assurance obligatoire en matière LPP et de ce fait non inscrite au registre de la prévoyance professionnelle (cf. l'art. 48 al. 1 LPP). En tant que fondation patronale allouant des prestations discrétionnaires en rapport avec les risques de vieillesse, survivants et invalidité, elle est une "institution servant à la prévoyance" expressément visée par l'art. 61 LPP (Jacques-André Schneider, in: Schneider et alii [Edit.], LPP et LFLP, 2010, ad intro, n°216 ss). Vu sa forme juridique et ses buts statutaires, elle est soumise au droit des fondations (art. 80 ss CC) et en particulier à l'art. 89a al. 6 CC pour nombre d'aspects dont notamment sa surveillance et, cas échéant, sa liquidation partielle et totale (voir not. ATF 138 V 346, toutefois cette nouvelle jurisprudence indiquant la nécessité d'un règlement de liquidation partielle/totale pour les fonds patronaux n'était pas connue au moment des faits déterminants). Partant la compétence de l'autorité inférieure de lui enjoindre le maintien de ses fonds en vue de leur destination statutaire est in abstracto donnée (art. 89a al. 6 ch. 12 CC). Le fait de n'allouer que des prestations discrétionnaires en matière de prévoyance professionnelle n'exclue pas l'application des règles spécifiques de la LPP auxquelles renvoie l'art. 89a al. 6 CC dans la mesure de leur applicabilité vu l'octroi de seules prestations discrétionnaires (voir pour le droit actuel l'arrêt du TF 9C_36/2012 du 3 décembre 2012 consid. 2.1 et 5).

E. 5.2

Le but des fondations patronales servant à la prévoyance doit clairement indiquer la vocation de l'institution au sens de l'art. 61 LPP afin de pouvoir bénéficier de l'exonération fiscale au sens de l'art. 80 LPP. Elles ne peuvent du fait de leur vocation fiscalement reconnue effectuer des prestations qui relèveraient par nature de l'employeur (Franziska Bur Bürgin, Wohlfahrtsfonds, Vorsorgeeinrichtungen im luftleeren Raum ? in: Hans-Ulrich Stauffer [Edit.], Berufliche Vorsorge im Wandel der Zeit, 2009, p. 74). Dans leurs activités elles doivent respecter les règles de la bonne foi, l'interdiction de l'arbitraire, le principe de l'égalité de traitement et ne pas commettre d'abus de droit, principes qui trouvent application en droit privé des fondations (ATF 119 Ib 46 consid. 4c; ATF 110 II 1436 consid. 4; arrêt du TF 2A.402/2005 cité consid. 3.2; Bur Bürgin, op. cit., p. 80 ss). Il est admis que le conseil d'une fondation patronale a un large pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l'activité de la fondation et de prestations non réglementaires versées à ses bénéficiaires selon les statuts de l'entité (cf. arrêt du TF 2A.402/2005 cité consid. 3.2 et les réf.), mais le conseil ne dispose toutefois pas d'un pouvoir entièrement discrétionnaire en matière d'attribution de prestations, plus généralement d'affectation de sa fortune au but de prévoyance conformément à l'art. 84 al. 2 CC (Schneider in: LPP et LFLP, Intro n° 219). Il est lié par les principes généraux précités qui constituent les bases d'appréciation de l'autorité de surveillance qui se doit toutefois de respecter le principe d'autonomie de la fondation (cf. ATF 108 II 352).

E. 5.3

Le cercle des bénéficiaires des fondations patronales est défini par son acte constitutif ou ses statuts. Il est de règle les salariés et retraités de l'entreprise fondatrice. En cas de restructuration de l'entreprise fondatrice impliquant une liquidation partielle de son institution de prévoyance professionnelle, le principe selon lequel les fonds libres de l'institution de prévoyance suivent le personnel s'applique de règle également aux fondations patronales dans le cadre d'une liquidation partielle (ATF 110 II 436; voir ég. Schneider in: LPP et LFLP, Intro n° 221; avis moins restrictif: Isabelle Vetter-Schreiber, Gleichbehandlung bei Teil- und Gesamtliquidationen in: Hans-Ulrich Stauffer [Edit.], Berufliche Vorsorge im Wandel der Zeit, 2009, p. 279, 292) à moins de prestations compensatrices de la part notamment de l'employeur énoncées comme telles en lieu et place de celles de la fondation patronale.

