Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.501/2002/dxc

Arrêt du 20 mars 2003
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Wurzburger, Président, Hungerbühler, Müller, Merkli et Berthoud, Juge suppléant.
Greffier: M. Langone.

Parties
1. A._____,
2. B._____,
3. C._____,
4. D._____,
5. E._____,
6. F._____,
7. G._____,
8. H._____,
9. I._____,
10. K._____,
recourants, tous représentés par Me Fabio Spirgi, avocat, Keppeler & Associés, 15 rue Ferdinand-Hodler, 1207 Genève,

contre

X._____ SA,
intimée, représentée par Me Jacques-André Schneider, avocat, rue du Rhône 100, case postale 3403, 1211 Genève 3,
Service de surveillance des fondations et des institutions de pré- voyance du canton de Genève, case postale 3937, 1211 Genève 3,
Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, route de Chavannes 35, 1007 Lausanne.

Objet
Liquidation partielle d'une fondation,

recours de droit administratif contre le jugement de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, du 9 août 2002.

Faits:
A.
Ẍ._____ SA (ci-après: la Fondation), constituée par acte authentique du 16 juin 1966, a son siège à Genève. Selon l'art. 2 de la dernière version de ses statuts, elle a pour but la prévoyance professionnelle en faveur du personnel d'Y._____ SA, succursale de Genève (ci-après: Y._____ SA), dans le cadre de la LPP et de ses dispositions d'exécution (al. 1 lettre a) et la prévoyance professionnelle facultative pour les employés qui désirent rester affiliés à la Fondation après avoir été transférés dans une entreprise du groupe Y._____ située hors de Suisse (al. 1 lettre e).

Le 11 août 1998, Y._____ SA a été informée de la fusion du groupe Y._____ dans l'entité Z._____.

L'opération a conduit à de nombreux licenciements et des mises à la retraite anticipée. La fermeture définitive d'Y._____ SA devrait intervenir en 2004. Pour faire face aux conséquences de la fusion, Y._____ SA a adopté deux plans sociaux pour les employés sortants, l'un pour les employés âgés de plus de 55 ans, l'autre pour les employés âgés de moins de 55 ans. L'un et l'autre plans prévoient le versement d'une indemnité de licenciement et l'octroi de différents avantages. Pour les employés âgés de plus de 55 ans, le plan social établi prévoit en outre une mise à la retraite anticipée sans réduction actuarielle. A cet effet, Y._____ SA a mis à disposition de la Fondation, sous la forme d'un versement d'une prime unique de 3 millions de francs et d'une dissolution partielle de la réserve de cotisations de l'employeur par 2'270'834 fr., un montant total de 5'270'834 fr., représentant une majoration de l'avoir individuel de prévoyance des retraités anticipés variant de 30 à 97% selon les cas. Pour les employés âgés de moins de 55 ans, la Fondation a décidé de leur verser un complément de 20% de leur prestation de libre
passage, majoré d'un intérêt de 4% depuis la date de la fin des rapports de travail.

Le 16 juillet 1999, le Conseil de Fondation a informé les employés d'Y._____ SA de sa décision de procéder à une liquidation partielle de la Fondation puis à une liquidation totale dès qu'il n'y aurait plus d'employés assurés. Dans le cadre de la liquidation partielle, le complément de 20% de la prestation de libre passage, majoré d'un intérêt de 4%, doit être versé aux employés de moins de 55 ans déjà licenciés et à ceux dont le contrat de travail prendra fin ultérieurement, soit jusqu'à la date de la cessation définitive des activités d'Y._____ SA. Les employés mis au bénéfice de la retraite anticipée sont en revanche exclus du cercle des destinataires du plan de répartition partielle des fonds libres de la Fondation en raison de l'amélioration de leurs prestations de prévoyance par l'absence de réduction actuarielle. Ultérieurement, soit le 25 juillet 2000, le Conseil de Fondation a précisé que les retraités anticipés bénéficieraient également de la liquidation totale.

B.

Par décision du 19 octobre 2000, le Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du canton de Genève (ci-après: l'Autorité de surveillance) a approuvé le plan de liquidation partielle, notamment la définition du cercle des bénéficiaires. Elle a estimé que les conditions d'une liquidation partielle immédiate au sens de l'art. 23 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (loi sur le libre passage; LFLP; RS 831.42) étaient réunies.

Par acte du 20 novembre 2000, une dizaine d'employés âgés de plus de 55 ans ont recouru contre la décision de l'autorité de surveillance du 19 octobre 2000 auprès de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (ci-après: la Commission fédérale de recours). Ils ont conclu en substance à leur intégration dans le cercle des bénéficiaires de la fortune libre de la Fondation lors de la liquidation partielle et définitive. Ils ont en outre requis la révocation du Conseil de Fondation et la nomination d'un liquidateur indépendant.

Statuant le 9 août 2002, la Commission fédérale de recours a rejeté le recours. Elle a retenu en bref que les intéressés avaient bénéficié d'une amélioration notable de leur prévoyance professionnelle dans le cadre du plan social mis en place par Y._____ SA et que leur exclusion du cercle des bénéficiaires du plan de répartition lors de la liquidation partielle ne violait pas le principe de l'égalité de traitement. Pour le surplus, elle a estimé qu'aucun motif objectif de révocation du Conseil de Fondation n'était établi.

C.

Agissant le 7 octobre 2002 par la voie du recours de droit administratif, A._____ et neuf consorts (tous employés âgés de plus de 55 ans et mis au bénéfice d'une retraite anticipée) (ci-après: les recourants) demandent au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler la décision de la Commission fédérale de recours du 9 août 2002 et les décisions litigieuses du Conseil de Fondation et de dire qu'ils font partie du cercle des bénéficiaires de la fortune libre lors de la liquidation partielle et définitive et qu'une part de la fortune libre, fixée équitablement par rapport aux prestations reçues par les autres groupes intéressés, devra leur être attribuée. Subsidiairement, ils concluent au renvoi de la cause à la Commission fédérale de recours ou à l'autorité de surveillance pour qu'elle statue à nouveau dans le sens de leurs conclusions principales. Préalablement à toute autre décision, ils requièrent qu'ordre soit donné à la Fondation de transmettre toutes les informations nécessaires à la prise d'une décision de liquidation et de répartition des fonds libres de la Fondation conforme à la loi et qu'ils soient autorisés à se déterminer sur ces informations. Ils sollicitent en outre, à titre de mesures

d'instruction,
la comparution personnelle des parties, l'ouverture d'enquêtes et la possibilité de faire entendre des témoins et des experts. Sur le fond, ils dénoncent la violation de l'art. 23 LFLP et des principes de l'égalité de traitement, de la bonne foi, de l'interdiction de l'arbitraire, de la proportionnalité et de l'utilisation de la fortune libre de la Fondation conformément à son but statutaire.

La Commission fédérale de recours et l'Autorité de surveillance renoncent à présenter des observations. La Fondation conclut, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours. L'Office fédéral des assurances sociales conclut également à son rejet.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 128 II 13 consid. 1a p. 16, 46 consid. 2a p. 47; 127 I 92 consid. 1 p. 93 et la jurisprudence citée).
1.1 Formé contre un jugement rendu par une commission fédérale de recours et fondé sur le droit public fédéral, le présent recours est en principe recevable comme recours de droit administratif en vertu des art. 97 ss OJ ainsi que de la règle particulière de l'art. 74 al. 4 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40) en relation avec l'art. 25 LFLP.
1.2 Au surplus, les recourants sont atteints par la décision attaquée et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée au sens de l'art. 103 let. a OJ, de sorte que le recours, déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi, est recevable.
2.
Les recourants sollicitent, à titre préalable, la production au dossier d'informations complémentaires de la part de la Fondation et, à titre de mesures d'instruction, la comparution personnelle des parties ainsi que l'audition de témoins et d'experts. Ces requêtes doivent être écartées. Le Tribunal fédéral est en effet en possession des informations nécessaires pour statuer. Les nombreuses pièces produites (chargé des recourants, dossier de l'Autorité de surveillance et dossier de la Commission fédérale de recours) contiennent tous les éléments de fait utiles, de sorte que l'audition des parties, de témoins ou d'experts est superflue.
3.
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 56 consid. 2a p. 60). Le Tribunal fédéral revoit d'office l'application du droit fédéral qui englobe notamment les droits constitutionnels du citoyen (ATF 128 II 56 consid. 2b p. 60; 126 V 252 consid. 1a p. 254; 125 III 209 consid. 2 p. 211 et les arrêts cités). 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 l'arrêt attaqué pour d'autres motifs que ceux retenus par l'autorité intimée (art. 114 al. 1 in fine OJ; ATF 127 II 264 consid. Ib p. 268; 121 II 473 consid. 1b p. 477 et les arrêts cités; voir aussi ATF 124 II 103 consid. 2b p. 109).

Par ailleurs, lorsque le recours est dirigé, comme en l'occurrence, contre la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans la décision, 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; ATF 126 II 196 consid. 1 p. 198). En outre, le Tribunal fédéral ne peut pas revoir l'opportunité de la décision entreprise, le droit fédéral ne prévoyant pas un tel examen en la matière (art. 104 lettre c ch. 3 OJ).
4.
Les recourants font grief à l'autorité intimée d'avoir écarté un certain nombre d'actes d'instruction destinés à lui permettre de disposer d'une vision complète et générale de la situation et d'avoir limité la portée de sa décision en réduisant l'objet du litige. Les informations requises, destinées à connaître l'affectation des fonds libres de la Fondation après paiement de 20% de ces fonds aux employés sortants, devaient porter principalement sur le traitement réservé aux futurs employés sortants, la date de fermeture définitive d'Y._____ SA, la constitution des réserves nécessaires à la satisfaction de leurs prétentions et l'éventuel financement des prestations d'Y._____ SA au moyen de la fortune libre de la Fondation. Ces renseignements étaient nécessaires pour juger du respect des principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire. Les recourants reprochent également à l'autorité intimée de n'avoir pas tenu compte de la violation de leur droit à l'information. Ils

se plaignent enfin du caractère succinct de la motivation de la décision de la Commission fédérale de recours. Ils invoquent ainsi implicitement la violation de leur droit d'être entendus.
4.1 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (cf. l'art. 4 aCst.), comprend le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier (ATF 126 I 7 consid. 2b p. 10), de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 127 III 576 consid. 2c p. 578 s.; 124 II 132 consid. 2b et les arrêts cités). En revanche, dans une procédure administrative, le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (cf. l'art. 4 aCst.) n'implique pas le droit d'être entendu oralement (cf. ATF 122 II 464 consid. 4c p. 469). Au surplus, la jurisprudence admet que le droit d'être entendu n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient
l'amener à modifier son opinion (ATF 124 I 208 consid. 4a p. 211). Le droit d'être entendu implique également pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision (ATF 126 I 97 consid. 2b p. 102). La motivation d'une décision est suffisante lorsque l'intéressé est mis en mesure d'en apprécier la portée et de la déférer à une instance supérieure en pleine connaissance de cause (ATF 122 IV 8 consid. 2c p. 14/15). Il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé son prononcé, sans qu'elle soit tenue de répondre à tous les arguments avancés (arrêt du Tribunal fédéral 2P.21/1993 du 8 septembre 1993, in: SJ 1994 p. 161 consid. 1b p. 163). L'étendue de l'obligation de motiver dépend de la complexité de la cause à juger (ATF 111 Ia 2 consid. 4b p. 4).
4.2 L'expertise technique au 1er janvier 1999 et le bilan de liquidation partielle font ressortir des fonds libres à concurrence de 5'270'834 fr. pour financer les prestations de retraite anticipée sans réduction actuarielle des recourants. Ce montant est constitué d'une réserve de contribution de l'entreprise figurant au bilan de la Fondation au 31 décembre 1998 et d'une prime unique de 3 millions de francs versée par Y._____ SA. Le complément de 20% à la prestation de libre passage des employés d'Y._____ SA de moins de 55 ans qui ont ou qui vont quitter l'entreprise est garanti par une réserve de 4 millions de francs (provision spéciale de libre passage et de contentieux; annexe 3.6 des comptes annuels de la Fondation au 31 décembre 1999). Cette réserve garantit également les prétentions des recourants découlant du litige en cours. Elle est débitée au fur et à mesure des départs des employés d'Y._____ SA. Au 31 décembre 1999, c'est un montant de 814'785 fr. qui avait été versé.

La quotité des fonds libres et leur affectation dans le cadre de la liquidation partielle de la Fondation ressortaient donc à satisfaction des pièces produites par les parties, de sorte que l'autorité intimée n'a pas violé le droit à la preuve des recourants en refusant d'ordonner des mesures d'instruction complémentaires. En outre, dans la mesure où les recourants disposaient des documents utiles à l'examen du plan de répartition des fonds libres, c'est à juste titre que la Commission fédérale de recours n'a pas retenu de violation du devoir de renseigner de la Fondation. Enfin, l'autorité intimée a développé une argumentation suffisante au regard des principes rappelés au considérant 4.1 ci-dessus, ce qui a d'ailleurs permis aux recourants de recourir auprès du Tribunal fédéral. Elle n'avait pas l'obligation de s'exprimer sur tous les allégués ou hypothèses avancés par les recourants, notamment ceux dépourvus de pertinence par rapport à l'objet du litige.

Le grief de violation du droit d'être entendu doit en conséquence être écarté.
5.
5.1 Sur le fond, les recourants reprochent à la Commission fédérale de recours d'avoir fait abstraction de leur droit subjectif à une part équitable de la fortune libre de la Fondation dans le cadre de la liquidation partielle, d'avoir toléré que cette fortune libre puisse être utilisée pour financer des contributions d'Y._____ SA et d'avoir entériné un plan de répartition contraire aux principes de l'égalité de traitement, de la bonne foi, de l'interdiction de l'arbitraire et de la proportionnalité. Ils critiquent également la constitution d'une réserve pour fluctuation de placements, absente des bilans des années précédentes et jugée excessive dans sa quotité, qui diminue le montant de la fortune libre et diminue ainsi leurs expectatives de prévoyance.
5.2 Selon l'art. 23 al. 4 lettres a et b LFLP, les conditions d'une liquidation partielle sont présumées lorsque

l'effectif du personnel est considérablement réduit ou que l'entreprise est restructurée. Dans le cas particulier, la fusion d'Y._____ SA dans le groupe Z._____ a entraîné une restructuration de l'entreprise, accompagnée d'une diminution sensible du nombre de collaborateurs. Comme l'activité d'Y._____ SA ne cessera vraisemblablement qu'en 2004, c'est à juste titre que la Fondation a décidé de procéder en deux étapes, soit à une liquidation partielle dans un premier temps et à une liquidation totale dans un deuxième temps. Les recourants ne le contestent pas expressément, même s'ils font valoir qu'une part de la fortune libre de la Fondation devrait leur être distribuée déjà lors de la liquidation partielle. Des conclusions tendant à ce qu'une liquidation totale de la Fondation soit ordonnée sortiraient de l'objet du litige, qui est de déterminer si leurs droits ont été respectés dans le cadre de la liquidation partielle.

Dans le cas particulier, seuls les employés âgés de moins de 55 ans qui ont ou qui vont quitter Y._____ SA jusqu'à la fermeture de l'entreprise bénéficient du plan de répartition des fonds libres de la Fondation dans le cadre de la liquidation partielle, sous la forme d'un complément de 20% de leur prestation de libre passage, majoré d'un intérêt. Cette proportion a été fixée sur la base de l'expertise technique au 1er janvier 1999 établie par l'expert en prévoyance mandaté par la Fondation. Les recourants, en leur qualité de préretraités, ne disposent pas de droit subjectif à une part des fonds libres, un tel droit étant réservé aux seuls employés sortants en cas de liquidation partielle. Leur argumentation doit être examinée uniquement sous l'angle de l'égalité de traitement avec le groupe des employés sortants (âgés de moins de 55 ans), de l'interdiction de l'arbitraire, de la proportionnalité et de la bonne foi dans l'établissement du bilan de liquidation partielle.
5.3 Les recourants se plaignent d'une violation du principe de l'égalité de traitement pour le motif que les employés sortants ont bénéficié ou bénéficieront d'un plan social et de la liquidation partielle de la Fondation alors qu'eux-mêmes n'ont été mis au bénéfice que d'un plan social. Ils font valoir que cette inégalité est d'autant plus choquante qu'ils ne pourront que difficilement retrouver un emploi, compte tenu de leur âge.

En réalité, les deux plans sociaux adoptés n'ont pas le même contenu. Celui réservé aux employés sortants (âgés de moins de 55 ans) prévoit une libération de l'obligation de travailler pendant le délai de résiliation du contrat de travail, le paiement d'une indemnité de licenciement et le droit aux vacances pour l'année complète, ainsi que l'octroi de divers autres avantages. Les recourants, qui ont été mis au bénéfice de ces mêmes prestations, ont droit, en sus, à une mise à la retraite anticipée sans réduction actuarielle. La comparaison de la situation respective des deux groupes concernés doit dès lors s'opérer entre la mise à disposition d'une part des fonds libres de la Fondation aux employés sortants et l'amélioration des conditions de retraite anticipée réservée aux recourants. Il est établi que le coût de la retraite anticipée des employés âgés de plus de 55 ans représente un montant de 5'270'834 fr., alors que la contribution de la Fondation aux employés sortants est garantie par une réserve de 4 millions de francs. Le solde des fonds libres, constitués notamment de provisions pour renchérissement et fluctuations des placements, sera distribué tant aux employés sortants âgés de moins de 55 ans qu'à ceux âgés de plus de
55 ans, lors de la liquidation totale de la Fondation. Dans ce cadre, les droits des recourants porteront également sur le solde de la réserve de 4 millions de francs qui n'aurait pas été utilisé en totalité au fur et à mesure des départs des employés jusqu'à la fermeture de l'entreprise. A cet égard, la conclusion des recourants tendant à la reconnaissance de leur qualité de bénéficiaires de la fortune libre de la Fondation lors de la liquidation totale est sans objet, cette qualité étant d'ores et déjà reconnue par la Fondation. Sur le plan du financement des prestations dont les deux groupes en cause bénéficient, le principe de l'égalité de traitement n'est ainsi pas violé au détriment des recourants. S'agissant des prestations de prévoyance, exprimées en pour cent de l'avoir de prévoyance, les recourants bénéficient d'une amélioration variant entre 30 et 97.7%, la valeur moyenne étant supérieure à 60%. Par comparaison, cette amélioration représente plus du triple de celle aménagée en faveur des employés sortants par le biais des fonds libres de la Fondation. Il faut donc admettre que les prestations accordées globalement aux recourants à teneur du seul plan social établi sont supérieures à celles octroyées aux employés
sortants âgés de moins de 55 ans en application du plan social et du plan de répartition des fonds libres de la Fondation. Cette différence de traitement est toutefois justifiée en raison de l'âge des recourants et des difficultés qu'ils rencontreront pour retrouver un emploi.
Il est indifférent que les avantages économiques dont les recourants profitent résultent du seul plan social alors que ceux concédés aux employés sortants âgés de moins de 55 ans trouvent leur fondement également dans une

liquidation partielle de la Fondation. Les motifs d'égalité de traitement commandent en effet de tenir compte de l'une et l'autre source et il est justifié, en cas de licenciements économiques, de coordonner le plan social de l'employeur et le plan de liquidation de l'institution de prévoyance (Jürg Brechbühl, Plans sociaux et prévoyance vieillesse, Sécurité sociale CHSS, 4/2002, p. 222 ss). Dans le cadre d'un plan social, l'employeur peut verser des montants considérés comme des avances sur les prestations de prévoyance qui découleront de la liquidation partielle ou totale d'une fondation de prévoyance. S'il s'agit de prestations relevant de la prévoyance professionnelle, l'employeur est en droit d'obtenir le remboursement de l'avance de l'institution de prévoyance, dans le cadre de la liquidation partielle ou totale de celle-ci. C'est ainsi que les employés avantagés au plan économique par un plan social devraient, à situation égale, bénéficier de prestations inférieures de la part de l'institution de
prévoyance (arrêt du Tribunal fédéral 2A.224/1997 du 27 août 1998, consid. 3, publié in SZS/RSAS 1999 p. 318 ss; Hans Michael Riemer, Fragen der Teilliquidation von Einrichtungen der beruflichen Vorsorge unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, SZS/RSAS 1999, p. 354). Si l'on admet le remboursement par une fondation de prévoyance de prestations versées par l'employeur au travers d'un plan social, il est conforme au principe de l'égalité de traitement de tenir compte des prestations de ce plan dans le cadre de l'établissement d'un plan de répartition lié à une liquidation partielle de la fondation de prévoyance.

Le grief tiré de la violation du principe de l'égalité de traitement est donc infondé.
5.4 L'allégation des recourants selon laquelle les employés sortants âgés de moins de 55 ans bénéficient d'une part disproportionnée de la fortune libre de la Fondation ne résiste pas à l'examen. L'amélioration de leur prévoyance professionnelle est limitée au montant de la réserve de 4 millions de francs constituée à cet effet; comme on l'a vu ci-dessus (consid. 5.3), le coût de l'amélioration de celle des recourants est sensiblement plus élevé et les deux groupes participeront à la liquidation totale de la Fondation. Le fait que le montant de la fortune libre disponible au moment de la liquidation totale ne puisse pas encore être déterminé ne permet pas de présumer que les recourants seront désavantagés par rapport aux employés sortants âgés de moins de 55 ans. Un plan de répartition respectueux des principes de la bonne foi, de l'interdiction de l'arbitraire et de la proportionnalité devra être établi par le Conseil de Fondation et soumis pour approbation à l'Autorité de surveillance. C'est dans ce cadre, et à ce moment-là, que les recourants pourront faire valoir leurs droits qui ne sont pas, en l'état, compromis. Les craintes des recourants de ne pas pouvoir bénéficier des fonds libres de la Fondation ou de n'en bénéficier
que dans une mesure arbitrairement restreinte ne reposent donc sur aucun élément objectif actuel.

Dans la mesure où les reproches des recourants fondés sur la violation des principes de la bonne foi, de l'interdiction de l'arbitraire et de la proportionnalité reposent sur des faits hypothétiques futurs, ils ne sauraient être retenus.
5.5 Après avoir rappelé que les fonds libres d'une institution de prévoyance ne peuvent pas être utilisés pour le financement des contributions non échues de l'employeur et qu'à teneur des art. 10 al. 4 des statuts et 16.12 du règlement de la Fondation, la fortune de celle-ci ne peut en aucun cas faire retour à l'employeur, les recourants laissent entendre que le Conseil de la Fondation pourrait être enclin à financer les contributions de l'employeur au moyen des fonds libres. Ils affirment même que le Conseil prévoit d'affecter la fortune libre de la Fondation au paiement de ses contributions pendant une certaine durée, en éludant ainsi les règles gouvernant une liquidation conforme à la loi.

La décision litigieuse de l'Autorité de surveillance, confirmée par la Commission fédérale de recours, porte sur l'approbation du plan de liquidation partielle établi par le Conseil de Fondation au 1er janvier 1999. Comme l'autorité intimée l'a relevé, les principales questions litigieuses ont trait à l'inclusion ou non des recourants dans le cercle des bénéficiaires et au respect du principe de l'égalité de traitement à leur égard dans le cadre de l'établissement du bilan de liquidation partielle. Dans la mesure où les recourants reprochent au Conseil de Fondation d'hypothétiques actes de gestion contraires aux statuts ou à la loi, qui seraient postérieurs au 1er janvier 1999, leurs critiques sortent du cadre du litige.

Pour le surplus, il ressort des pièces du dossier que la Fondation a continué de bénéficier en 1999 des contributions d'Y._____ SA et des employés de la société encore affiliés, conformément aux statuts. Selon le bilan de

liquidation partielle, l'amélioration des prestations de prévoyance est entièrement pré-financée. L'amélioration des conditions de retraite des recourants provient exclusivement des contributions d'Y._____ SA, sous forme d'utilisation de la réserve de contribution de l'employeur constituée avant le 1er janvier 1999 et du versement d'une prime unique de l'employeur. L'amélioration des conditions de libre passage des employés sortants âgés de moins de 55 ans fait l'objet d'une réserve de 4 millions de francs, dûment comptabilisée au bilan. Elle est exclusivement affectée à son but, comme l'indiquent les comptes de la Fondation au 31 décembre 1999. Les recourants n'apportent pas la preuve que les comptes de la Fondation pour les exercices ultérieurs, dont ils ont eu connaissance - ou qu'ils ont le droit de consulter -, révéleraient une utilisation indue de la fortune libre pour le paiement des contributions d'Y._____ SA. Dans une telle hypothèse, ils disposeraient d'ailleurs de la voie de la plainte auprès
de l'Autorité de surveillance. Le simple soupçon que le Conseil de Fondation puisse financer les contributions de l'employeur au moyen de fonds libres ne suffit pas à établir le grief articulé, qui ne peut qu'être rejeté.
5.6 Enfin, la critique des recourants relative à la constitution d'une réserve pour fluctuations de placement n'est pas pertinente. Compte tenu de l'évolution défavorable des placements boursiers, la constitution d'une réserve relève d'une saine gestion dont les recourants profiteront le cas échéant eux-mêmes dans le cadre de la future liquidation de la Fondation.
6.
Mal fondé, le recours doit être rejeté. Succombant, les recourants doivent supporter des frais judiciaires, solidairement entre eux (art. 156 al. 1 et 7, 153 et 153a OJ) et n'ont pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Vu le sort du recours, la Fondation a droit à des dépens, à la charge des recourants, solidairement entre eux (art. 159 al. 2 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.
Un émolument judiciaire de 10'000 fr. est mis à la charge des recourants.
3.
Les recourants sont les débiteurs, solidairement entre eux, d'une indemnité de 4'000 fr., à titre de dépens, en faveur de X._____ SA.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, au Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du canton de Genève et à la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales.
Lausanne, le 20 mars 2003
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: