Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour III
C-2202/2009
{T 0/2}

Arrêt du 29 septembre 2010

Composition

Francesco Parrino (président du collège), Michael Peterli, Johannes Frölicher, juges,
Yann Hofmann, greffier.

Parties

1. A._____,
2. B._____,
3. C._____,
tous représentés par Maître Hervé Bovet,
recourants,

contre

Service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle,
Grand-Rue 27, case postale, 1701 Fribourg,
autorité inférieure.

Objet

Prévoyance professionnelle (décision du 5 mars 2009)

Faits :

A.
Le Fonds patronal en faveur du Groupe X._____ SA, ayant son siège à Fribourg, a été constitué par acte authentique du _____. Le _____, il a été inscrit au Registre du commerce de Fribourg (annexes 1 et 2 du dossier de l'autorité de surveillance). Selon l'art. 2 al. 1 des statuts, dans leur version modifiée du _____, le Fonds patronal a pour but de " protéger les employés de la fondatrice et des sociétés X._____ SA et Y._____ SA contre les conséquences économiques de la vieillesse prématurée; venir en aide aux employés de la fondatrice et des sociétés X._____ SA et Y._____ SA en cas de mise à la retraite anticipée, d'un décès ou tout autre cas de détresse; améliorer la rente AVS des employés de la fondatrice et des sociétés X._____ SA et Y._____ SA ou de leurs héritiers, à la suite de leur mise à la retraite ". L'art. 3 des statuts prévoit que " la fortune de la Fondation est constituée par : a) le versement, par la fondatrice, d'un capital de dotation de Fr. 5'000.-, b) les revenus de la fortune de la Fondation, c) les cotisations de la fondatrice, d) les dons, legs et autres libéralités, e) le cas échéant, les prestations d'assurance échues. Le Conseil de fondation peut effectuer sur la fortune de la Fondation tous les prélèvements exigés par la réalisation du but fixé à l'art. 2 " (annexe 5).

A._____, C._____ et B._____ sont respectivement présidente, membre et secrétaire/membre du Conseil de fondation (voir extrait du RC, annexe 1).

B.
Dans le cadre de l'approbation des comptes relatifs aux exercices 2004/2005, le Service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle a constaté que le Fonds patronal avait procédé à des versements en faveur de deux membres du Conseil de fondation. En particulier, par décisions respectivement des 8 décembre 2004 et 10 janvier 2005, le Conseil de fondation a alloué à A._____ une rente mensuelle de Fr. 3'000.- à partir du 1er janvier 2004 et à B._____ une rente mensuelle de Fr. 1'000.- à compter du 1er janvier 2005. Ces versements ont fait l'objet d'une réserve dans les rapports de l'organe de contrôle des 28 août et 28 septembre 2006 relatifs aux exercices 2005 et 2006, en ce sens que, les décisions du Conseil de fondation ne faisant pas état des critères retenus justifiant le versement de ces rentes, il n'était pas possible de se prononcer sur

leur légalité. Les comptes relatifs à ces deux années ne pouvaient dès lors pas être approuvés (annexes 12 à 15, pce 6 jointe au recours).

Se basant sur ces constatations, par courrier du 11 octobre 2006, l'autorité de surveillance a demandé au Conseil de fondation du Fonds patronal de cesser immédiatement ces versements qu'elle considérait sans fondement (annexe 16).

Le 30 janvier 2007, le Fonds patronal, par l'intermédiaire de sa fiduciaire, a répondu en précisant que A._____ et B._____ étaient certes membres du Conseil de fondation, mais qu'ils ont également été employés du Groupe X._____; ils pourraient par conséquent avoir droit à une prestation du Fonds patronal. Aucun autre employé du Groupe X._____ SA ne remplirait d'ailleurs les conditions pour bénéficier de telles prestations. Le Fonds patronal annonce en outre qu'un projet de règlement serait en préparation concernant le versement de prestations (pce 14 jointe au recours).

Par courrier du 20 juin 2007, l'autorité de surveillance a réitéré sa demande tendant à la cessation des paiements en faveur des membres du Conseil de fondation en précisant que ces versements seraient contraires aux statuts. L'autorité de surveillance expose qu'à court terme les versements des rentes ne seraient plus couverts par la fortune du Fonds patronal. En ces circonstances, il serait préférable de procéder à la liquidation du Fonds et de distribuer les fonds conformément aux statuts. L'autorité de surveillance demande dès lors au Conseil de fondation de procéder en ce sens, comme cela avait du reste déjà été préconisé dans un courrier du 12 avril 2007 de Z._____ Consulting, experts en prévoyance professionnelle (annexe 19 et pce 16 jointe au recours).

Le 18 septembre 2007, l'autorité de surveillance, suite au courrier du 5 août 2007 du Conseil de fondation l'informant qu'il n'avait pas pu à ce jour se réunir et répondre à ses lettres, a demandé la production de tout document relatif à la situation financière des personnes qui ont reçu des prestations du Fonds patronal. L'autorité de surveillance a en outre rappelé qu'elle avait déjà exigé à deux reprises la cessation immédiate des rentes en faveur des membres du Conseil de fondation et qu'elle souhaitait être tenue informée à cet égard (annexe 22 et pce 18 jointe au recours).

Le 11 novembre 2007, l'autorité de surveillance a reçu le rapport de l'organe de contrôle du 7 novembre 2007, avec le bilan, le compte d'exploitation, les comptes annuels relatifs à l'exercice allant jusqu'au 31 octobre 2006. Il ressort de ces documents que, par décision du 27 décembre 2005, le Conseil de fondation a décidé d'augmenter le montant de la rente mensuelle versée à B._____ de Fr. 1'000.- à Fr. 2'150.- à partir du 1er janvier 2006. Dans une annexe aux comptes annuels, il est toutefois précisé que suite à la demande de l'autorité de surveillance, le versement des rentes en faveur de A._____ et B._____ a été provisoirement suspendu dès le 1er octobre 2007. L'organe de contrôle a, dans son rapport du 7 novembre 2007, conclu que les comptes ne peuvent pas être approuvés. Le versement des rentes a en effet continué durant l'exercice en cours, nonobstant l'opposition du Service de la surveillance des fondations de de la prévoyance professionnelle. En outre, le bilan ne serait pas correct (cf. annexes 23 et 24).

Le 15 décembre 2008, le Fonds patronal, par l'intermédiaire de sa fiduciaire, a transmis les documents relatifs à l'exercice allant jusqu'au 31 octobre 2007. Dans son rapport du 30 septembre 2008, l'organe de contrôle a proposé de ne pas approuver les comptes relatifs à cet exercice pour le motif que le versement des rentes à deux membres du Conseil de fondation a continué jusqu'au 1er octobre 2007. À cette occasion, le Fonds patronal a informé l'autorité de surveillance que, dans les dernières années, une autre rente avait été versée à D._____, entre temps décédé le 22 mai 2002. Une attestation relative aux frais bancaires pour la gestion de la fortune du Fonds patronal mentionnant un montant de Fr. 2'700.- par année a en outre été produite. Il était enfin noté que la liquidation du Fonds patronal était en cours (annexes 25 et 26).

C.

Par décision du 5 mars 2009, le Service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle a constaté que les rentes versées à A._____ et B._____ ont été indûment attribuées et devraient être restituées au Fonds patronal (chiffre 1 du dispositif), ordonné la destitution des trois membres du Conseil de fondation (chiffre 2) et nommé Maître E._____ en qualité de commissaire avec signature individuelle (chiffre 3). Il a en outre dit que la décision était immédiatement exécutoire et qu'un éventuel recours n'aurait pas d'effet suspensif.

L'autorité de surveillance a exposé que les membres du Conseil de fondation ont usé de leur pouvoir d'appréciation pour utiliser la fortune du Fonds patronal à leur profit et ceci malgré les réserves qu'elle et l'organe de contrôle avaient émises. Le versement des rentes serait en outre contraire aux principes de la bonne foi et de l'égalité de traitement. La cessation du paiement est intervenue le 1er octobre 2007 seulement, les rentes perçues n'ont à ce jour pas été restituées au Fonds patronal et aucun plan de répartition de la fortune n'a été établi. Les frais de gestion bancaires seraient en outre très élevées. Il serait donc justifié, à l'avis de l'autorité de surveillance, de destituer les membres du Conseil de fondation et de nommer un commissaire qui se charge des démarches nécessaires à la sauvegarde de la fortune du Fonds patronal.

D.
Le 3 avril 2009, A._____, C._____ et B._____ ont interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral, en concluant à son annulation et à leur réintégration dans le Conseil de fondation avec pouvoir de signature. Il ont en outre demandé que la légalité des rentes versées à A._____ et B._____ soit examinée dans le cadre de la liquidation du Fonds patronal. Ils ont, enfin, conclu à la restitution de l'effet suspensif au recours.

Les recourants ont essentiellement fait valoir que l'autorité de surveillance, en les révoquant sans préavis du Conseil de fondation, a violé tant leur droit d'être entendu que le principe de la proportionnalité. A leur avis, dans la mesure où le versement des rentes a été arrêté le 1er octobre 2007, il n'y avait aucune nécessité de procéder de la sorte. Faute de péril en la demeure, il n'y aurait eu aucun besoin de les révoquer. S'agissant du caractère illégitime des rentes versées, les recourants exposent que cette question devra être examinée dans le cadre de la liquidation du Fonds patronal, dont le plan qui est censé déterminer les bénéficiaires de la fortune est en préparation.

E.
Après avoir recueilli la prise de position de l'autorité de surveillance, par décision incidente du 6 mai 2009, le Tribunal administratif fédéral a admis la demande de restitution de l'effet suspensif en ce qui concerne le remboursement des rentes versées à A._____ et

B._____ (chiffre 1 du dispositif de la décision du 5 mars 2009). Le Tribunal de céans a en revanche rejeté ladite demande en ce qui concerne la question de la destitution des membres du Conseil de fondation (chiffre 2 et suivants).

F.
Le 28 mai 2009, les recourants ont versé une avance de Fr. 2'500.- sur les frais de procédure présumés conformément à la décision incidente du 6 mai 2009.

G.
Dans sa réponse du 3 juillet 2009, l'autorité de surveillance a proposé de rejeter le recours et de confirmer la décision attaquée. Elle a fait valoir que deux membres se sont octroyés une rente à laquelle ils n'avaient pas droit. En effet, de par leurs revenus et fortune (dont on joint les attestations fiscales), ces deux membres ne rempliraient pas les conditions statutaires pour avoir droit aux prestations du Fonds patronal. D'autres employés du Groupe X._____ SA, dont l'effectif a considérablement diminué entre 2005 et 2006 (de 219 personnes à 186), auraient pu avoir droit à ces prestations. En outre, les membres du Conseil de fondation n'auraient pas pris les dispositions nécessaires pour diminuer les importants frais bancaires, qui, selon l'autorité de surveillance, servaient en réalité à couvrir les coûts d'une caution bancaire garantissant la dette de la fondatrice X._____ SA à l'égard du Fonds patronal. Ce fait prouverait, à l'avis de l'autorité de surveillance, le conflit d'intérêts de ces membres, à la fois membres du Conseil de fondation et employés d'X._____ SA, d'où la nécessité de les révoquer.

H.
Par réplique du 16 octobre 2009, les recourants, représentés par Maître Hervé Bovet, ont maintenu leurs conclusions. Ils ont exposé en particulier que la liquidation du Fonds n'a pas pu être portée à son terme du fait de leur révocation. Ils ont derechef revendiqué la légitimité des versements des rentes, motivées, à leur avis, par le fait que A._____ et B._____ avaient été employés du Groupe X._____. Dans l'écriture complémentaire du 19 octobre 2009, les recourants ont encore précisé que, le 1er juillet 2009, le Fonds patronal leur avait fait notifier un commandement de payer pour un montant de Fr. 192'150.-, correspondant aux rentes versées. À leur avis, la légalité de ces versements doit encore être examinée dans le cadre de la

liquidation du Fonds patronal. En tout cas, l'autorité de surveillance n'aurait pas la compétence de se prononcer par une décision formelle sur la légalité de ces versements et leur restitution éventuelle. Le chiffre 1 du dispositif de la décision querellée devrait être annulé déjà pour ce motif. Au surplus, la demande de remboursement serait prescrite parce que le commandement de payer aurait été notifié plus d'une année après le dernier versement intervenu au mois de septembre 2007. Dans une autre écriture complémentaire du 27 novembre 2009, les recourants font valoir que leur révocation est contraire aux principes de la bonne foi, de la célérité et de la proportionnalité. En substance, ils expliquent que la décision du 5 mars 2009 est intervenue une année et demie après l'arrêt des versements des rentes et que c'est seulement avec le courrier du 11 octobre 2006 que l'autorité de surveillance a manifesté son désaccord avec le paiement des rentes, alors qu'auparavant elle avait suggéré que le versement des rentes dépendait exclusivement du pouvoir d'appréciation du Conseil de fondation.

I.

En duplique, le 25 février 2010, l'autorité de surveillance a exposé que les trois membres du Conseil de fondation n'ont pas défendu les intérêts du Fonds patronal. Ils se seraient non seulement versés une rente, mais auraient encore accepté que le Fonds patronal paie sur sa fortune les frais bancaires d'une dette d'X._____ SA à l'égard du Fonds patronal. Ils n'auraient pas non plus présenté de plan de liquidation. L'autorité de surveillance a de plus relevé qu'elle avait la compétence pour constater le caractère indu de l'attribution des rentes en question, même s'il appartenait au commissaire de demander formellement la restitution des rentes par une action devant le juge compétent. L'autorité de surveillance a en outre contesté avoir accepté dans un premier temps la légalité du versement des rentes et changé de position (voir sa lettre du 5 octobre 2005, annexe 8), en violant ainsi le principe de la bonne foi. Ce n'est que dès la réception des documents relatifs à l'exercice 2007, le 15 décembre 2008, qu'elle a constaté avec certitude que le Conseil de fondation ne s'était pas conformé à sa demande d'arrêter le versement des rentes en continuant à les verser jusqu'au 1er octobre 2007. Elle a ainsi estimé avoir réagi dans les délais. La révocation s'imposait au demeurant parce qu'elle était la seule mesure permettant de sauvegarder les intérêts du Fonds patronal.

Par ordonnance du 2 mars 2010, une copie de la duplique a été transmise aux recourants pour connaissance.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral (TAF), en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par les autorités de surveillance des institutions de prévoyance peuvent être contestées devant le TAF conformément à l'art. 33 let. i LTAF en combinaison avec l'art. 74 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40).

1.2 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

1.3 Les recourants ont pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, sont spécialement touchés par la décision attaquée et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 48 al. 1 PA). Ils ont, partant, qualité pour recourir.

1.4 Dans la mesure où le recours a été introduit dans le délai et la forme prescrits (art. 52 PA), l'avance de frais versée dans le délai imparti (art. 63 al. 4 PA), il est entré en matière sur le fond du recours.

2.

Les recourants peuvent invoquer: a. la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation; b. la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents; c. l'inopportunité: ce grief ne peut être invoqué lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA).

3.
En l'espèce, le litige porte sur les mesures de surveillance adoptées par le Service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle à l'encontre du Conseil de fondation du Fonds patronal en faveur du Groupe X._____ SA. Par décision du 5 mars 2009, l'autorité de surveillance a constaté, d'une part, que des rentes, avaient été indûment reconnues à deux membres du Conseil de fondation avaient été payées et devaient être restituées et, d'autre part, que les membres du Conseil de fondation devaient être révoqués.

4.
Selon l'art. 62 LPP, l'autorité de surveillance s'assure que l'institution de prévoyance ainsi que l'institution qui sert à la prévoyance se conforment aux prescriptions légales; en particulier: a. elle vérifie la conformité des dispositions réglementaires avec les prescriptions légales; b. elle exige de l'institution de prévoyance et de l'institution qui sert à la prévoyance un rapport annuel, notamment sur leur activité; c. elle prend connaissance des rapports de l'organe de contrôle et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle; d. elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées; e. elle connaît des contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé conformément aux art. 65*a* et 86*b* al. 2; cette procédure est en principe gratuite pour les assurés.

5.

5.1 Les recourants contestent que le versement des rentes à deux membres du Conseil de fondation soit illégitime. Ils font préalablement valoir que l'autorité de surveillance n'a pas la compétence formelle pour statuer en la matière.

5.2 Pour trancher cette question, il est utile de rappeler que la fondation en question n'est pas une institution de prévoyance au sens de l'art. 48 LPP – participant à l'application du régime de l'assurance obligatoire – mais un fonds patronal. En effet, le Fonds patronal en faveur du Groupe X._____ SA n'est pas inscrit dans le registre de la prévoyance professionnelle. Il n'a pas pour but de verser des prestations réglementaires auxquelles les bénéficiaires auraient un droit lors de la survenance d'un cas de prévoyance, mais plutôt d'offrir des prestations discrétionnaires. Il a en outre été financé exclusivement par la fortune et les cotisations de la fondatrice (cf. art.

2 et 3 des statuts). En ces circonstances, selon les critères de la jurisprudence, il s'agit d'un fonds purement patronal (arrêts 9C_193/2008 du 2 juillet 2008 consid. 3.2 et B 81/00 du 8 août 2001 consid. 3c du Tribunal fédéral et réf. cit.).

5.3 Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité – ce qui est le cas du Fonds patronal en faveur du Groupe X._____ SA – sont soumises à la réglementation des art. 73 et 74 LPP, en vertu de l'art. 89bis al. 6 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210). Le fait que le fonds n'a plus réellement d'activité et qu'il ne reçoive plus de financement depuis de nombreuses années ne saurait l'exclure du champs d'application de l'art. 89bis al. 6 CC (arrêt C-2365/2006 du 19 février 2008 consid. 3.3 du TAF et réf. cit.).

Les art. 73 et 74 LPP définissent le contentieux en matière de prévoyance professionnelle, mais aussi les compétences des autorités appelées à statuer en la matière. D'une part, selon l'art. 73 LPP, chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (al. 1). Les décisions des tribunaux cantonaux peuvent être déférées au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public. D'autre part, les décisions que les autorités de surveillance prennent sur la base de l'art. 62 LPP peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral par le biais de l'art. 74 LPP. Il s'agit de deux voies de droit bien distinctes, en ce sens que la compétence des tribunaux cantonaux exclut celle des autorités de surveillance et inversement (ATF 130 V 80, 128 II 386 et 122 V 320, arrêt B 6/05 du 25 juillet 2005 du Tribunal fédéral consid. 4). En d'autres termes, les contestations opposant un ayant droit à une institution de prévoyance au sujet d'une prestation individuelle d'assurance doivent suivre la procédure prévue à l'art. 73 LPP ou être portées devant le juge civil si l'institution est un fonds purement patronal, comme c'est le cas en l'espèce (arrêt du Tribunal fédéral B 81/00 du 8 août 2001 consid. 3c; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, éd. Schultess, Zurich/Bâle/Genève 2005, chiffre 1638).

Il découle de ce système judiciaire que le point de savoir si une personne a droit à une prestation d'un fonds patronal ou si elle remplit les critères adoptés dans un plan de répartition suite à une liquidation de l'institution est une question qui ne peut être examinée ni par

l'autorité de surveillance ni par le Tribunal administratif fédéral dans le cadre du contentieux défini par l'art. 74 LPP. Les griefs concernant un plan de répartition doivent en revanche être invoqués dans le cadre de l'art. 74 LPP (arrêt du Tribunal fédéral B 6/05 du 25 juillet 2005 consid. 5.2).

5.4 En l'espèce, l'autorité de surveillance a constaté dans le premier point du dispositif de la décision querellée que les rentes versées à A._____ et B._____ étaient illégales et devaient dès lors être restituées. À noter que le Fonds patronal, à ce jour, n'a pas adopté de règlement concernant le versement de prestations ou sa liquidation, ni de plan de répartition de la fortune.

À la lumière des considérations exposées ci-dessus, le Tribunal de céans estime que l'autorité de surveillance n'avait pas la compétence pour se prononcer sur le bien-fondé de ces versements. En affirmant explicitement que " les rentes versées à Madame A._____ et à Monsieur B._____ ont été indûment attribuées et doivent être restituées au Fonds patronal en faveur du Groupe X._____ ", elle s'est en effet prononcée sur une contestation relative à des prétentions individuelles opposant des ayants droit à une institution de prévoyance. Or, étant donné le caractère purement patronal du fonds, cette compétence relève du tribunal civil.

Pour entrer dans le cadre de ses compétences, l'autorité de surveillance aurait dû se limiter à examiner la question dans le cadre de l'art. 84 al. 2 CC, aux termes duquel l'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. Dans ce contexte, l'autorité de surveillance peut retenir que des rentes ont été versées à tort mais ne peut pas encore décider qu'un assuré déterminé n'a pas droit à une prestation de la fondation. Si des doutes existent sur le bien-fondé du versement des rentes, l'autorité de surveillance peut inviter le Conseil de fondation à saisir le juge civil et faire ouvrir une action en restitution.

5.5 Il découle de ce qui précède que la teneur du premier chiffre du dispositif de la décision du 5 mars 2009, qui indique explicitement que les rentes doivent être restituées, est contraire au droit fédéral. Il doit donc être annulé. Une action en restitution reste en revanche réservée comme on le verra par la suite.

6.

6.1 Les recourants contestent en outre leur révocation du Conseil de fondation et demandent leur réintégration (chiffre 2 et suivants du dispositif de la décision attaquée). Ils font d'abord valoir que la décision de les révoquer était contraire au principe de la proportionnalité. A leur avis en effet, le paiement des rentes en faveur de A._____ et B._____ a été arrêté déjà le 1er octobre 2007 et, au moment de rendre la décision du 5 mars 2009, il n'y avait ainsi plus aucune nécessité d'intervenir. Ensuite, l'autorité de surveillance aurait sans raison attendu plus d'une année avant de rendre une décision et ainsi violé le principe de la célérité ainsi que celui de la bonne foi, dans la mesure où pendant longtemps elle ne s'est pas clairement prononcée contre la légalité des versements des rentes. Les recourants, enfin, invoquent une violation de leur droit d'être entendus.

6.2 Parmi les mesures à disposition de l'autorité de surveillance pour éliminer les insuffisances constatées au sens de l'art. 62 al. 1 let. d LPP, la doctrine et la jurisprudence distinguent entre mesures préventives et répressives.

L'autorité de surveillance peut, à titre de mesures préventives, surveiller le placement des biens et donner des instructions sur ce point; elle peut ordonner la rectification des actes incompatibles avec le but de la fondation et assortir sa décision de la menace de sanctions pénales (ATF 101 Ib 231, 100 Ib 137, 99 Ib 255). Pour ce faire, entre autres moyens, elle exige de l'institution de prévoyance et de l'institution qui sert à la prévoyance un rapport annuel, notamment sur leur activité, elle prend connaissance des rapports de l'organe de révision et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, et elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (art. 62 al. 1 let. b à d LPP; Christina Ruggli in: Jacques-André Schneider et alii, LPP et LFLP, Berne 2010, art. 62 n° 9 ss). La tâche de l'autorité de surveillance nécessite une collaboration active des institutions de prévoyance qui se doivent d'adresser les documents requis par leur contrôle et de répondre aux demandes d'informations dans les délais impartis sans se faire solliciter à réitérées reprises par voie de rappels et sommations, actes administratifs qui, rendus à répétition, alourdissent d'une manière intolérable l'activité de surveillance (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral C-1511/2009 du 8 septembre 2010 consid. 5.1, C-2834/2007 du 5 mai 2008 consid. 5.1 et C-

2410/2006 du 5 avril 2007 consid. 5.1).

Les mesures répressives ont pour but de rétablir une situation conforme à la loi, alors que les mesures préventives, par un contrôle régulier de l'activité de l'institution de prévoyance, doivent empêcher des décisions contraires à la loi ou aux statuts et règlements. À titre de mesure répressive, l'autorité de surveillance peut ainsi sommer les organes de l'institution de prévoyance de se conformer à la loi, statuts et règlements, émettre des directives ou leur imposer des charges, annuler ou modifier des décisions ou des mesures des organes de la fondation, révoquer et nommer un nouvel organe du Conseil de fondation, nommer un liquidateur ou un curateur, même provisoirement, et mettre les coûts de ces mesures à charge de la fondation. L'énumération de ces mesures n'est pas exhaustive (sur ces questions, voir entre autres: ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zurich 1996, p. 61; HANS MICHAEL RIEMER / GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2e éd., Berne 2000, p. 31 et suivants).

L'autorité de surveillance, dans le cadre des mesures répressives, peut intervenir à l'encontre d'une institution de prévoyance seulement s'il y a une violation des dispositions légales, statutaires ou règlementaires. Un examen plus large de l'activité de l'institution de prévoyance par l'autorité de surveillance constitue une violation du principe de l'autonomie de la fondation (ATF 112 II 97 consid. 2, p. 471 consid. 2; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, op. cit., p. 65, CARL HELBLING, Personalvorsorge une BVG, 7e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 556). L'autonomie des organes d'un fonds patronal est en principe encore plus grande que celle d'une institution de prévoyance qui sert des prestations règlementaires. En d'autres termes, dans le cas d'un fonds patronal, l'autorité de surveillance ne peut intervenir que si l'institution de prévoyance a commis un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation ou s'est abstenue de l'exercer pleinement (arrêt 9C_101/2008 du 26 février 2009 du Tribunal fédéral consid. 6.1).

La révocation de l'intégralité du Conseil de fondation et son remplacement par un commissaire constitue une mesure répressive qui empiète fortement sur l'autonomie d'une fondation et ne saurait constituer en quelque sorte qu'une " ultima ratio " (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, op. cit., p. 69; CHRISTINA RUGGLI, in Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, éd. Stämpfli, Berne, 2010, Art.

62, n° 20; HANS-ULRICH STAUFFER, op. cit. 1619). Avant d'adopter une telle mesure, l'autorité de surveillance doit donc toujours se poser la question de savoir si le même but ne peut être atteint par une mesure moins contraignante. En ce cas, c'est la mesure la moins contraignante qui devrait être adoptée (pour un exemple voir l'arrêt du TAF C-6709/2007 du 23 octobre 2009).

6.3 Selon le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 [RS 101]), qui joue un rôle très important dans ce contexte compte tenu de la large autonomie du Conseil de fondation, la mesure de révocation d'un membre du Conseil de fondation doit être propre à atteindre le but fixé par la loi et apparaître nécessaire et suffisante à cette fin (sur la portée de ce principe dans la prévoyance professionnelle voir l'ATF 130 V 376 consid. 6.4).

6.4

6.4.1 L'autorité de surveillance expose que les membres du Conseil de fondation présentent un conflit d'intérêts avec le but de la fondation et qu'il est nécessaire de les remplacer pour sauvegarder la fortune du Fonds patronal. Elle invoque le fait que d'autres personnes pourraient avoir droit à une participation à la fortune du Fonds patronal, ce qui démontrerait que le Conseil de fondation, en réservant ses élargissements exclusivement à deux personnes, violerait aussi le principe de l'égalité de traitement. La fortune serait en outre rapidement épuisée, le financement des rentes n'étant pas assuré. Les frais bancaires seraient en outre très élevés (du fait d'une garantie bancaire en faveur du Groupe X._____ SA), ce qui prouverait une fois de plus le manque d'indépendance des membres du Conseil de fondation.

6.4.2 Il est indéniable que le versement de rentes à un membre du Conseil de fondation n'est pas la règle et que la légalité de ce versement doit être vérifiée attentivement par l'autorité de surveillance dans le cadre des mesures préventives de contrôle. Le grief relatif à la légitimité des rentes ne peut cependant être examiné par le Tribunal de céans que dans le cadre de l'art. 84 al. 2 CC ou, éventuellement, dans le cadre de la liquidation du Fonds lors de l'examen du plan de répartition, qui fait défaut en l'espèce. On ne peut, en outre, exclure a priori qu'un membre du Conseil de fondation ne remplisse pas les conditions pour avoir droit à une prestation du Fonds patronal, ni qu'il

ne puisse pas participer à un plan de répartition des fonds libres (SVR 2001 BVG n° 14 consid. 5). L'autorité de surveillance l'admet d'ailleurs dans la duplique du 25 février 2010 lorsqu'elle affirme qu'elle ne conteste pas en tant que telle la qualité de destinataires de A._____ et B._____ (p. 2).

Le Tribunal de céans relève toutefois que, dans la présente espèce, le Conseil de fondation est justement composé des membres qui ont bénéficié de versements de rentes et que ceux-ci n'ont dès lors logiquement aucun intérêt à ouvrir une action en remboursement à leur détriment. Il a au demeurant été constaté qu'outre les membres du Conseil de fondation, l'époux de A._____ avait également profité du versement de rentes. Au jour de la décision querellée, le versement des rentes avait certes déjà cessé; l'arrêt des versements a d'ailleurs été confirmé par l'organe de contrôle. Il n'en demeure pas moins que le Conseil de fondation a fait cesser lesdits versements seulement après avoir reçu les courriers des 11 octobre 2006, 20 juin et 18 septembre 2007 et après que les rapports des 28 août et 28 septembre 2006 de l'organe de contrôle avaient émis des réserves aux exercices 2005 et 2006 concernant la légitimité de ces versements. Par ailleurs, le fait que les membres du Conseil de fondation s'opposent encore aujourd'hui au remboursement de ces paiements est tout à fait significatif du conflit existant. Le Tribunal de céans partage l'opinion de l'autorité inférieure et considère ainsi que le conflit d'intérêts est en l'espèce patent et d'une importance non négligeable. Reste à voir si la révocation des membres du Conseil de fondation consiste dans une mesure répressive proportionnée à l'ampleur du conflit et des risques que celui-ci engendre.

6.4.3 En l'espèce, la révocation apparaît proportionnée parce que, non seulement la suspension des versements des rentes est intervenue après deux sommations et les réserves de l'organe de contrôle, mais également parce que l'autorité de surveillance n'avait pas à disposition d'autres mesures pour s'assurer que la fortune soit sauvegardée et que le Conseil de fondation entreprenne les mesures nécessaires pour demander le remboursement des rentes versées. L'autorité de surveillance ne pouvait pas non plus s'attendre à ce que le Conseil de fondation procède à la liquidation du Fonds patronal et établisse un plan de répartition de la fortune conformément à son but statutaire. Une autre mesure moins contraignante, comme par exemple la privation du droit de signature ou l'émission d'une directive,

n'aurait jamais pu mettre un terme à ce conflit. En effet, seule une personne extérieure, un commissaire, peut être à même d'assumer la tâche d'ouvrir une action en remboursement en toute indépendance.

En résumé, force est de constater que la révocation de la totalité du Conseil de fondation du Fonds patronal se révèle proportionnée, du fait que le paiement des rentes à deux membres du Conseil de fondation a été suspendu tardivement et que d'autres mesures moins contraignantes n'auraient pas permis à l'autorité de surveillance d'atteindre le but d'employer les biens du Fonds patronal conformément aux statuts. La nomination d'un commissaire se révèle en ces circonstances comme la seule mesure apte à sauvegarder les intérêts du Fonds.

6.4.4 Les recourants ont encore fait valoir que la décision de révocation est intervenue le 5 mars 2009, alors que le dossier de la cause à l'examen de l'autorité de surveillance n'a pas évolué de manière significative après la remise des comptes annuels 2006 le 11 novembre 2007, la remise des comptes annuels 2007 le 15 décembre 2008 n'ayant fait que confirmer la situation existante. Ce laps de temps, entre novembre 2007 et mars 2009, contredirait à leur avis l'urgence propre à la révocation immédiate du Conseil de fondation.

Cet argument ne saurait être suivi par le Tribunal de céans. En effet, le conflit d'intérêt est toujours présent et n'a pas été résolu. L'autorité inférieure a certes tardé à décider de révoquer les membres du Conseil de fondation, mais cet état de fait ne change rien aux motifs de la révocation, à sa justification et, surtout, à sa nécessité. Ce grief ne résiste donc pas à l'examen.

6.4.5 Les recourants invoquent également une violation du droit d'être entendu. Ils n'ont en effet pas été avertis préalablement qu'ils allaient être révoqués s'ils n'obtempéraient pas aux injonctions de l'autorité de surveillance.

Or, en principe, il n'y a pas de violation du droit d'être entendu si une personne a pu avoir connaissance des tenants et aboutissants de la décision par des communications qui sont intervenues avant la notification de la décision. En effet, le droit d'être entendu ne confère pas le droit de s'exprimer sur le contenu de la décision mais de prendre position sur les faits juridiquement déterminants (arrêt du

Tribunal fédéral 9C_846/2009 du 5 février 2010 consid. 3.3). Une sommation plus explicite n'aurait au demeurant pas eu vocation à supprimer le conflit d'intérêts existant ou empêché la nomination d'un commissaire chargé de sauvegarder les intérêts du Fonds patronal. Cet ultime grief doit dès lors à son tour être écarté.

6.5 Les chiffres 2 et suivants du dispositif de la décision du 5 mars 2009 doivent donc être confirmés. Le recours se révèle, partant, infondé sur ces points.

7.
Compte tenu de ce qui précède, le recours du 3 avril 2009 doit être partiellement admis et la décision du 5 mars 2009 du Service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle réformée en ce sens que le chiffre 1 est annulé. Le recours est rejeté pour le surplus et les autres points de la décision attaquée sont confirmés.

8.

8.1 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, les frais de procédure à charge des recourants sont réduits et peuvent être fixés à Fr. 1'500.-. Compte tenu de l'avance de frais de Fr. 2'500.- fournie par les recourants, le solde de Fr. 1'000.- leur est remboursé.

8.2 En vertu de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. En l'espèce, les recourants ont agi, dans un premier temps, sans recourir aux services d'un représentant. Dès le stade de la réplique, ils se sont adressés à un avocat, ce qui s'est révélé nécessaire. Une indemnité de dépens réduite de Fr. 1'000.- (TVA comprise) est ainsi allouée aux recourants.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours du 3 avril 2009 est partiellement admis et la décision du 5 mars 2009 du Service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle est réformée en ce sens que le chiffre 1 est annulé. Le recours est rejeté pour le surplus et les autres points de la décision sont confirmés.

2.
Les frais de procédure de Fr. 1'500.- sont mis à charge des recourants (solidairement). Le solde de l'avance de frais déjà versée de Fr. 1'000.- leur est remboursé.

3.
Il est alloué aux recourants une indemnité de dépens de Fr. 1'000.- (TVA comprise) à charge de l'autorité inférieure.

4.
Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. _____; acte judiciaire)
- Office fédéral des assurances sociales

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège : Le greffier :

Francesco Parrino Yann Hofmann

Indication des 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 être rédigé dans une langue officielle, 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 de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition :