Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.402/2005 /viz

Arrêt du 15 février 2006
IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Merkli, Président,
Betschart, Wurzburger, Müller et Yersin.
Greffier: M. Dubey.

Parties
Fondation de prévoyance Y._____,
recourante,
représentée par Me Niklaus Witschi, avocat,

contre

A._____,
intimé,
représenté par Me Xavier Mo Costabella, avocat,
Office fédéral des assurances sociales, Effingerstrasse 20, 3003 Berne,
Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, route de Chavannes 35, 1007 Lausanne.

Objet
répartition de la fortune restante,
recours de droit administratif contre le jugement de
la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, du 18 mai 2005.

Faits:
A.
Initialement créé par acte public du 13 décembre 1945 sous le nom de "Fonds de prévoyance X._____, société anonyme de télécommunications et de sécurité aérienne", le "Fonds de prévoyance Y._____, société anonyme suisse pour les services de la navigation aérienne" (ci-après: la Fondation), est une fondation au sens des art. 80 ss CC constituée par X._____, société anonyme de télécommunications et de sécurité aérienne (ci-après: X._____ SA). Dès le 1er janvier 1988, cette dernière a été remplacée par Y._____, société anonyme suisse pour la sécurité aérienne (ci-après: Y._____ SA).
Selon l'art. 2 de son acte de fondation du 18 août 1987, la Fondation a pour objet une prévoyance complémentaire à la LPP contre les conséquences économiques de la vieillesse, de l'invalidité, de la maladie, d'accidents, du chômage et d'une situation de gêne indépendante de la volonté des employés et bénéficiaires respectivement à leur décès pour leur survivants. Les bénéficiaires de la Fondation sont tous les anciens collaborateurs de X._____ SA qui sont déjà à la retraite au 31 décembre 1987, tous les collaborateurs qui passent le 1er janvier 1988 de X._____ SA à Y._____ SA ainsi que les employés de X._____ SA qui passent dans les services des PTT et les survivants de ces collaborateurs (art. 3 de l'acte de fondation). Sa fortune est constituée uniquement de versements provenant des entreprises fondatrices (art. 4 de l'acte de fondation). Le Conseil de la Fondation est composé de manière paritaire de représentants désignés respectivement par Y._____ SA et par les bénéficiaires (art. 5 de l'acte de fondation). Elle n'est pas enregistrée dans le registre de la prévoyance professionnelle au sens de l'art. 48 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle

vieillesse, survivants et
invalidité (LPP; RS 831.40). En cas de suppression de la Fondation, le Conseil de fondation doit utiliser la fortune restante exclusivement dans le cadre du but de la Fondation, une utilisation dans d'autres buts n'entrant en ligne de compte que si les bénéficiaires ont été dédommagés de manière convenable ou qu'ils n'existent plus (art. 11 al. 3 de l'acte de fondation).
Le 20 mars 1989, le Conseil de fondation a édicté le règlement de la Fondation (ci après: le règlement). Les art. 8 et 9 du règlement décrivent plus précisément l'utilisation des fonds et les bénéficiaires. Les capitaux doivent notamment être utilisés comme subsides dans certains cas de rigueur, comme prêts en cas d'impasse financière, comme contributions à des frais de formation ou de reconversion professionnelle et comme prestations de rente en cas de vieillesse, accident, invalidité, de chômage ou de besoins de l'employé lui-même de son conjoint, de ses enfants mineurs ou d'autres personnes aux besoins desquelles il subvient (art. 9 du Règlement). Son art. 11 prévoit que les prestations du fonds de prévoyance sont fixées par le Conseil de la fondation qui agit en toute liberté et en tenant compte de cas en cas des conditions sociales.
B.
Ayant constaté que le but initial de la Fondation n'avait plus de raison d'être depuis 1985 parce qu'il était largement couvert par la législation sociale et que seul demeurait le soutien des employés tombés dans une situation de gêne, le Conseil de fondation a demandé la liquidation du fonds. Par décision du 23 octobre 2000, l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après: l'Office fédéral) a prononcé la liquidation et approuvé le plan de répartition le 16 mai 2001. Sur recours de l'Association suisse des contrôleurs civils de la circulation aérienne, cette décision d'approbation du plan de répartition des biens de la Fondation a été annulée par arrêt du 7 février 2003 de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (ci-après: la Commission de recours), parce que la répartition ne tenait pas compte des bénéficiaires à la retraite.
Le 10 novembre 2003, l'Office fédéral a approuvé un nouveau plan de répartition. La fortune de la Fondation d'environ 12'300'000 fr. est répartie entre les employés actifs, qui représentent 64% des bénéficiaires, et les rentiers, qui représentent 36% des bénéficiaires. Selon les pièces du dossier, le plan attribue environ 8'000 fr. aux bénéficiaires actifs dont la durée de service se situe entre 3 et 9 ans, environ 12'000 fr. à ceux dont la durée de service se situe entre 10 et 19 ans et environ 16'000 fr. à ceux dont la durée de service est supérieure à 20 ans, tandis qu'un montant unique de 3'000 fr. est versé aux bénéficiaires rentiers à la condition qu'une rente leur soit encore versée au moment de la répartition effective.
C.
Saisie d'un recours par A._____, rentier depuis le 1er août 1995, la Commission de recours a, par jugement du 18 mai 2005, annulé la décision du 10 novembre 2003 et renvoyé le dossier à l'Office fédéral pour nouvelle décision au sens des considérants. Elle a jugé en substance que la répartition violait le droit à l'égalité, rien ne justifiant un versement "symbolique" aux rentiers. Il était en particulier arbitraire de prétendre que les rentiers n'avaient pas droit à des prestations de la Fondation parce qu'ils bénéficiaient de rentes de prévoyance, alors que celle-ci avait pour but précisément de compléter la prévoyance.
D.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, la Fondation demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, de rejeter le recours de A._____ contre la décision de l'Office fédéral des assurances sociales du 10 novembre 2003, subsidiairement de constater que la décision précitée n'est pas entrée en force uniquement à l'égard de A._____. Elle se plaint de la violation de son autonomie.
La Commission de recours renonce à déposer des observations. L'Office fédéral propose l'admission du recours et l'annulation de la décision de la Commission de recours du 18 mai 2005. A._____ conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours, dans la mesure où il est recevable.
Le 30 novembre 2005, l'Office fédéral a déposé le dossier de la procédure concernant le premier plan de répartition.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Déposé en temps utile contre une décision fondée sur le droit public fédéral et prise par une commission fédérale de recours, sans qu'aucune des exceptions prévues aux art. 99 à 102 OJ ou dans la législation spéciale ne soit réalisée, le présent recours est en principe recevable comme recours de droit administratif en vertu des art.