E. 5.4

La fortune d'une fondation patronale ayant un but de prévoyance ne peut qu'être affectée à des fins de prévoyance, la fondation ne peut prévoir d'autres fins. Les fonds ne peuvent en aucun cas être utilisés aux fins de financer des prestations dues par l'employeur du fait des contrats de travail ou résultant d'un plan social, qui par nature relèvent des obligations 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.) en raison de motifs fiscaux (voir infra consid. 7.4.3).

E. 5.5

Cas échéant, s'il est fait recours aux ressources d'une fondation patronale, ou aux fonds libres d'une institution de prévoyance professionnelle, pour le financement de prestations dans le cadre de la mise en oeuvre d'un plan social (cf. infra consid. 7.4.1), le but de prévoyance des prestations doit être rempli (par ex. s'agissant du financement d'un pont AVS ou d'améliorations de prestations de prévoyance) et les parties concernées (employeur, représentations des salariés, syndicats, directions [paritaires] des institutions de prévoyance) doivent clairement établir selon les règles de transparence les modalités et l'étendue du financement. Ceci résulte du fait que la fondation patronale ne jouit pas d'une totale liberté discrétionnaire quant à l'utilisation des fonds constitués par affectation fiscale privilégiée et dont les destinataires sont exclusivement les salariés et retraités, et non l'employeur (par substitution de débiteur de prestations versées aux salariés), ce qui constituerait un abus de droit à caractère fiscal (cf. Schneider in: LPP et LFLP, Intro n° 223 et art. 1 LPP n° 11).

E. 6.1

Les procédures de licenciements collectifs 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 (art. 335h-k CO in casu non applicables), d'un plan social. Le CO n'impose cependant 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 tant avant que depuis la révision n'était / n'est pas expressément régi quant à son contenu par la législation (ATF 133 III 213 consid. 4.3; Christine Sattiva Spring, Quelle nature juridique pour le plan social? in: Rémy Wyler [Edit.], Panorama en droit du travail, 2009, p. 247 s., 250 et les actuels art. 335h-k CO).

E. 6.2

Les prestations d'un plan social tendent à l'allocation de prestations volontairement offertes par l'employeur ou négociées avec la représentation des travailleurs ou un syndicat en vue d'atténuer les conséquences économiques d'un licenciement collectif pour motifs économiques (ATF 133 III 123 consid. 4.3, ATF 132 III 32 consid. 6.1; Sattiva Spring, op. cit., p. 248). Il porte sur des aides diverses et des moyens financiers généralement directement utilisables. Les prestations résultant d'un plan social doivent être établies, de règle, conformément au principe de l'égalité de traitement. Ce qui signifie que les critères d'allocation de prestations doivent être définis de manière objective en traitant de manière égale les travailleurs qui se trouvent dans une situation comparable et de manière différenciée ceux qui se trouvent dans des situations économiques d'âges, d'ancienneté, de position hiérarchique, de statut salarial, de statut familial différents (Rémy Wyler, *Droit du travail*, 2ème éd., 2008, p. 481 s.; il n'est pas fait référence dans cet arrêt à la 3ème éd. 2014 de Wyler/Heinzer de cette publication vu l'état de fait déterminant de 2008 et le droit réviser des plans sociaux au 1er janvier 2014).

E. 7.1

Le contenu d'un plan social fait l'objet en pratique d'un document écrit dont les prestations sont diverses. Comme la législation ne régit pas le plan social quant à son contenu, celui-ci est laissé à la libre volonté des parties contractantes. Il n'existe pas de plan social type du fait de leurs grandes diversités et de leur caractère facultatif. La norme minimale de la loi alors en vigueur (art. 335f CO) était uniquement que la représentation des travailleurs pouvait proposer la négociation d'un plan social dans le cadre de la procédure de consultation qui accompagne un licenciement collectif (Arthur Andermatt et alii, *Droit collectif du travail*, 2010, p. 149). Sans être un devoir, le plan social s'inscrivait alors dans les modalités d'assistance de l'employeur dont on peut économiquement attendre un soutien financier dans le cadre d'une restructuration (Andermatt et alii, loc. cit. se référant à l'ATF 132 III 115 et à l'arrêt du TF 4C.77/2007 du 26 juin 2007 consid. 3.2 non publié à l'ATF 133 III 512). Le plan social peut comprendre par exemple des prestations portant sur une assistance au réemploi et à la formation professionnelle, des modalités de résiliation anticipée du contrat de travail favorables aux reclassements des travailleurs, des aides matérielles au déménagement, le paiement de différentiels salariaux pendant un certain temps, le paiement d'indemnités de licenciement en fonction de l'âge, de la situation familiale et des années de service, le paiement de ponts AVS, un plan de retraites anticipées (cf. ATF 133 III 213 consid. 4.3, 130 V 18 consid. 3.2 i.f. et les réf.; Andermatt et alii, op. cit., p. 150).

E. 7.2

La nature juridique des plans sociaux dépend des parties contractantes. S'il est négocié et conclu par l'entreprise avec une association de travailleurs, telle qu'un syndicat, il constitue une convention collective de travail au sens de l'art. 356 CO (ATF 130 V 18 consid. 2.3); s'il est conclu avec une représentation des travailleurs instituée conformément à la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation des travailleurs, RS 822.14), laquelle ne dispose pas de la personnalité juridique, il est un engagement bilatéral obligatoire assimilable à un règlement d'entreprise et fait partie intégrante du contrat individuel de travail de chacun des travailleurs, duquel l'employeur et les travailleurs représentés peuvent déduire des droits et des obligations; s'il est conclu avec un ou plusieurs travailleurs collectivement représentés, il peut prendre la forme d'un accord bilatéral se greffant aux contrats individuels de travail;

s'il est conclu par une délégation librement élue de travailleurs conformément à l'art. 37 al. 4 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr, RS 822.11), il prend la forme d'un règlement d'entreprise une fois rendu public, conformément à l'art. 39 al. 2 LTr, et ses dispositions complètent les contrats individuels de travail; enfin le plan social peut également résulter d'un engagement unilatéral de l'employeur, dans ce cas ses dispositions, si elles sont acceptées par les travailleurs, font partie intégrante de leur contrat individuel de travail (voir ATF 133 III 213 consid. 4.3.1, 4.3.2 et 6.1; Wyler, op. cit., p. 484, Sattiva Spring, op. cit. p. 254 ss, 271 ss; Andermatt et Alii, op. cit., p. 149 s.).

E. 7.3

Dans tous les cas, le plan a un effet normatif et les travailleurs peuvent alors faire valoir des prétentions fondées sur le plan directement contre leur employeur (Wyler, op. cit., p. 483; Sattiva Spring, op. cit., p. 255). Sa nature juridique a principalement des effets quant aux modalités d'interprétation du plan social, lequel s'interprétera en tant que convention collective, soit, comme une loi, en tant que cadre normatif, ou en tant que dispositions contractuelles accessoires aux contrats individuels de travail (voir ATF 133 III 213 consid. 4.2; ATF 130 V 18 consid. 4.2; Wyler, op. cit. p. 485 et les réf.; Sattiva Spring, op. cit., p. 269). La distinction doit toutefois être relativisée dans le sens que l'interprétation selon la volonté doit toujours être compatible avec une interprétation objective (ATF 133 III 213 consid. 5.2; Andermatt et Alii, op. cit., p. 151).

E. 7.4.1

Un plan social peut avoir pour conséquence de faire naître des droits de prévoyance professionnelle dont les conditions d'octroi sont fixées par le règlement de la caisse de pensions dès l'instant où le travailleur opte pour être mis au bénéfice d'une retraite anticipée (Wyler, op. cit., p. 485; Andermatt et Alii, op. cit. p. 150 note 99; Sattiva Spring, op. cit., p. 259). Les prestations qui s'ensuivent, vu l'anticipation de la retraite prise, seront moins élevées en principe que les prestations ordinaires de prévoyance. A cet égard le plan social peut prévoir des compensations s'inscrivant dans le cadre de prestations de prévoyance versées par l'employeur ou éventuellement par une fondation de prévoyance ou patronale si une convention de porte-fort (art. 111 CO) a été insérée dans le plan social (Wyler, op. cit., p. 485; ATF 131 III 606 consid. 4.2.2) ou encore de débiteur solidaire. Mais dans tous les cas un plan social ne peut prévoir le versement de prestations par un fonds patronal ou de bienfaisance qui par nature ressortissent aux obligations de l'employeur (cf. supra consid. 5.4; Bur Bürgin, op. cit, p. 84, 86; à noter que les exemples de financement de prestations d'outplacement et de formation proposées par Bur Bürgin (p. 86) paraissent trop larges si la fondation est au bénéfice d'une exemption fiscale).

E. 7.4.2

A défaut d'insertion dans le plan social d'une convention de porte-fort (art. 111 CO) ou de débiteur solidaire, se pose la question de la légitimation matérielle du paiement d'un tiers non connu lors de la négociation et conclusion du plan social. Si le paiement d'un tiers (par exemple un riche actionnaire) est sans conséquence sur les droits et attentes des travailleurs, il est manifeste que le paiement par un tiers substitué ressortit à la liberté contractuelle de l'employeur et du tiers payeur. Si le paiement par le tiers substitué affecte les droits et les attentes des travailleurs, comme c'est le cas si le paiement des prestations du plan social intervient par les fonds libres d'une caisse de pensions ou par une

fondation patronale, alors le paiement par le biais de la personne substituée qui était inconnue intervient en violation du plan social, car le paiement diminue, sur une base non ouvertement énoncée et acceptée par les parties contractantes du plan social, les attentes des travailleurs et rentiers envers leur institution de prévoyance ou patronale.

E. 7.4.3

Le paiement de prestations par une institution de prévoyance, normalement dues par l'employeur du fait de la nature des prestations en question (prestations de type salarial), intervient de plus en violation des art. 59 al. 1 let. b de la LIFD (RS 642.11) et 10 al. 1 let. d de la LHID (RS 642.14) prévoyant pour les entreprises la déduction à titre de charges ordinaires des versements à des institutions de prévoyance en faveur du personnel de l'entreprise (conformément à l'art. 81 al. 1 LPP) à condition que toute utilisation contraire à leur but soit exclue. Or un paiement de prestations dues par un employeur en sa qualité, bien qu'ayant 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 obligé par le plan social à des prestations découlant du droit du travail viole le principe selon lequel les fonds au bénéfice de déductions fiscales versés aux institutions de prévoyance exonérées selon l'art. 56 let. e LIFD ne peuvent faire retour de quelque manière que ce soit à l'employeur (cf. Danon/Laffely Maillard in: Yersin/Noël [Edit.], Impôt fédéral direct, Commentaire romand, 2008, art. 52 n° 12; Noël, op. cit., art. 27 n° 37 i.f., 38; Laffely Maillard, op. cit., art. 56 n° 43, 47). Ce principe de non retour est applicable tant aux institutions de prévoyance enregistrées au registre de la prévoyance professionnelle (art. 48 LPP) qu'aux institutions non enregistrées, telles de financement et de bienfaisance de type patronal, du fait de l'exonération desdites fondations découlant de leur but de prestations de prévoyance professionnelle. L'exonération des fondations patronales est justifiée par le fait que leur fortune est assimilée à la fortune libre des institutions de prévoyance (Laffely Maillard, op. cit., art. 56 n° 47) sous réserve toutefois d'une grande liberté discrétionnaire d'affectation dans le cadre statutaire car les fonds existant n'ont été constitués que par l'employeur (Schneider in: Schneider et alii [Edit.], LPP et LFLP, Intro, n° 220).

E. 7.5

Un licenciement collectif d'envergure peut, outre le fait de donner lieu à un plan social destiné à amoindrir les conséquences économiques des personnes concernées, entraîner une liquidation partielle de l'institution de prévoyance de l'entreprise et, cas échéant, de son institution patronale. Dans ces circonstances, il est admissible de tenir compte des prestations versées ou qui pourraient être versées tant par l'institution de prévoyance professionnelle, la fondation patronale et l'employeur en application d'un plan social pour certaines catégories de travailleurs. Dans ce cadre il est ainsi possible de privilégier ou priver, cas échéant, certaines catégories de travailleurs de prestations de l'une ou l'autre source compte tenu de l'ensemble des prestations versées dans le respect du principe de l'égalité de traitement en application de critères pondérés entre les salariés licenciés, les salariés maintenus éventuellement à d'autres conditions d'engagement et les salariés partis en retraite anticipée (arrêts du TF 2A.501/2002 du 20 mars 2003 consid. 5.3, 2A.402/2005 du 15 février 2006 consid. 3.2; Sattiva Spring, op. cit., p. 259; Nathalie Bornozy in: Wyler (Edit.), Panorama en droit du travail, 2009, p. 718). En d'autres termes, des prestations de sources diverses peuvent être coordonnées en application du principe d'égalité de traitement (voir arrêt du TF 2A.46/2007 du 20 septembre 2007 et ATF 133 III 512). Le Tribunal fédéral a par ailleurs précisé que l'intérêt à la pérennité de l'institution de prévoyance pour le

personnel restant ne primait pas sur les prétentions à l'égalité de traitement du personnel sortant par rapport au personnel restant, les deux principes coexistant au même rang (arrêt du TF 2A.699/2006 du 11 mai 2006).

E. 8

En l'espèce le plan social du 10 juillet 2007 a été selon sa page de garde conclu par E._____, assistée par Swissmem, d'une part, et les représentations des ouvriers et des employés de E._____, représentées par les délégués d'Unia et d'Employés Suisse, d'autre part. Les représentations des ouvriers et des employés, parties contractantes avec E._____, n'ayant pas la personnalité juridique, le plan social est un engagement bilatéral obligatoire assimilable à un règlement d'entreprise et fait partie intégrante du contrat de travail individuel de chacun des travailleurs représentés (cf. supra consid. 7.2). Le plan social a toutefois aussi été signé par le syndicat Unia et l'association Employés Suisse à un titre semblable à celui de Swissmem qui a assisté E._____ dans les négociations du plan social. La question de savoir si ces co-signataires, qui ont assisté les parties contractantes sans être expressément désignées parties contractantes, font du plan social un accord de la nature juridique d'une convention collective au sens de l'art. 356 CO, comme le soutient l'autorité inférieure dans sa réponse au recours (supra M), peut toutefois restée ouverte car la présente cause ne soulève pas de question dont la réponse dépendrait de la nature juridique in casu du plan social. En effet les prestations du plan social sont dues par l'employeur qui en est le débiteur, l'étendue des prestations ne demandent pas d'interprétation selon la nature juridique du plan social et seule est litigieuse la question de savoir si la Fondation A._____ peut se substituer aux obligations de l'employeur envers les salariés et préretraités.

E. 9.1

Dans ses écritures, la Fondation A._____ fait valoir, à titre liminaire et principal, qu'elle s'est valablement substituée à E._____ dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire d'allocation de ses actifs du fait que ses buts statutaires recoupaient les prestations du plan social conclu par l'employeur dont elle est une fondation patronale pour l'ensemble de ses salariés des sites de X._____ et Y._____. La motivation de la Fondation A._____ pose le problème de la validité de substitution du débiteur du plan social, du champ ratione personae d'allocation des prestations et du bien-fondé des prestations versées compte tenu du but de prévoyance des versements alloués par une fondation patronale.

E. 9.2.1

En tant que tel un plan social peut prévoir le versement de prestations ayant un but de prévoyance strictu sensu (prestations de vieillesse, d'invalidité et allouées aux survivants) financées par les fonds libres d'une institution de prévoyance professionnelle ou financées par une fondation patronale pour autant que les parties au plan social en aient convenu ainsi par une convention de porte-fort au sens de l'art. 111 CO ou de débiteur solidaire (cf. supra consid. 7.4). Deux conditions doivent toutefois être remplies. La première condition est que les prestations relèvent de la prévoyance strictu sensu (nouvellement depuis la jurisprudence de l'ATF 138 V 346: les prestations doivent également s'inscrire dans les modalités d'un règlement de liquidation partielle/totale), car à défaut les prestations versées le seraient contrairement au but de prévoyance de la fondation. La deuxième condition est que l'accord de financement de prestations de prévoyance strictu sensu procède d'une convention de porte-fort ou de débiteur solidaire passée par toutes les parties au plan social. En effet, à

défaut de cet accord unanime, les travailleurs et rentiers, bénéficiaires exclusifs de la fondation patronale, seraient lésés par une diminution d'expectatives de droits pour le futur sans avoir été préalablement informés de cette incidence pro futuro couplée avec le plan social.

E. 9.2.2

En l'espèce la substitution de débiteur du plan social est un élément essentiel nouveau dans le cadre dudit plan et ne ressortit pas au pouvoir discrétionnaire de la Fondation A. _____ dans la mesure où ce faisant la fondation diminue sensiblement ses actifs au détriment des expectatives de droits pro futuro des travailleurs et rentiers et à l'avantage de l'employeur qui selon le plan social devait être le débiteur des prestations. En tout état de cause une telle substitution de débiteur, et pour autant qu'elle soit licite dans la mesure de prestations de prévoyance strictu sensu, aurait dû faire l'objet d'une indication par modification du plan social en application de l'art. D3 dudit plan car les travailleurs sont économiquement concernés par cette substitution du fait d'une diminution sensible d'expectatives de droits découlant des prestations ainsi versées.

E. 9.2.3

Aucune clause du plan social ne prévoit l'éventualité d'une substitution de débiteur des prestations du plan social et les formulations indiquant la mise à disposition de moyens pour la réalisation du plan social ne laissent en aucun cas envisager une substitution de débiteur en la personne juridique de la Fondation A. _____. Il s'ensuit que la substitution de débiteur décidée unilatéralement par le conseil de fondation, portant atteinte aux intérêts futurs des travailleurs et rentiers, ayant pour effet une liquidation partielle de l'institution vu l'importance des montants en jeu, doit être invalidée.

E. 9.3.1

S'agissant du champ d'allocation ratione personae de la fortune de la Fondation A. _____, le principe applicable est celui selon lequel les fonds suivent le personnel (supra consid. 5.3). Les travailleurs et rentiers de l'usine de A. _____ sont les seuls bénéficiaires, en principe, des fonds de la Fondation qui à l'origine a été constituée pour eux par l'entreprise fondatrice. Que le site de X. _____ n'ait pas de personnalité juridique est nullement déterminant car les bénéficiaires de la Fondation sont les travailleurs et anciens travailleurs (cas échéant leurs ayants-droit) du site et non la succursale en tant que telle. Aujourd'hui encore le nom de la Fondation fait référence à l'Usine de X. _____ (Usine C. _____) en tant que site et son règlement de liquidation partielle adopté le 28 novembre 2008 et avalisé le 30 avril 2009 par l'Autorité de surveillance fait clairement référence aux travailleurs de l'usine de X. _____. Le rapport de gestion pour l'exercice 2012 mentionne de même cette limitation ratione personae.

E. 9.3.2

Les fondations patronales sont de base des fondations au sens des art. 80 ss CC. L'interprétation de leur but et implicitement la détermination du cercle de leurs bénéficiaires relève de la recherche de la réelle intention du fondateur sans recourir aux règles valables pour l'interprétation des contrats, notamment à la théorie dite de la confiance (cf. ATF 108 II 393). Le but d'une fondation ne peut être modifié que dans une mesure très restreinte (ATF 120 Ib 474, 112 Ib 99). La fondation cesse de répondre aux intentions du fondateur lorsque le but primitif paraît absurde ou complètement dépassé, ou lorsque les moyens de la fondation deviennent disproportionnés au but en raison des changements importants

intervenues, ou encore lorsque le cercle des destinataires doit être redéfini (ATF 133 III 167). Selon l'art. 86 al. 1 CC, en vigueur depuis le 1er janvier 2006, l'autorité fédérale ou cantonale compétente peut, sur requête de l'autorité de surveillance ou de l'organe suprême de la fondation, modifier le but de celle-ci, lorsque le caractère ou la portée du but primitif ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur. Cette disposition est applicable dans le cadre de fusion de fondations (art. 78 al. 2 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine [LFus, RS 221.301]).

E. 9.3.3

En l'espèce il n'est nullement manifeste que le but de la Fondation A. _____ ne serait plus adapté à la situation de fait et de droit des travailleurs de l'usine de X. _____ qui en sont les destinataires. Le fait qu'il y aurait, selon la Fondation A. _____, quelques difficultés à établir la liste des personnes travaillant sur le site de X. _____ ne saurait constituer un motif à l'extension des bénéficiaires de cette fondation patronale aux travailleurs du site de Y. _____. L'existence de quelques difficultés n'emporte pas l'impossibilité. Preuve en est le tableau récapitulatif des versements par la Fondation A. _____ établi en application du plan social (pce TAF 43). Le règlement de liquidation de la Fondation A. _____ ne comprend d'ailleurs pas de dispositions particulières tendant à clarifier la qualité de travailleur du site de X. _____ par rapport au site de Y. _____. Le règlement en question énonce clairement ses destinataires en se référant en première page au personnel de l'Usine C. _____, succursale de D. _____. C'est dire que les personnes bénéficiaires sont déterminées ou déterminables selon des critères objectifs. Depuis le 1er janvier 2006 la modification du but d'une fondation est possible à certaines conditions énoncées par les art. 86 s. CC. Or, la Fondation A. _____ n'a pas initié une telle démarche. Il s'ensuit que son cercle de bénéficiaires ne saurait être étendu à celui des travailleurs de l'usine de Y. _____ par une interprétation extensive et « actuelle » de son but au détriment de ses actuels bénéficiaires clairement définis.

E. 9.3.4

Il convient de relever que même après la vente du site de X. _____ le cercle des destinataires de la Fondation A. _____ est toujours une notion actuelle, il est constitué au moins des travailleurs et des retraités du site de X. _____, de l'ancienne D. _____. Le fait que les travailleurs des sites de X. _____ et de Y. _____ aient été repris par la filiale suisse du groupe I. _____ n'a pas d'incidence car dans tous les cas les travailleurs actuels du site de X. _____ de ladite filiale du groupe I. _____ avec les retraités au moins du site de X. _____ constituent le cercle toujours actuel des destinataires de la Fondation A. _____. L'allégué de la recourante selon lequel le cercle de ses destinataires serait limité aux retraités du site de X. _____, voire de Y. _____ également si l'on se réfère à ses premières écritures, est erroné.

E. 9.4

S'agissant de la nature des prestations in casu allouées, comme on l'a vu, un plan social peut prévoir des prestations, en vertu d'une clause de porte-fort (art. 111 CO) ou de débiteur solidaire clairement énoncée, d'une tierce fondation de prévoyance (par recours à des fonds libres) et/ou d'une tierce fondation patronale dans la mesure où les prestations sont de pure prévoyance strictu sensu. Dans ses écritures la Fondation A. _____ distingue un montant de 325'150.- francs sur le montant total de 1'891'320.- francs qui serait de pure prévoyance strictu sensu. Le Tribunal de céans n'a pas à se prononcer sur le bien-fondé de ce montant

versé par la Fondation A. _____ du fait qu'il ne résulte pas d'une convention de porte-fort ou de débiteur solidaire passée d'entente entre les parties contractantes. Il s'ensuit que sur ce montant aussi le recours contre la décision de l'Autorité de surveillance doit être rejeté.

E. 10

S'agissant du montant de 2'834.- francs qui selon la décision attaquée ne doit pas faire l'objet d'un remboursement de la part de l'employeur, le Tribunal de céans ne se prononcera pas sur le bien-fondé de l'allocation de ce montant par la Fondation A. _____ en lieu et place de l'employeur étant donné que celui-ci n'est pas litigieux selon la décision attaquée, que l'Autorité inférieure n'est pas revenue sur ce montant dans ses écritures et qu'il n'appartient pas au Tribunal de céans de se substituer à l'autorité de surveillance, même si sous l'angle du défaut de convention de porte-fort ou de débiteur solidaire (cf. supra 9.2) le montant en question ne devrait pas être assumé par la Fondation A. _____.

E. 11

Vu ce qui précède le recours est rejeté et la décision de remboursement à la Fondation A. _____ confirmée à hauteur des montants effectivement versés, soit 1'673'420.30 francs. Le montant de 250'000.- francs que la Fondation A. _____ aurait déjà perçu en remboursement selon ses dernières écritures est à déduire. La question des intérêts sur le montant à remboursé est laissée ouverte du fait que ni la décision attaquée ni les parties ne se sont exprimées sur ce point. Enfin les frais mis à la charge de la Fondation A. _____ par l'Autorité inférieure, vu la confirmation dans son principe de la décision attaquée et le fait que lesdits frais ne sont pas contestés quant à leur hauteur, sont confirmés.

E. 12.1

En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe, soit en l'espèce la recourante. Ils sont fixés à 8'000.- francs et sont compensés par l'avance effectuée de même montant requise par le Tribunal de céans.

E. 12.2

Vu l'issue de la cause, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, étant précisé qu'il ne se justifie pas de s'écarter de la règle selon laquelle les autorités parties n'ont pas droit aux dépens (cf. 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]). (Le dispositif figure sur la page suivante)

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