Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause
{T 7}
B 59/02
B 60/02

Arrêt du 27 février 2004
IIIe Chambre

Composition
Mme et MM. les Juges Leuzinger, Présidente, Rüedi et Ferrari. Greffier : M. Wagner

Parties
B 59/02
B._____, recourant, représenté par Me Gabriel Aubert, avocat, chemin des Crêts-de-Champel 4, 1206 Genève,

et

B 60/02
Office fédéral des assurances sociales, Effingerstrasse 20, 3003 Berne, recourant,

contre

Fondation de prévoyance en faveur du personnel de la banque X._____ SA, intimée, représentée par Me Daniel Tunik, avocat, Etude Lenz & Staehelin, Grand-Rue 25, 1211 Genève 11

Instance précédente
Tribunal administratif de la République et canton de Genève, Genève
(Jugement du 28 mai 2002)

Faits:
A.
Par lettre du 28 septembre 1997, B._____ a résilié son contrat de travail auprès de la banque X._____ SA pour le 31 décembre 1997. Sa prestation de sortie a été transférée, à sa demande, de la fondation de prévoyance en faveur du personnel de la banque X._____ SA (la fondation) à la Bâloise-Vie, institution de prévoyance de son nouvel employeur.
Dans sa séance extraordinaire du 4 septembre 1998, le conseil de fondation a décidé à l'unanimité de procéder à une distribution des fonds libres, à une hauteur de 20 millions de francs, sur la base de quatre critères soit la durée de service, le capital vieillesse accumulé, l'âge et le gain assuré. Le cercle des bénéficiaires était déterminé comme suit:
«Berechtigung und Stichtag
Berechtigt sind alle Versicherten, die bis und mit 1. Januar 1998 in die Personalvorsorgestiftung der Bank X._____ AG eingetreten sind. Ebenso werden seit dem 1. Januar 1998 ausgetretene Versicherte berücksichtigt. Von der Berechtigung ausgeschlossen werden bis 31. Dezember 1997 ausgetretene, resp. ab 2. Januar 1998 eingetretene Versicherte.
Als Stichtag für die Gewichtung (Berücksichtigung der Kriterien) wird der 1. Januar 1998 herangezogen.

Der Zeitpunkt der Ausschüttung wird mit 1. November 1998 bestimmt».
Ayant appris que la fondation avait décidé cette distribution des réserves libres, B._____ a demandé à en bénéficier, ce que la fondation a refusé.
B.
Par acte du 5 mars 2002, B._____ a ouvert action contre la fondation en concluant à ce qu'il bénéficie de la distribution d'une part des fonds libres. La fondation a conclu au rejet de la demande.
Par jugement du 28 mai 2002, le Tribunal administratif de la République et canton de Genève (aujourd'hui, en matière d'assurances sociales: Tribunal cantonal des assurances sociales) a rejeté la demande.
C.
B._____ interjette recours de droit administratif contre ce jugement dont il demande l'annulation, sous suite de frais et dépens. Il conclut à ce que:
- en application de l'art. 89bis al. 2 CC, la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de la banque X._____ SA (Personalvorsorgestiftung der Bank X._____ AG) soit condamnée à lui communiquer le texte complet de sa décision du 4 septembre 1998 concernant la répartition de réserves libres, à calculer le montant des réserves libres, dans le cas de M. B._____, selon les critères retenus dans cette décision et à lui fournir tous les renseignements utiles sur l'application de ces critères;
- M. B._____ soit autorisé à contrôler les éléments du calcul et le résultat;
- la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de la banque X._____ SA soit condamnée à verser à M. B._____ la part de fonds libres déterminée selon ce calcul, avec intérêts à 5 % dès le 30 septembre 1998.
L'Office fédéral des assurances sociales a également interjeté recours de droit administratif contre ce jugement dont il demande l'annulation. Il conclut au renvoi du dossier à la juridiction cantonale pour qu'elle statue sur la répartition des fonds libres auxquels l'assuré a droit.
La fondation a conclu au rejet des recours, sous suite de dépens.

Considérant en droit :
1.
Les recours de droit administratif concernent des faits de même nature, portent sur des questions juridiques communes et sont dirigés contre le même jugement, de sorte qu'il se justifie de les réunir et de les liquider dans un seul arrêt (ATF 128 V 126 consid. 1 et les références; cf. aussi ATF 128 V 194 consid. 1).
2.
Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence, sans égard aux conclusions prises par les parties (ATF 125 V 136 consid. 1a).
La compétence des autorités visées par l'art. 73 LPP est doublement définie. Elle l'est, tout d'abord, quant à la nature du litige: il faut que la contestation entre les parties porte sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (actuellement prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance.

Cette compétence est également limitée par le fait que la loi désigne de manière non équivoque les parties pouvant être liées à une contestation, savoir les institutions de prévoyance, les employeurs et les ayant droits (ATF 128 V 44 consid. 1b, 127 V 35 consid. 3b et les références).
3.
Dans le cas particulier, le litige oppose un ayant droit à l'institution de prévoyance et porte sur la prétention à bénéficier de la répartition de fonds libres.
3.1 On parle de fonds libres lorsqu'une institution de prévoyance dispose d'un excédent d'actif, à savoir que sa fortune figurant à l'actif du bilan (ou son capital disponible) est supérieure à ses engagements (cf. Jacques-André Schneider, Fonds libres et liquidations de caisses de pensions. Eléments de jurisprudence, in: RSAS 45/2001 p. 451 s., 454; Jean-Pierre Beausoleil, Les fonds libres des institutions de prévoyance, in: Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, p. 25 s., 32). La constitution de fonds libres peut résulter de différentes sources, notamment d'un rendement de la fortune plus élevé que le taux technique (sur ces sources, cf. Beausoleil, op. cit. p. 33 s.; voir aussi Olivier Deprez, Feststellung der freien Mittel, in: Hans Schmid, Teil-

liquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, p. 41 s.).
Aux termes de l'art. 23 al. 1 première phrase LFLP, 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. Selon l'alinéa 4 de cette disposition légale, les conditions d'une liquidation partielle sont présumées en cas de réduction considérable de l'effectif des assurés, de restructuration de l'entreprise ou de résiliation du contrat d'affiliation avec la fondation collective ou commune. En vertu de l'art. 23 al. 1 deuxième et troisième phrases LFLP, il incombe à l'autorité de surveillance de décider si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies. Entre alors dans sa compétence l'approbation de plans de répartition.
Dans le cadre d'une liquidation, le principe de la bonne foi impose que la fortune de prévoyance suive le personnel tandis que le principe de l'égalité interdit d'en faire profiter certains groupes de bénéficiaires au détriment d'autres. Il s'agit de tenir compte de cet aspect par une répartition de la fortune de la fondation qui soit adaptée à la situation. L'idée générale est que la fortune libre d'une institution de prévoyance doit revenir, en cas de liquidation, à ceux pour lesquels l'institution de prévoyance fut créée. Réserver ces fonds libres exclusivement aux destinataires restants porterait atteinte aux attentes justifiées de prestations discrétionnaires futures. Jurisprudence et doctrine reconnaissent ainsi qu'il y a lieu d'inclure dans le plan de répartition non seulement les travailleurs occupés à ce moment-là par l'entreprise fondatrice mais aussi ceux qui - vus sous un angle large - ont déjà auparavant perdu leur place de travail en raison des mêmes changements dans l'entreprise (ATF 128 II 396 consid. 3; 119 Ib 46; arrêt G. du 26 août 2002 [2A.30/2002], consid. 5; Schneider, op. cit. p. 465).
3.2 En dehors du cas où une institution de prévoyance est totalement ou partiellement liquidée, les institutions de prévoyance disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'usage de leurs fonds libres. L'exercice de ce pouvoir est limité par l'obligation de respecter les buts fixés dans l'acte de fondation ainsi que les principes constitutionnels qui régissent l'activité administrative soit la proportionnalité, l'égalité de traitement, la bonne foi comme l'interdiction de l'arbitraire (SVR 1997 BVG n°65 p. 193 s., 195; Schneider, op. cit. p. 465).
Lorsqu'un travailleur résilie ses rapports de travail dans des circonstances normales et qu'il sort de la fondation de prévoyance en faveur du personnel, il a droit aux prestations prévues par la loi et les statuts. En règle générale, il n'a pas droit à une part de la fortune libre et non liée réglementairement de la fondation. Tel est également le cas notamment pour les fonds patronaux ou les fonds de bienfaisance dont les prestations sont octroyées uniquement à bien plaire. De manière plus générale, les assurés n'ont pas un droit subjectif à une part des fonds libres tant que l'institution de prévoyance n'est pas liquidée (cf. art. 23 al. 1 LFLP a contrario; cf. Rolf Widmer, Aufteilung der freien Stiftungsmittel, in: Hans Schmid, Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, p. 51 s.). Ils peuvent néanmoins se plaindre à l'autorité de surveillance s'ils estiment que ces fonds sont utilisés de manière contraire au droit par leur institution de prévoyance (cf. ATF 128 II 24).
En effet, le départ d'un seul travailleur ne profite aux autres que de manière insignifiante et, de son côté, le travailleur qui part pourra s'affilier à une fondation de prévoyance du nouvel employeur parce qu'il ne portera guère atteinte aux expectatives des bénéficiaires de cette fondation (arrêt X. du 24 janvier 2002 [2A.456/2001], consid. 2a et les réf.).
3.3 En l'espèce, le recourant B._____ a démissionné de la banque avec effet au 31 décembre 1997, sortant alors de l'institution de prévoyance. Il n'est pas soutenu qu'il n'ait pas donné librement sa démission ou que celle-ci soit intervenue dans le cadre d'une restructuration. Dès lors, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une liquidation partielle ou d'une opération assimilable, ni la compétence de l'autorité de surveillance (art. 74 LPP), ni par conséquent celle du Tribunal fédéral ne sont données pour examiner ce litige (consid. 1 non publié de l'ATF 128 II 394; arrêt S. du 30 novembre 2001 [B 68/01]).
Reste dès lors à examiner si, au regard de l'art. 73 LPP, le Tribunal administratif de la République et canton de Genève puis le Tribunal fédéral des assurances sont compétents ratione materiae.
3.4 Le point de savoir si la voie de droit définie par l'art. 73 LPP est ouverte lorsqu'il s'agit de prestations discrétionnaires est controversé (ATF 128 II 391 consid. 2.3.1; pour la compétence des autorités judiciaires selon l'art. 73 LPP: Ulrich Meyer, Die Rechtswege nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, in. ZSR 106/1987 I p. 614; pour la compétence des autorités de surveillance: Hermann Walser, Der Rechtsschutz der Versicherten bei Rechtsansprüchen aus beruflicher Vorsorge, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Berne 1992, p. 479, Hans Michael Riemer, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Berne 1985, p. 128, Bruno Lang, Aufsichtsbehörde, Registrierung, Rechtspflege, Teil- und Gesamtliquidation, in: Carl Helbling (éd.), Personalvorsorge und BVG, Berne/Stuttgart/Vienne, 7ème édit. 2000, p. 642).

Dans un arrêt du 31 décembre 2003 [B 34/02], prévu pour la publication aux ATF 130 V, où la requête portait sur le versement d'une allocation de renchérissement sur les rentes de vieillesse en cours, le Tribunal fédéral des assurances a admis que, dans la mesure où il s'agissait de l'octroi de prestations discrétionnaires, les autorités judiciaires selon l'art. 73 LPP étaient compétentes pour connaître de la contestation. En effet, l'octroi litigieux de prestations discrétionnaires formait avec le droit à la prestation de prévoyance, pour lequel la voie de droit définie par l'art. 73 LPP était ouverte, un tout indissociable puisqu'il avait une influence directe sur la fixation du montant de la rente.
En cas de liquidation partielle ou de liquidation totale de l'institution de prévoyance, le point de savoir si une personne remplit les critères adoptés dans le plan de répartition entré en force pour bénéficier de la distribution de fonds libres doit, à la différence de la légalité du plan de répartition lui-même ou de la décision de l'autorité de surveillance approuvant le plan, être examiné selon la voie de droit définie par l'art. 73 LPP (arrêts non publiés R. du 14 novembre 2003 [B 41/03 et B 53/03]).
Dans un arrêt E. du 8 janvier 2003 [B 3/02], paru in RSAS 47/2003 p. 523, le Tribunal fédéral des assurances a admis que les autorités judiciaires selon l'art. 73 LPP étaient compétentes ratione materiae pour examiner la requête d'un assuré contestant le montant porté au crédit de son compte individuel plan d'épargne, qui était issu de la répartition de l'excédent des capitaux de couverture. Il a considéré que la répartition de l'excédent d'un capital de couverture n'était pas une liquidation partielle au sens de l'art. 23 LFLP, qui devait être soumise à l'autorité de surveillance. Il n'y avait pas non plus de décision de l'autorité de surveillance susceptible de recours sur l'approbation du plan de répartition, ouvrant la voie définie par l'art. 74 LPP (ATF 119 Ib 49 consid. 1; RSAS 39/1995 p. 373).
3.5 Selon les règles exposées ci-dessus, les autorités judiciaires selon l'art. 73 LPP sont compétentes ratione materiae pour examiner la prétention de l'assuré à bénéficier de la répartition de fonds libres, dans la mesure où il s'agit de l'octroi de prestations discrétionnaires. En l'occurrence, il ne s'agit pas d'une liquidation totale ni d'une liquidation partielle au sens de l'art. 23 LFLP (cf. Schneider, op. cit. p. 454). Comme dans l'arrêt E. précité du 8 janvier 2003 [B 3/02]), il n'y a pas de décision de l'autorité de surveillance entrée en force sur l'approbation du plan de répartition. Dans ces conditions, la voie de droit définie par l'art. 73 LPP est ouverte pour trancher la contestation.
4.
Vu qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une liquidation totale ni d'une liquidation partielle au sens de l'art. 23 LFLP, seuls, dans ce cas, les employés affiliés peuvent prétendre à la répartition des fonds libres. Le recourant B._____ ne soutient d'ailleurs pas autre chose (cf. arrêt G. du Tribunal fédéral du 26 août 2002 [2A.30/2002], consid. 5.1 sur la compétence du conseil de fondation au sujet des fonds libres).
Les critères de répartition des fonds libres choisis par le conseil de fondation ne sont pas ici remis en discussion. En définitive, l'unique question de fond est de savoir si le recourant B._____ peut prétendre à une part de ces fonds libres au vu de la décision du Conseil. L'examen ne porte ainsi que sur l'exécution de la décision de répartition des fonds libres. C'est du reste la seule question soulevée par celui-ci.
L'interprétation d'une décision du conseil de fondation doit se faire selon le principe de la confiance (cf. par ex. arrêt L. du 31 juillet 1992 [B 43/90], paru in RSAS 40/1996 p. 151). Or, de l'ensemble des documents écrits et du dossier, il ressort sans doute possible que la décision doit être comprise comme fixant le cercle des bénéficiaires aux employés affiliés le 1er janvier 1998, à l'exclusion des employés sortis avant et jusqu'au 31 décembre 1997. D'ailleurs, le recourant B._____ a bien compris cette décision puisqu'il tente de soutenir qu'il n'a quitté la fondation que le 1er janvier 1998.
En réalité, et malgré le raisonnement des recourants, l'assuré a donné son congé pour le 31 décembre 1997. Il est ainsi sorti de l'institution de prévoyance à la même date et ne saurait prétendre à cette distribution dès lors qu'il n'était pas affilié à la fondation au moment déterminant.
Il s'ensuit que les recours doivent être rejetés.
5.
Le recourant B._____, qui succombe, ne saurait prétendre une indemnité de dépens pour l'instance fédérale (art. 159 al. 1 en liaison avec l'art. 135 OJ).
La Fondation intimée, qui obtient gain de cause, a conclu à l'allocation d'une indemnité de dépens. Conformément à l'art. 159 al. 2 OJ, dans les procédures de recours ou d'action de droit administratif, aucune indemnité pour les frais de procès n'est allouée, en règle générale, aux autorités qui obtiennent gain de cause et aux organismes chargés de tâches de droit public. Selon la jurisprudence, les institutions de prévoyance sont assimilées

à de telles autorités, de sorte que, en règle ordinaire, aucune indemnité de dépens ne leur est allouée, qu'elles soient ou non représentées par un avocat (ATF 112 V 49 consid. 3 et 362 consid. 6). Une exception à ce principe ne se justifie pas en l'espèce.
Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce :
1.
Les causes B 59/02 et B 60/02 sont jointes.
2.
Les recours sont rejetés.
3.
Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.
4.
Le présent arrêt sera communiqué aux parties et au Tribunal cantonal genevois des assurances sociales.
Lucerne, le 27 février 2004
Au nom du Tribunal fédéral des assurances
La Présidente de la IIIe Chambre: Le Greffier: