

# **BVGer C-945/2008 vom 23. Juli 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-07-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-945\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-945_2008)

FR: TAF C-945/2008 du 23 juillet 2009

IT: TAF C-945/2008 del 23 luglio 2009

## **Regeste**

Liquidation (partielle) des institutions de prévoyance

## **Erwägungen**

### **E. 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, 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 Tribunal administratif fédéral 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. 2.1**

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 que celle 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, Droit administratif II, 2ème éd. Berne 2002, p. 626 ss; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 483 ss). En l'espèce, ces conditions sont remplies étant donnée que les fondations recourantes ont un intérêt manifeste à ce que leur fusion soit approuvée.

### **E. 2.2**

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 recevable.

### **E. 3**

D'après l'art. 80 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210), toute fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécifique. La description du but de la fondation en est un élément essentiel et a pour effet d'en délimiter les tâches et d'en exclure d'autres imposant ainsi l'obligation à ses organes d'employer les biens de la fondation conformément à leur destination (Hans Michael Riemer, Berner Kommentar, Die Stiftungen, vol. I/3, Berne 1975, n° 36 ad art. 80 CC). D'après l'art. 84 al. 2 CC, l'autorité de

surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. Le pouvoir de surveillance de l'autorité est toutefois limité par le principe de la liberté du fondateur et celui de l'autonomie de la fondation (Parissima Vez, La fondation: lacunes et droit désirable, Berne 2004, p. 260 et les références de jurisprudence et de doctrine citées), et consiste par conséquent uniquement à examiner si le conseil de fondation a agi conformément à la loi et dans les limites de son pouvoir d'appréciation (Kurt Schweizer, Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleistung in der beruflichen Vorsorge, Thèse Zurich 1985, p. 121 et les références citées; Jacques-André Schneider, Fonds libres et liquidations de caisses de pensions, éléments de jurisprudence, in Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [RSAS] 2001 p. 477 ss, p. 472 n° 56). Un examen plus large de l'autorité de surveillance constitue une violation du principe d'autonomie de la fondation. S'agissant des fonds patronaux, la marge d'appréciation pour l'attribution ou la répartition des fonds libres est encore plus grande (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_101/2008 du 26 février 2009, consid. 6.1). En d'autres termes, 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 encore s'est abstenue de l'exercer pleinement.

#### **E. 4**

L'objet du litige concerne le refus de l'autorité de surveillance d'approuver la fusion entre les deux fondations recourantes. À cet égard, il convient de préciser que le contrat de fusion du 26 juin 2006 indique, d'une part, que la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant de A.\_\_\_\_\_ est la fondation reprenante et, d'autre part, que la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de A.\_\_\_\_\_ est la fondation transférante. Les rapports de fusion et du réviseur datés du même jour se basent sur cet état de fait, à savoir que c'est la fondation du personnel dirigeant qui reprend celle du personnel. Lors des séances du 3 juillet 2006, les conseils de fondation des deux institutions ont ratifié le contrat de fusion et requis la dissolution de la fondation concernant le personnel. C'est donc à tort que l'autorité de surveillance expose dans le dispositif I de la décision attaquée qu'elle refuse la fusion entre la fondation du personnel, « en tant qu'institution reprenante », et celle du personnel dirigeant, « en tant que fondation transférante ». Il s'agit manifestement de l'inverse. Les conclusions des recourantes (p. 2 du mémoire de recours) contiennent la même erreur, alors que la motivation du recours se fonde sur un état de fait contraire. Étant donné qu'il s'agit d'une erreur de rédaction, sans influence sur le dispositif ni sur le contenu essentiel des considérants, le Tribunal de céans peut corriger d'office cette erreur. Par la suite, seront donc repris les termes tels qu'ils résultent du contrat de fusion du 26 juin 2006.

#### **E. 5**

La fusion demandée par les recourantes entraînerait la dissolution de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de A.\_\_\_\_\_ et la reprise de son patrimoine par la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant de A.\_\_\_\_\_. Cette opération, selon les recourantes, serait conforme aux statuts des fondations intéressées. Elles relèvent que l'art. 8 des statuts du 14 avril 1988 de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de A.\_\_\_\_\_ prévoit qu'en cas de dissolution sa fortune reviendrait à l'une ou l'autre des institutions de prévoyance du groupe X.\_\_\_\_\_. Le refus de la fusion constituerait en outre une violation de la liberté de la fondatrice et de l'autonomie de la fondation. De sa part, l'autorité de surveillance justifie son refus par le fait que la fusion envisagée ne garantit pas les prétentions des bénéficiaires de la fondation concernant le

personnel dirigeant.

### **E. 6.1**

Il ressort des art. 2 des statuts respectifs que les deux fondations recourantes sont des fondations patronales de bienfaisance dont le financement est assuré exclusivement par l'employeur. Pour résoudre le présent litige, il convient de rappeler qu'en l'espèce trouvent application non seulement les dispositions topiques de la LPP (cf. art. 89bis al. 6 CC), mais aussi celles de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus, RS 221.301). En effet, le champ d'application de la LFus s'étend à toute institution de prévoyance assujettie - comme dans le cas des deux fondations recourantes - à la surveillance prévue à l'art. 61 LPP (cf. art. 2 let. i LFus en relation avec l'art. 89bis al. 6 ch. 12 CC; voir aussi Basler Kommentar - Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (édit.), Fusionsgesetz, Bâle 2005 [cité BSK FusG-auteur, art.\_n°\_], spéc. BSK FusG-Morscher, art. 2 n° 35).

### **E. 6.2**

Aux termes de l'art. 3 LFus, l'opération demandée par les recourantes constitue une fusion. En effet, elle entraîne la dissolution d'une institution, ce qui permet d'exclure qu'il s'agit d'un transfert de patrimoine au sens de l'art. 98 LFus. Pour être complet, on précisera qu'il s'agit d'une fusion par absorption (par opposition à une fusion par combinaison) parce que la fondation du personnel ne transfère pas son patrimoine à une nouvelle fondation (art. 3 al. 1 let. a LFus). Le fait que, dans un deuxième temps, il ait été prévu que la fondation du personnel adopte de nouveaux statuts et change de nom est sans influence sur la qualification du type de fusion. Par ailleurs, les deux fusions obéissent en principe aux mêmes règles (Commentaire LFus - Peter/Trigo Trindade (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2005, [cité Comm LFus-auteur, art.\_n°\_], spéc. Comm LFus-Trigo Trindade, art. 3 n° 25).

### **E. 6.3**

Les art. 88 à 96 LFus règlent la fusion d'institutions de prévoyance. Aux termes de l'art. 88 al. 2, la fusion d'institutions de prévoyance n'est autorisée que si le but de prévoyance ainsi que les droits et les prétentions des assurés sont maintenus. Les dispositions du droit des fondations (art. 80 ss CC) et de la LPP sont toutefois réservées (art. 88 al. 3 LFus). En l'espèce, il est constant que le but de prévoyance est maintenu (cf. art. 2 des statuts de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant, révisés le 25 juin 1999 et le 1er juillet 2002, et art. 2 des statuts de la Fondation du personnel du 14 avril 1988). Seule est contestée la sauvegarde des prétentions d'un cercle de bénéficiaires. Pour être complet, on peut mentionner que l'art. 86 al. 1 CC, entré en vigueur le 1er janvier 2006, prévoit que l'autorité fédérale compétente peut, sur requête de l'organe suprême de la fondation, modifier le but de celle-ci, lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur. Ceci peut être le cas, par exemple, lorsque la dotation en fortune d'une fondation excède ses besoins. En ces circonstances, une modification des buts dans le sens de l'élargissement des bénéficiaires devrait être possible.

### **E. 6.4**

Les art. 89 à 96 LFus précisent quelle est la procédure à suivre pour procéder à la fusion de deux institutions de prévoyance. Ainsi, les institutions intéressées doivent fournir un bilan (art. 89 LFus), un contrat de fusion (art. 90 LFus), un rapport de fusion (art. 91 LFus), faire vérifier ces documents par leur organe de contrôle et un expert agréé en matière de

prévoyance professionnelle (art. 92 LFus), informer les assurés de la fusion projetée ainsi que de ses répercussions (art. 93 LFus). La fusion est soumise à l'approbation de l'organe supérieur des fondations concernées (art. 94 LFus) et doit être approuvée par l'autorité de surveillance de l'institution transférante (art. 95 LFus) qui se prononce après avoir informé les créanciers et travailleurs intéressés (art. 96 LFus). En l'espèce, il n'est pas contesté que les documents nécessaires ont été produits et que les fondations recourantes ont informé les assurés de la fusion par communication du 29 juin 2006.

### **E. 7.1**

Selon l'art. 53c LPP, lors de la dissolution d'une institution de prévoyance (liquidation totale), l'autorité de surveillance décide si les conditions et la procédure sont observées et approuve le plan de répartition. En l'espèce, il est prévu que le patrimoine de la fondation du personnel soit transféré à la fondation du personnel dirigeant. Le cercle des bénéficiaires de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant de A. \_\_\_\_\_ ne va toutefois plus se limiter au personnel dirigeant mais comprendra l'ensemble du personnel de A. \_\_\_\_\_. De ce fait, selon l'autorité de surveillance, le personnel dirigeant serait lésé parce que le cercle des bénéficiaires du patrimoine de la fondation reprenante serait élargi au profit de l'ensemble du personnel de A. \_\_\_\_\_.

### **E. 7.2**

En principe, dans le cas des fondations patronales de bienfaisance, les bénéficiaires n'ont pas de droit à ces prestations qui ne sont pas réglementaires mais constituent uniquement des expectatives. Toutefois, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer à plusieurs reprises que les expectatives de prestations discrétionnaires futures provenant d'une distribution de fonds libres ou de fondations de bienfaisances patronales jouissent d'une certaine protection. Ainsi, lors d'une liquidation - totale comme en l'espèce - le Tribunal fédéral a exposé que, en vertu du principe de la bonne foi, le patrimoine d'une fondation doit suivre le personnel en faveur duquel il a été constitué; en outre, en vertu du principe de l'égalité de traitement, il n'est pas admissible de favoriser un cercle de bénéficiaires au détriment d'un autre. En ce sens, la fortune d'une fondation ne doit pas être délayée du fait de l'élargissement du cercle des bénéficiaires. Ces principes ont une portée générale qui ne sauraient pas se limiter aux cas de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance, mais concernent la distribution en générale des fonds libres d'une fondation (sur ces questions arrêt du Tribunal fédéral 9C\_101/2008 du 26 février 2009, consid. 4.1 et 4.2 et les réf. citées; Comm LFus-Schneider, art. 88 n° 20 p. 875; BSK FusG-Huber, art. 88 n° 12).

### **E. 7.3**

En l'espèce, il est établi que les expectatives du personnel dirigeant sont touchées car la fortune de prévoyance est affectée à de nouveaux destinataires, autres que les bénéficiaires initiaux. La thèse des deux fondations recourantes, selon laquelle la fusion des deux institutions peut être approuvée parce que, de toute façon, le personnel dirigeant ne jouit d'aucune protection en cas de dissolution de la fondation de prévoyance, ne peut donc pas être suivie. Même en l'absence d'un droit subjectif, à la lumière de la jurisprudence mentionnée ci-dessus, il convient en effet de reconnaître au personnel dirigeant une certaine protection de ses expectatives.

### **E. 8.1**

Les fondations recourantes font encore valoir que les prétentions du personnel dirigeant sont garanties par la création d'une provision de 5'130'000 francs. Les droits des bénéficiaires seraient en outre assurés par le fait que la fortune de chaque fondation permet de couvrir la totalité des engagements éventuels des fondations. D'ailleurs, au moment de la fusion, aucune personne n'avait un droit individuel contre l'une des deux fondations patronales (cf. rapport du 27 juin 2006 de l'expert en prévoyance professionnelle).

### **E. 8.2**

L'art. 88 al. 2 LFus ne prescrit pas de quelle manière les droits et prétentions des bénéficiaires doivent être maintenus. S'il est vrai qu'une fusion ne peut en principe être assortie d'une réduction des prétentions, il doit rester possible d'harmoniser les règlements de prévoyance, y compris dans les domaines des prestations. Du reste, la condition du maintien des droits et prestations doit être examinée dans le cadre d'une appréciation d'ensemble des avantages et désavantages de la fusion (Henry Peter / Rita Trigo Trindade, op. cit., art. 88 n° 24-26). En l'espèce, il convient en premier lieu de rappeler que les personnes affiliées à la fondation du personnel dirigeant sont au nombre de 44 (cf. rapport du 28 février 2006 de l'expert en prévoyance professionnelle). Toutes ces personnes sont traitées de la même manière, ce qui permet d'exclure une violation du principe de l'égalité de traitement. La fusion des deux fondations patronales fait suite à celle concernant les fondations réglementaires (approuvée le 14 décembre 2006), dont la séparation ne se justifiait plus après l'abandon du système de la primauté des prestations à partir du 1er janvier 2005. Les mêmes raisons ayant trait à la rationalisation de la gestion administrative sont valables pour la fusion des fondations réglementaires et pour celle dont il est question dans cet arrêt. Les fondations recourantes font en outre valoir que leur fusion permettrait de rééquilibrer leurs patrimoines, étant donné que la fortune de la fondation du personnel dirigeant est plus importante: au 31 décembre 2005, l'actif de la fondation du personnel dirigeant s'élevait à 30'512'170 francs et celui de la fondation du personnel à 6'245'947 francs. Le regroupement des cercles des bénéficiaires assurerait une certaine égalité de traitement entre le personnel dirigeant et le personnel de l'ensemble du groupe. Les deux Conseils de fondation intéressés ont exprimé leur accord avec la fusion et les bénéficiaires, en particulier ceux affiliés à la fondation du personnel dirigeant, n'ont pas non plus manifesté d'opposition lors de la procédure de consultation du contrat de fusion. Leurs droits sont en outre garantis par la création d'une provision en leur faveur de 5'130'000 francs qui, selon le rapport du 28 février 2006, suffit à assurer leurs prétentions éventuelles. Cette provision correspond en fait à une garantie collective de leurs attentes.

### **E. 8.3**

Compte tenu de la liberté de la fondatrice et du principe de l'autonomie de la fondation, l'autorité de surveillance ne pouvait intervenir qu'avec une certaine retenue (cf. consid. 3 ci-dessus). Ainsi, elle ne pouvait interdire la fusion des deux fondations recourantes que si cette décision était arbitraire. Dans la mesure où les prétentions du cercle des bénéficiaires des deux fondations sont maintenues par le contrat de fusion du 26 juin 2006, les conditions de l'art. 88 al. 2 LFus doivent être considérées remplies. En effet, la provision de 5'130'000 francs garantit les prétentions éventuelles des bénéficiaires de la fondation du personnel dirigeant. C'est donc à tort que l'autorité de surveillance a refusé d'approuver la fusion entre les deux fondations recourantes. Le recours doit, partant, être admis et la décision du 14 janvier 2008 annulée. Le dossier est renvoyé à l'autorité inférieure afin qu'elle donne son aval à la fusion des fondations recourantes selon les termes du contrat de fusion et rende une

décision d'approbation.

### **E. 9.1**

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, il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais de Fr. 5'000.- fournie par les recourantes leur est remboursée.

### **E. 9.2**

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 recourantes ont agi sans recourir aux services d'un représentant, il n'est dès lors pas alloué d'indemnité de dépens.

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