97 ss OJ ainsi que de l'art. 74 al. 4 LPP (arrêt 2A.189/2002 du 10 octobre 2002, consid. 1.1; ATF 119 Ib 46 consid. 1b-c p. 49 s.).
2.
Conformément à l'art. 104 lettre a OJ, le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (ATF 128 II 145 consid. 1.2.1). Le Tribunal fédéral revoit d'office l'application du droit fédéral qui englobe notamment les droits constitutionnels du citoyen (ATF 130 III 707 consid. 3.1 p. 709; 130 I 312 consid. 1.2 p. 318). Comme il n'est pas lié par les motifs que les parties invoquent, il peut admettre le recours pour d'autres raisons que celles avancées par le recourant ou, au contraire, confirmer la décision attaquée pour d'autres motifs que ceux retenus par l'autorité intimée (art. 114 al. 1 in fine OJ; ATF 131 II 361 consid. 2 p. 366; 130 III 707 consid. 3.1 p. 709 et les arrêts cités).
En revanche, lorsque le recours est dirigé, comme en l'occurrence, contre les décisions d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans les décisions, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 104 lettre b et 105 al. 2 OJ). En outre, le Tribunal fédéral ne peut pas revoir l'opportunité des décisions entreprises, le droit fédéral ne prévoyant pas un tel examen en la matière (art. 104 lettre c ch. 3 OJ; ATF 131 II 361 consid. 2 p. 366, 131 III 182 consid. 1 p. 184).
3.
3.1 Soumise d'abord à l'art. 23 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP; RS 831.42, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2004), la liquidation d'une institution de prévoyance est maintenant régie par les art. 53b ss LPP, introduits par la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la 1ère révision LPP, en vigueur depuis le 1er janvier 2005 (sous réserve d'exceptions qui n'entrent pas en considération ici; RO 2004 1677). Les art. 23 LFLP et l'art. 89bis al. 6 CC, également modifiés par cette dernière, renvoient dorénavant aux art. 53 ss LPP.
La décision de l'Office fédéral des assurances sociales annulée par la Commission fédérale de recours étant antérieure au 1er janvier 2005, les art. 53c ss LPP, introduits par la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la 1ère révision LPP, ne lui sont pas applicables. Par ailleurs, le champ d'application de l'art. 23 LFLP (dans sa version en vigueur avant le 1er janvier 2005) était limité aux rapports de prévoyance par lesquels une institution de prévoyance accorde des prestations réglementaires auxquelles les bénéficiaires ont un droit lors de la survenance d'un cas de prévoyance (art. 1 al. 2 LFLP). Les fondations patronales qui n'offrent que des prestations discrétionnaires à leurs bénéficiaires n'y étaient pas soumises (Jacques-André Schneider, Fonds libres et liquidations de caisses de pensions, éléments de jurisprudence, in RSAS 45/2001, p. 451 ss, p. 479, n°71). Tel est bien le cas de la recourante qui est une fondation patronale de bienfaisance non enregistrée dont les bénéficiaires n'ont pas un véritable droit à des prestations, mais de simples expectatives de paiements laissés à la discrétion du Conseil de fondation (cf. art. 11 du règlement de fondation).
Enfin, à supposer qu'ils aient été applicables, ni l'art. 89bis al. 6 CC ni l'art. 49 al. 2 LPP ne prévoyaient d'étendre la portée de l'art. 23 LFLP aux institutions patronales.
Il est vrai que, dans un arrêt du 10 octobre 2002, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 23 LFLP pouvait s'appliquer par analogie à la liquidation partielle d'une fondation patronale de bienfaisance (arrêt 2A.189/2002 du 10 octobre 2002, consid. 3.3). Les faits de cet arrêt toutefois se distinguent de ceux de la présente affaire: contrairement à la recourante, la fondation qui était en cause à l'époque avait été financée au moins en partie par des cotisations d'employés et avait accordé un droit à des prestations. En outre, le litige portait sur les conditions dans lesquelles la liquidation partielle de la fondation devait intervenir. Tel n'est pas l'objet du présent litige, qui porte sur le bien-fondé des critères de répartition de la fortune retenus par le Conseil de la recourante.
3.2 Avant l'entrée en vigueur de la 1ère révision LPP, la liquidation totale d'une fondation patronale était par conséquent soumise aux dispositions générales du droit des fondations (cf. Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Schulthess 2005, p. 489 s., n°1305 s.), selon lesquelles, d'une manière générale, l'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens de la fondation soient employés conformément à leur destination (art. 84 al. 2 CC). Le pouvoir de surveillance de l'autorité est toutefois limité par le principe de la liberté du fondateur et le principe de l'autonomie de la fondation (Parisima 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, op. cit., p. 472, n°56). Un examen

plus large de l'autorité de surveillance constitue une violation du principe d'autonomie de la fondation.
L'art. 57 al. 1 CC règle la destination des biens des personnes morales dissoutes. Il régit donc la destination des biens des fondations dissoutes: la fortune de la fondation dissoute est dévolue conformément à la loi, aux statuts ou à l'acte de fondation, lorsqu'ils prévoient des dispositions à cet effet (arrêt 5A.14/1999 du 7 décembre 1999, consid. 3b publié in RSAS 2001 p. 481). Par conséquent, nonobstant l'obligation de respecter les buts statutaires et réglementaires (Parisima Vez, op. cit., p. 313 s. et les références citées), l'exercice du large pouvoir du conseil de fondation dans le choix des critères de répartition est limité par les principes généraux du droit que sont l'interdiction de l'arbitraire, le principe de l'égalité de traitement et le principe de la bonne foi, qui trouvent application en droit privé des fondations (ATF 119 Ib 46 consid. 4c p. 54; 110 II 436 consid. 4 p. 432 s.) et s'imposent par conséquent également aux fondations patronales quand bien même les destinataires de ces dernières n'ont pas un droit à des prestations, mais de simples expectatives (ATF 131 II 533 consid. 5.2 p. 537; arrêt 2A.189/2002 du 10 octobre 2002, consid. 3.2; ATF 110 II 436 consid. 4 p. 442 s.).
En particulier, ne viole pas le principe d'égalité de traitement et par conséquent ne tombe pas sous l'interdiction de l'arbitraire une répartition de la fortune restante d'une fondation en fonction de critères fondés sur le rapport de travail, en particulier la durée des rapports de service, en cas de risque abstrait ou de critères fondés sur les obligations ou les prétentions d'entretien existantes (Kurt Schweizer, Rechtliche Grundlagen der Anwartschaft auf eine Stiftungsleistung in der beruflichen Vorsorge, Thèse Zurich 1985, p. 116 s. et les nombreuses références). En revanche écarter par principe tout retraité du cercle des bénéficiaires en cas de liquidation totale viole le principe d'égalité de traitement. Les inclure ne signifie toutefois pas pour autant qu'ils doivent être traités de manière identique aux salariés (Jacques-André Schneider, op. cit., p. 469, n°45).
4.
4.1 Le Conseil de fondation de la recourante a inclus à bon droit dans le plan de répartition du 6 juin 2003 les employés actifs et les anciens employés encore au bénéfice d'une rente, puisque, conformément aux buts de la Fondation, auxquels renvoie l'art. 11 al. 3 de ses Statuts en cas de suppression de celle-ci, ils pouvaient tous bénéficier de ses prestations, quand bien même ils ne possédaient pas un droit ferme à les obtenir. On ne saurait sous cet angle suivre la Commission de recours qui considère que les rentiers ont été matériellement exclus du plan de répartition parce qu'ils ne se voient allouer qu'un montant "symbolique" de 3'000 fr. Dans la mesure où ce montant représente plus du tiers du montant alloué aux employés actifs depuis 3 ans, il n'a rien de symbolique. Tout au plus peut-il être considéré comme insuffisant ou contraire à l'égalité de traitement, ce qu'il convient d'examiner ci-dessous.
4.2 Pour établir le plan de répartition qui a été confirmé par l'Office fédéral, le Conseil de fondation a choisi de prendre en considération les risques, nécessairement potentiels, encourus par chacun des bénéficiaires actifs ou rentiers. Selon lui, le risque de tomber dans une situation difficile, en particulier de chômage, serait notablement plus élevé pour les bénéficiaires actifs que pour les rentiers, qui sont assurés de toucher une rente de la part de la caisse de pension de la Confédération dans laquelle ils ont été transférés avec effet au 1er janvier 2001. L'absence de demande de prestation de la part des rentiers confirmerait ce raisonnement. Aux premiers, il a par conséquent choisi d'attribuer un montant proportionnel à la durée des rapports de service, respectivement d'environ 8'000 fr., 12'000 fr. et 16'000 fr. Aux rentiers, en revanche, il a décidé d'accorder un montant fixe de 3'000 fr. Ce choix se soutient. Le critère choisi tient dûment compte des buts de la recourante qui consistaient à accorder une prestation en cas de situation de détresse ou de gêne. Il repose à juste titre sur la fréquence des demandes d'aides de la part des bénéficiaires potentiels (cf. à cet égard, Jacques-André Schneider, op. cit., p. 478, n°69). En cela, il fait application d'un critère admissible et objectif tant dans sa définition que dans son résultat. En d'autres termes, un tel critère de répartition entrait dans le pouvoir d'appréciation du Conseil de fondation, confirmé à bon droit par l'Office fédéral.
4.3 Dans la décision litigieuse, la Commission de recours reproche à tort au Conseil de fondation et à l'Office fédéral d'être tombé dans l'arbitraire en prétendant que les rentiers n'ont pas droit à des prestations parce qu'il touchent déjà des rentes, alors que les buts de la recourante consistaient précisément, selon elle, à compléter la prévoyance. Cette objections perd de vue que les capitaux de la recourante, comme l'indique l'art. 2 de ses Statuts et l'art. 9 de son Règlement, doivent être utilisés "dans certains cas de rigueur", "en cas d'impasses financières" ou "en cas de besoins". Il s'agit par conséquent d'aides qui ne reposent sur aucun calcul actuariel fondé sur les risques assurés dans le cadre de la prévoyance professionnelle ou sur la base des réserves mathématiques et qui soient comparables à un complément de prévoyance comme l'est la prévoyance étendue sous- ou surobligatoire.

Avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, les buts de la recourante se sont écartés de la couverture du risque classique de prévoyance professionnelle qu'elle poursuivait certes à l'origine pour ne couvrir plus que les cas de rigueur. Une telle évolution dans l'utilisation des capitaux de la recourante trouve encore appui dans ses statuts et son règlement et n'en constitue nullement une interprétation arbitraire eu égard au large pouvoir d'appréciation de son Conseil. On ne saurait dès lors reprocher au Conseil de fondation et à l'Office fédéral d'avoir tenu compte de la probabilité d'encourir un cas de rigueur pour répartir la fortune restante de la recourante. En effet, considérer que des employés actifs d'un certain âge courent plus de risques que des retraités d'une caisse de pension de droit public est réaliste. En outre, à l'inverse de la situation des employés actifs, la durée de service des rentiers n'est pas significative quant à la probabilité de tomber dans une situation de gêne ou de détresse.
Dans la mesure enfin où il est établi que le critère de répartition et son application ne viole ni l'interdiction de l'arbitraire ni l'égalité de traitement, c'est également à tort que la Commission de recours reproche à l'Office fédéral d'avoir confirmé une répartition déséquilibrée des capitaux, 88% en faveur des employés actifs et 12% en faveur des rentiers. Dès lors que la répartition répond sans arbitraire aux besoins potentiels des bénéficiaires, la Commission de recours ne pouvait exiger du Conseil de fondation de la recourante qu'il fonde son plan de répartition sur d'autres critères.
Par conséquent, en annulant la décision de l'Office fédéral des assurances sociales du 10 novembre 2003 confirmant le plan de répartition du Conseil de fondation de la recourante, la Commission de recours a constaté à tort que ces derniers étaient tombés dans l'arbitraire et avaient abusé de leur liberté d'appréciation. Ce faisant, elle a violé l'autonomie qui revient à la recourante en ce domaine.
5.
Il résulte de ce qui précède que le recours est admis. La décision du 18 mai 2005 de la Commission fédérale de recours est annulée et la décision de l'Office fédéral des assurances sociales est confirmée. La cause est renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision sur les frais de la procédure devant elle au sens des considérants. Les frais sont mis à la charge de A._____ qui succombe (art. 153 et 153a en relation avec l'art. 156 OJ); ce dernier versera une indemnité de partie à la recourante qui a obtenu gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel (art. 159 OJ; arrêt B 29/97 du 26 février 1999 in SZS 2001 p. 190).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est admis et la décision du 18 mai 2005 de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité est annulée.
2.
La décision du 10 novembre 2003 de l'Office fédéral des assurances sociales est confirmée.
3.
La cause est renvoyée à la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité pour nouvelle décision sur les frais de la procédure devant elle au sens des considérants.
4.
Un émolument judiciaire de 5'000 fr. est mis à la charge de A._____.
5.
Une indemnité de dépens de 5'000 fr. à charge de A._____ est allouée au Fonds de prévoyance Y._____, société anonyme suisse pour les services de la navigation aérienne.
6.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, à l'Office fédéral des assurances sociales et à la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité.
Lausanne, le 15 février 2006
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: