Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Cour III
C-2408/2006

{T 0/2}

Arrêt du 24 septembre 2007

Composition : Francesco Parrino, président du collège, Michael Peterli et Stefan Mesmer, juges; Pascal Montavon, greffier.

P._____, Caisse de pensions de N._____ SA et Fonds en faveur du personnel de N._____ SA,
recourants, représentés par Me Jacques-André Schneider, 100, rue du Rhône, case postale 3403, 1211 Genève 3,

contre

Personalfürsorgestiftung der S._____,
fondation intimée, représentée par PricewaterhouseCoopers AG, St. Jakobs-Strasse 25, case postale 3877, 4002 Bâle,

et

Volkswirtschaftsdepartement Amt für Berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht, Amthaus 2, case postale 157, 4502 Soleure,
autorité intimée,

concernant
la liquidation partielle de la Caisse de pensions I._____.

Faits :

A. La "Personalfürsorgestiftung der S._____" (ci-après : la Fondation) fut créée par acte authentique le 25 juillet 1942 par la "Hilfsgenossenschaft T._____" émanant de "S._____" (ci-après : l'Entreprise; dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pces 8 et 12 § 1). La Fondation créa elle-même le 30 décembre 1954 la Caisse de pension S._____ qu'elle finança en partie (dossier CRLPP 938/02, pce R 4/5 p. 2). Alors que la Fondation avait été financée jusque là par l'Entreprise et par des donations de tiers, et qu'elle présentait le caractère d'une fondation patronale offrant des prestations à bien plaire (dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pce 12), elle mit en place dès le 1er janvier 1975 en son sein un plan de prévoyance pour les cadres de l'Entreprise, appelé "Zusätzliche Vorsorgekasse", offrant à ces derniers des prestations réglementaires (dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pce 4). Dès le début le segment "Zusätzliche Vorsorgekasse" fut géré et administré de façon séparée du segment patronal, poursuivant des buts purement patronaux, dénommé "Personalfürsorgefonds" dans le cadre de la Fondation (dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pce 4 [Règlement article 1.02] et R 3 p. 8 ch. 4.1).

Selon le règlement d'organisation du 4 juillet 1985 de la Fondation, un de ses buts est la prise en charge d'éventuels coûts techniques d'assurance de la Caisse de pensions S._____ non couverts par les contributions réglementaires courantes des assurés et de la S._____ (dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pce 6). A ce titre figure au bilan de la Fondation une réserve destinée à couvrir les coûts techniques de la Caisse de pensions S._____, institution offrant les prestations prévues par la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP ; RS 831.40) aux salariés de l'Entreprise. Dès 1985, cette réserve apparut au bilan sous le poste de fonds de compensation technique ("Technischer Ausgleichsfonds"; dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pces 24, 26).

B. Dans un rapport du 4 octobre 1994 relativement à une éventuelle liquidation partielle future des fondations de prévoyance auxquelles sont affiliés les salariés de l'Entreprise, la Société fiduciaire C._____ énonça sans plus de détails et explications que le fonds de compensation technique dans la Fondation devait être considéré comme de la fortune libre dans le cadre d'une éventuelle liquidation partielle de cette entité (dossier CRLPP 938/02 pce R 3 p. 8 ch. 4.3).

C. Par contrat du 25 janvier 1995, l'Entreprise vendit ses activités de construction de câbles avec effet au 1er janvier 1995 au groupe C._____, devenu par la suite N._____ SA. Suite à cette transaction un quart environ du personnel passa au service de la B._____ AG, laquelle fut créée en vue de la reprise desdites activités par le groupe C._____,

dont "P._____, Caisse de pensions de N._____ SA" (ci-après P._____) est l'institution de prévoyance et dont le "Fonds en faveur du personnel de N._____ SA" est la fondation patronale. Ce transfert collectif a ainsi entraîné le transfert des rapports de prévoyance des salariés concernés.

La vente par l'Entreprise des activités de construction de câbles et le transfert des salariés lié à cette vente entraînèrent la mise en oeuvre de la liquidation partielle de la Caisse de pensions S._____, fondation offrant aux employés de l'Entreprise venderesse les prestations de prévoyance obligatoires prévues par la loi.

D. Dans un rapport du 3 avril 1996 consacré à la liquidation partielle de la Fondation, la Société fiduciaire C._____ énonça qu'il n'y avait pas lieu d'opérer une liquidation partielle de la part patronale de la Fondation, c.-à-d. du Personalfürsorgefonds. L'expert retint que, du point de vue économique, la fortune de la Fondation patronale était enregistrée dans les comptes de groupe de l'Entreprise, que le prix d'achat des activités de construction de câbles fut fixé en excluant la fortune de la Fondation patronale et qu'il n'y avait dès lors pas de raison de transférer une partie de sa fortune à l'acheteur par le biais d'une liquidation partielle. D'autre part l'expert releva que, du point de vue des principes applicables en matière de prévoyance professionnelle, les conditions d'une liquidation partielle n'étaient pas non plus réalisées étant donné que la fortune de la Fondation patronale était destinée à augmenter les rentes en cours de la Caisse de pensions S._____. Dès lors que l'acheteur n'avait pas repris le service des rentes en cours, qui devait toujours être assumé par la Caisse de pensions S._____, une liquidation partielle ne s'imposait pas. En outre, le fonds de compensation technique ("Technischer Ausgleichsfonds") ne constituait pas de la fortune libre et, de plus, seuls les bénéficiaires de rentes faisaient partie du cercle des destinataires de cette réserve (dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pce 31).

En date du 21 juin 1996, le Conseil de la Fondation patronale prit une décision par voie de circulaire par laquelle il prenait connaissance du rapport du 3 avril 1996 de la Société fiduciaire C._____. Une copie de cette décision fut adressée à P._____ (dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pce 31).

Le montant du fonds de compensation technique de la Fondation patronale était au 31 décembre 1995 de 12,3 millions de francs et au 31 décembre 1996 de 12.7 millions de francs (dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pce 37). Selon les comptes 1997, le fonds de compensation technique a été supprimé au 31 décembre 1997, alors qu'une nouvelle réserve pour amélioration des prestations de la Caisse de pensions S._____ (Rückstellung für Leistungserhöhung in der P._____) fut constituée, dont le montant s'élevait à cette même date à 12.6 millions de francs (dossier CRLPP 938/02, classeur 2 pce 45).

E. Par décision du 11 février 1998, le Bau- und Justizdepartement Abteilung Berufliche Vorsorge / Stiftungsaufsicht du canton de Soleure (actuellement Volkswirtschaftsdepartement des Kantons Solothurn, Amt für Berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht; ci-après : l'Autorité de surveillance) approuva la décision de liquidation partielle de la Caisse de pension S._____ au 31 décembre 1995.

F. Par courrier du 22 février 1999 adressé à la Fondation, l'Autorité de surveillance fit remarquer, dans le cadre de l'approbation des comptes 1997, que la réserve pour amélioration des prestations de la Caisse de pensions S._____ devait être utilisée exclusivement pour l'amélioration des prestations de ladite Caisse ("die Rückstellung für Leistungserhöhungen in der P._____ darf nur für Leistungsverbesserungen in der P._____ verwendet werden"; dossier CRLPP 1484/06 pce 19).

G. Par décision du 22 novembre 2000 l'Autorité de surveillance entérina la liquidation partielle de la "Zusätzliche Vorsorgekasse" de la Fondation au 31 décembre 1995 (dossier CRLPP 938/02, classeur 2 pce 73).

H. Après de multiples correspondances et un entretien du 19 septembre 2001 entre les représentants d'I._____, de N._____ et de l'Autorité de surveillance (dossier CRLPP 938/02, classeur 3 pce 121), P._____ demanda, le 20 mars 2002, par l'entremise de son conseil, Me J.-A. Schneider, à l'Autorité de surveillance qu'elle ordonne la liquidation partielle de la Fondation. P._____ soutint que la fortune de la Fondation était constituée de fonds libres, y compris le Fonds de compensation technique, et qu'en conséquence cette fortune devait être répartie entre tous les bénéficiaires, y compris les employés transférés à la suite de la vente des activités de construction de câbles au groupe C._____, devenus par la suite N._____ SA (dossier CRLPP 938/02, classeur 3 pce 141).

I. Par décision du 26 septembre 2002 (dossier CRLPP 938/02, classeur 3 pce 147), l'Autorité de surveillance constata qu'une liquidation partielle de la "Zusätzliche Vorsorgekasse" de la "Personalfürsorgestiftung der S._____" avait eu lieu suite à la vente des activités de construction de câbles (ch. 1 du dispositif), que la fortune de la part patronale de la Fondation, à savoir le fonds de compensation technique, était liée aux rentes en cours au 31 décembre 1995 de la Caisse de pensions S._____, motif pour lequel une liquidation partielle de la Fondation patronale ne se justifiait pas (ch. 2 du dispositif) et que les personnes qui avaient fait l'objet d'un transfert suite à la vente des activités de construction de câbles et qui sont devenues bénéficiaires de rentes après

le 31 décembre 1995 ne faisaient pas partie du cercle des bénéficiaires du fonds de compensation technique (ch. 3 du dispositif). L'autorité de surveillance mit les frais de ladite décision à la charge de la "Personalfürsorgestiftung der S._____" (ch. 4 du dispositif).

J. Par acte du 28 octobre 2002, P._____, Caisse de pensions de N._____ SA et le Fonds en faveur du personnel de N._____ SA interjetèrent un recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (ci-après le Commission de recours LPP) contre la décision de l'Autorité de surveillance du 26 septembre 2002 concluant à ce que les chiffres 2, 3 et 4 de la décision querellée soient annulés et mis à néant et que la cause soit renvoyée à l'instance inférieure pour qu'il soit procédé à une liquidation partielle de la Fondation patronale au profit des assurés de P._____ et ex-employés des ateliers suisses I._____, bénéficiaires présents ou futurs de rentes.

A l'appui de leurs conclusions, les recourants soutinrent que les conditions d'une liquidation partielle étaient sans conteste réunies et que le Fonds de compensation technique devait être considéré comme des fonds libres, devant faire l'objet d'un plan de répartition. Ils se référèrent notamment au rapport de la Société fiduciaire C._____ du 4 octobre 1994 dans lequel était considéré comme justifié de partager les fonds attribués au Fonds technique en cas de liquidation partielle. Ils indiquèrent que, à l'issue d'une liquidation partielle, les fonds transférés pourraient être constitués en tant que réserves soit au bilan de P._____, soit au bilan du Fonds en faveur du personnel de N._____ SA. Ils mirent l'accent sur le fait que si le Fonds de compensation technique était activé au bilan du groupe, conformément aux normes comptables internationales, ceci était sans incidence, de même qu'était sans incidence le fait qu'après le cas de liquidation partielle les fonds libres existants aient été transformés en des fonds affectés à une amélioration des prestations de la Caisse de pensions S._____, ce qui avantageait arbitrairement et exclusivement une catégorie de bénéficiaires. Les recourants soulignèrent que les fonds libres avaient été constitués par des attributions de l'employeur, rendues possibles par le travail de tous les salariés des ateliers suisses I._____ et qu'on ne voyait dès lors pas pourquoi seule une catégorie de ces salariés serait avantagée (dossier CRLPP 938/02, pce R 9).

K. Dans sa réponse au recours du 28 avril 2003, la Fondation, représentée par la société fiduciaire P._____, conclut au rejet du recours. Elle soutint, sur la question du principe même d'une liquidation partielle, que le Fonds de compensation technique, quel que fut le nom qui lui avait été attribué dans le passé, avait toujours eu pour but de financer l'adaptation au coût de la vie des rentes en cours de la Caisse de pensions S._____, de sorte que le changement d'appellation du Fonds de compensation technique en réserve de renchérissement des prestations de la Caisse de

pensions S._____ ne changeait rien à la situation existante. Cette réserve de renchérissement ne constituait pas des fonds libres et n'était ainsi pas sujette à liquidation partielle (dossier CRLPP 938/02 pce R 47).

Dans sa réponse du 14 juillet 2003, l'Autorité de surveillance conclut au rejet du recours et à ce que les frais et dépens du recours soient mis à la charge des recourants. Elle fit valoir que le Fonds de compensation technique ne constituait pas des fonds libres mais une réserve utilisée exclusivement à l'amélioration des prestations de la Caisse de pension S._____ notamment pour les rentes en cours des assurés, c.-à-d. à un but de prévoyance déterminé leur enlevant la qualité de fonds libres. Elle releva que l'avis de l'expert de 1994 dont se prévalaient les recourants ne permettait pas de conclure que le Fonds de compensation technique devait être considéré comme des fonds libres susceptibles d'être l'objet d'une liquidation partielle. Elle rappela que les recourants étaient au courant, en 1996 déjà, des conclusions de l'expert tendant à ce que la Fondation patronale ne fasse pas l'objet d'une liquidation partielle. Elle affirma également que la modification du Fonds technique de compensation en réserve d'amélioration des prestations de la Caisse de pensions S._____ ne faisait qu'adapter l'appellation à une situation existante (dossier CRLPP 938/02 pce R 48).

L. Dans leur réplique du 9 septembre 2003, les recourants maintinrent leur conclusions pour l'essentiel, affirmant que les personnes actuellement affiliées à P._____, suite au transfert intervenu au sein du personnel d'I._____, faisaient partie du cercle des destinataires de la réserve d'amélioration des prestations de la Caisse de pensions S._____; s'agissant du chiffre 4 du dispositif de la décision attaquée (frais de la décision), ils relevèrent avoir contesté par erreur ce point. Sur le fonds ils relevèrent le principe selon lequel une fondation patronale est soumise à la liquidation partielle en cas de restructuration économique en raison des légitimes expectatives que les salariés sortis de la prévoyance peuvent avoir sur la fortune de l'institution, un groupe de destinataires ne pouvant être favorisé au détriment d'un autre (dossier CRLPP 938/02 pce R 58).

M. Dans sa duplique du 17 novembre 2003, l'Autorité de surveillance persista dans ses conclusions (dossier CRLPP 938/02 pce R 81). La Fondation fit de même dans sa duplique du 19 décembre 2003 (dossier CRLPP 938/02 pce R 90).

N. Par jugement du 11 novembre 2005 la Commission de recours LPP déclara le recours irrecevable, la qualité pour recourir des recourants leur faisait défaut. Elle releva dans son arrêt que la décision querellée ne causait aucun préjudice immédiat aux recourants, ne leur imposant pas d'obligation, de charge, ni ne leur supprimant un droit et que le fait qu'une liquidation partielle soit, le cas échéant, ordonnée ne modifierait en rien

l'étendue de leurs obligations à l'égard des bénéficiaires de la liquidation partielle demandée, à savoir les employés transférés de l'entreprise auprès de N._____ SA suite à la vente des activités de production de câbles (pce R 11).

O. Contre ce jugement, P._____ - Caisse de pensions de N._____ SA et le Fonds en faveur du personnel de N._____ SA recoururent au Tribunal fédéral par acte du 10 janvier 2006 faisant principalement valoir qu'en cas de transfert collectif des rapports de prévoyance, l'institution de prévoyance reprenante a l'obligation de veiller au respect des droits acquis et des expectatives de prévoyance des assurés repris, notamment en ce qui concerne l'attribution de fonds libres, qu'en l'occurrence elle était habilitée à recourir contre un refus de transfert desdits fonds libres (dossier CRLPP 938/02 pce R 12).

P. Par arrêt du Tribunal fédéral (TF) du 4 mai 2006 notre Haute Cour admit le recours, annula le jugement de la Commission de recours LPP et lui renvoya la cause pour décision sur le fond. Le TF releva que dans un arrêt du 11 février 1998 la qualité pour recourir de l'institution de prévoyance, à laquelle étaient nouvellement affiliés les employés en cas de transfert de leur contrat de travail à un nouvel employeur, avait été reconnue du fait que celle-ci avait intérêt à connaître les moyens apportés par les employés nouvellement affiliés puisqu'elle devait administrer leurs prétentions d'assurés. Le TF confirma donc la qualité pour recourir des recourants (CRLPP 1484/06 pce R 13).

Q. La cause fut transférée au Tribunal administratif fédéral au 1er janvier 2007 et par avis des 8 février et 29 juin 2007 les parties furent informées de la composition du collège laquelle ne fut pas contestée (pces TAF 2 et 4).

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l’art. 32 de la loi fédérale 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 aux art. 33 et 34 LTAF. En particulier, les décisions rendues par les autorités cantonales de surveillance en matière de surveillance des fondations de prévoyance peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. i LTAF et à l'art. 74 al. 1 LPP, comme d'ailleurs elles pouvaient l'être antérieurement devant la

Commission de recours LPP conformément à l'ancien art. 74 al. 2 let. c LPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006.

1.2 Les affaires pendantes devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1er janvier 2007 sont traitées par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où il est compétent. Le nouveau droit de procédure s'applique (cf. art. 53 al. 2 LTAF).

2. La décision litigieuse du 26 septembre 2002 constitue manifestement une décision au sens de l'art. 5 PA. La qualité pour agir devant la Commission de recours LPP a été confirmée par arrêt du Tribunal fédéral du 4 mai 2006 (ATF 2A.14/2006), lequel a rappelé la qualité pour recourir des institutions de prévoyance auxquelles sont nouvellement affiliés les employés en cas de transfert de leur contrat de travail à un nouvel employeur du fait que celles-ci ont intérêt à connaître les moyens apportés par les employés nouvellement affiliés puisqu'elles doivent administrer leurs prétentions d'assurés (ATF 2A.185/1997 publié in: Die Praxis [Pra] n° 70 p. 435 et in: Revue suisse de droit des assurances sociales [RSAS 2001 p. 374). Le Tribunal de céans doit ainsi se prononcer au fond.

3.

3.1 Selon l'art. 23 al. 1 de la Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LFLP, RS 831.42) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, en cas de liquidation partielle ou de liquidation totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. L'autorité de surveillance décide si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies. Elle approuve le plan de répartition. L'al. 4 de cette disposition énonce que les conditions d'une liquidation partielle sont présumées lorsque: a) l'effectif du personnel est considérablement réduit; b) l'entreprise est restructurée; c) un employeur résilie le contrat qui le lie à l'institution de prévoyance et que celle-ci subsiste.

Depuis le 1er janvier 2005 la liquidation partielle et totale d'une institution de prévoyance est régie par les art. 53b ss LPP sous réserve de l'application des dispositions de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus, RS 221.301) en vigueur depuis le 1er juillet 2004). La décision du 26 septembre 2002 dont est recours étant antérieure au 1er janvier 2005, respectivement au 1er juillet 2004, ces dispositions ne sont pas applicables.

Le champ d'application de l'art. 23 LFLP dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004 était limité aux rapports de prévoyance par lesquels une institution de prévoyance accorde des prestations réglementai-

res auxquelles les bénéficiaires ont un droit lors de la survenance d'un cas de prévoyance (art. 1 al. 2 LFLP). Les fondations patronales n'y étaient pas soumises (JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Fonds libres et liquidation de caisses de pensions, éléments de jurisprudence in: Revue suisse de droit des assurances sociales [RSAS] 2001, p. 479 n° 71). Tel était le cas de la fondation intimée à tout le moins au 31 décembre 1995, voire également à la date de la décision dont est recours sous réserve de la qualification juridique des fonds litigieux. A défaut de règles spécifiques applicables à la liquidation totale ou partielle d'une fondation patronale, la liquidation totale ou partielle d'une fondation de ce type relevait des dispositions générales du droit des fondations. L'art. 57 al. 1 du Code civil suisse (CC, RS 210) règle la destination des biens des personnes morales dissoutes et liquidée et, par analogie, la destination des biens des personnes morales partiellement liquidées. Nonobstant l'obligation de respecter les buts statutaires et réglementaires, les principes généraux du droit sont applicables, à savoir l'interdiction de l'arbitraire, le principe de l'égalité de traitement et le principe de la bonne foi qui trouvent application de jurisprudence constante en droit des fondations (ATF 131 II 533 consid. 5.2. p. 537, 119 Ib 46 consid,. 4c p. 54, 110 II 436 consid. 4 p. 432 s.)

3.2 Les modifications structurelles d'une société entraînent souvent des conséquences pour l'institution de prévoyance. La prévoyance peut devoir subir une réorganisation et les institutions être adaptées à la nouvelle situation de la société, en vertu du principe bien établi selon lequel la fortune de prévoyance suit le personnel (SCHNEIDER, op. cit., p. 454). En cas de liquidation d'une fondation de prévoyance, les fonds libres doivent être distribués entre les groupes d'assurés selon un plan de répartition proposé par le conseil de fondation à l'autorité de surveillance. L'élaboration de ce plan et les critères de répartition relèvent de la seule compétence du conseil de fondation. Dans ce domaine, ledit conseil dispose d'un large pouvoir d'appréciation lui permettant de décider des critères à retenir. L'exercice de ce pouvoir est limité, on l'a vu, par l'obligation légale de respecter les buts de l'acte de fondation, l'interdiction de l'arbitraire et le principe de la bonne foi et de l'égalité de traitement (PARISSIMA VEZ, La fondation: lacunes et droit désirable, Berne 2004, p. 260 et les références citées; ATF 2A.402/2005 consid. 3.2; Revue suisse de droit des assurances [RSAS] 1984 p. 222).

3.3 En principe on inclut dans le cercle des bénéficiaires des fonds libres les personnes qui ont quitté l'entreprise dans la période précédant la date déterminante pour la liquidation, qui peut aller jusqu'à trois voire cinq ans (ATF 128 II 394 consid. 3.3 p. 397 s.; ATF 2A.276/2002 consid. 2.2.). L'égalité de traitement n'est en principe pas violée lorsque sont exclus de la répartition des fonds libres les employés qui ont quitté volontairement l'entreprise avant la date déterminante (ATF 128 II 394 consid. 6.4, ATF 2A.276/2002 consid. 2.2). L'exception précitée n'est toutefois pas applicable s'agissant d'actifs devenant retraités de l'oeuvre de prévoyance en quittant l'entreprise.

3.4 Les principes évoqués ci-dessus mettent l'accent sur la destination des fonds en faveur des destinataires de l'oeuvre de prévoyance, lesquels ne sauraient être lésés par une affectation de fonds contraires à leurs expectatives devant être prises en compte d'une manière ou d'une autre selon un plan de répartition des fonds libres de l'oeuvre de prévoyance. En d'autres termes, dans le cas d'une liquidation partielle, les salariés partants ont un droit subjectif à une part des fonds libres (SCHNEIDER, op. cit. p. 451 ss n° 40 et 46). Ces règles s'appliquent par analogie aux fondations patronales de bienfaisance (ATF 2A.189/2002 consid. 3.2).

4. En l'espèce, il n'est pas contesté que les conditions pour procéder à une liquidation partielle de la Fondation étaient remplies vu le grand nombre de salariés ayant quitté l'entreprise par suite du rachat d'une partie de celle-ci (voir ci-dessus consid. 3.1). Est controversée par contre l'existence de fonds libres, c.-à-d. la nature juridique des fonds constituant le Personalfürsorgefonds que les recourants qualifient de fonds libres sujets à répartition et que l'Autorité de surveillance et la Fondation intimée qualifient de fonds affectés à un but de prévoyance. En tout état de cause l'argument selon lequel le Fonds patronal litigieux n'a pas été inclus en partie dans le prix de vente de la partie d'entreprise vendue, et de ce fait ne doit pas faire l'objet d'une répartition, n'est pas pertinent du fait que sa valeur n'était pas un actif de la venderesse mais un actif au bénéfice sous forme d'expectatives de tout ou partie des salariés, les avoirs en question ne pouvant en aucune façon faire retour à l'employeur.

5. La nature des fonds litigieux au 31 décembre 1995, date retenue pour la liquidation de la caisse de pensions SIB, est déterminante (cf. ATF 131 II 533 consid. 4.1). Selon le règlement d'organisation du 4 juillet 1985 de la Fondation, un de ses buts est la prise en charge d'éventuels coûts techniques d'assurance de la Caisse de pensions S._____ non couverts par les contributions réglementaires courantes des assurés et de la S._____ (dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pce 6). A ce titre a donc figuré au bilan de la Fondation une réserve destinée à couvrir les coûts techniques de la Caisse de pensions S._____, institution offrant les prestations prévues par la LPP aux salariés de l'Entreprise. Dès 1985, cette réserve apparut au bilan sous le poste de fonds de compensation technique ("Technischer Ausgleichsfonds"; dossier CRLPP 938/02, classeur 1 pces 24, 26). Le Fonds de compensation technique, indépendamment de sa nouvelle dénomination, a dès sa création en 1975 eu pour but de financer l'adaptation au coût de la vie des rentes en cours versées par la Caisse de pensions S._____, de sorte que le changement d'appellation du Fonds de compensation technique en réserve de renchérissement des prestations de la Caisse de pensions S._____ intervenu après le 31 décembre 1995 a été sans incidence sur l'affectation des fonds. Le Fonds de compensation technique n'a certes plus constitué des fonds libres vu son affectation expresse de réserve utilisée exclusivement à l'amélioration

des prestations de la Caisse de pension S._____ notamment pour les rentes en cours des assurés. Toutefois, comme le relèvent les recourants, cette affectation déterminée ne saurait profiter exclusivement aux bénéficiaires actuels et futurs de rentes de la Caisse de pension S._____. En outre, l'indexation des rentes ne se fonde sur aucune disposition réglementaire et doit dès lors être considérée comme une prestation discrétionnaire. Le montant en question, compte tenu d'une clé de répartition à déterminer, doit bénéficier, d'une part, aux bénéficiaires actuels de la Caisse de pensions S._____ et aux futurs bénéficiaires de rentes de cette Caisse et, d'autre part, aux actuels bénéficiaires de rentes et aux futurs bénéficiaires de rentes concernés par le transfert intervenu au 31 décembre 1995, représentés par les institutions de prévoyance recourantes les assurant. En principe le Fonds en faveur du personnel de N._____ SA devrait être attributaire d'une partie des fonds en question aux fins de financer l'adaptation au coût de la vie des rentes en cours de P._____, Caisse de pensions de N._____ SA.

Bien fondé le recours doit être admis et la décision du 26 septembre 2002 de l'Autorité intimée annulée dans le sens de la reconnaissance du principe de la liquidation partielle du Personalfürsorgestiftung der S._____ selon une règle de répartition à déterminer prenant en compte les réquisits du droit des fondations. Au surplus il appartiendra à l'Autorité de surveillance de veiller, lors de l'élaboration du plan de répartition, à ce que l'égalité de traitement entre anciens et actuels destinataires soit garantie.

6.

6.1 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. 3'500.- fournie par les recourants leur est remboursée.

6.2 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, le Fonds en faveur du personnel de N._____ SA, qui est une institution de prévoyance non chargée de tâches de droit public (cf. ATF 126 V 149 consid. 4), a droit à une indemnité de dépens, cette indemnité est fixée à Fr. 4'000.- à charge de la fondation intimée.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1. Le recours est admis et la décision du 26 septembre 2002 du Bau- und Justizdepartement Abteilung Berufliche Vorsorge / Stiftungsaufsicht du canton de Soleure, actuellement Volkswirtschaftsdepartement des Kantons Solothurn, Amt für Berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht, est annulée.
2. Le dossier est retourné à l'Autorité de surveillance intimée pour nouvelle décision au sens du considérant 5.
3. Il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais de Fr. 3'500.- est restituée aux recourants.
4. Il est alloué Fr. 4'000.- de dépens aux recourants à charge de la Fondation intimée.
5. Le présent arrêt est communiqué :
   - au représentant des recourants par acte judiciaire,
   - à la représentante de la Fondation intimée par acte judiciaire,
   - à l'Autorité intimée par acte judiciaire,
   - à l'Office fédéral des assurances sociales par acte judiciaire.

Voies de droit:

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (voir art. 42 LTF).

Le président du collège: Le greffier:

Francesco Parrino Pascal Montavon

Date d'expédition :