Urteilskopf

108 II 254

53. Extrait du jugement de la IIe Cour civile du 30 septembre 1982 dans la cause Caisse de prévoyance en faveur du personnel de la Banque Leclerc et Cie contre Banque Leclerc et Cie en liquidation concordataire (procès direct)
Regeste (de):
Ertragsgarantie für Vermögensanlagen einer Personalfürsorgestiftung.

1. Die Ertragsgarantie des Stifters zugunsten der Stiftung ist eine Widmung von Vermögen zu Stiftungszwecken; als solche kann sie nicht Gegenstand eines widerrufbaren Schenkungsversprechens bilden (E. 3).

2. Wenn die Liquidatoren das Personal einer Bank im Liquidationsvergleich wiederanstellen und sich dabei ausdrücklich auf den alten Arbeitsvertrag beziehen, so übernehmen sie damit auch die Verpflichtungen des Arbeitgebers, die sich aus der Ertragsgarantie ergeben. Diese Verpflichtungen sind deshalb von der Bewilligung der Bank- oder Nachlassstundung an Masseschulden (E. 4).

3. Enthält das Reglement keinen Vorbehalt in bezug auf die Qualität der Anlagen, so wird der Stifter von seiner Verpflichtung aus der Ertragsgarantie selbst dann nicht entbunden, wenn die Stiftungsorgane eine riskante Anlage in Immobilien tätigen (E. 5b).

4. Im vorliegenden Fall unterliegt die Ertragsgarantie nicht der Regel von Art. 21 Abs. 2 VNB, wonach die während des Nachlassstundungsverfahrens auf den nicht pfandgesicherten Forderungen auflaufenden Zinsen als nachgelassen gelten (E. 5c).

Regeste (fr):
Garantie de rendement des placements d'une fondation de prévoyance en faveur du personnel.

1. Une telle garantie de rendement assumée par la fondatrice à l'égard de la fondation constitue l'affectation d'un patrimoine au but de la fondation; comme telle, elle ne fait pas l'objet d'une promesse de donner sujette à révocation (consid. 3).

2. Lorsque les liquidateurs réengagent le personnel de la Banque en liquidation concordataire en se référant expressément à l'ancien contrat de travail, ils reprennent par là même les obligations de l'employeur découlant de la garantie de rendement. Ces obligations constituent en conséquence des dettes de la masse dès l'octroi du sursis bancaire ou concordataire (consid. 4).

3. Le caractère hasardeux d'un placement immobilier opéré par les organes de la fondation ne libère pas la fondatrice de son obligation relative à la garantie de rendement litigieuse, dès lors que la clause réglementaire qui la prévoit ne comporte aucune réserve sur la qualité des placements auxquels celle-ci s'applique (consid. 5b).

4. La garantie de rendement concernée échappe à la règle de l'art. 21 al. 2 OCB, selon laquelle la débitrice est tenue quitte des intérêts des créances non garanties par gage qui courent durant le sursis concordataire (consid. 5c).

Regesto (it):
Garanzia di rendimento d'investimenti effettuati da una fondazione di previdenza a favore del personale.

1. La garanzia di rendimento assunta dal fondatore nei confronti della fondazione costituisce la destinazio-

ne di un bene patrimoniale al conseguimento del fine della fondazione; come tale, essa non è l'oggetto di una promessa di donazione revocabile (consid. 3).

2. Ove i liquidatori riassumano il personale di una banca in liquidazione concordataria riferendosi espressamente al suo vecchio contratto di lavoro, essi assumono in tal modo anche le obbligazioni a carico del datore di lavoro derivanti dalla garanzia di rendimento. Queste obbligazioni costituiscono pertanto debiti della massa a partire dal momento in cui è stata accordata la moratoria bancaria o concordataria (consid. 4).

3. Il carattere rischioso di un investimento immobiliare effettuato dagli organi della fondazione non libera il fondatore dal proprio obbligo relativo alla garanzia di rendimento litigiosa, se la clausola del regolamento che prevede tale obbligo non contiene alcuna riserva circa gli investimenti ai quali si riferisce la garanzia (consid. 5b).

4. La garanzia di rendimento di cui trattasi sfugge alla norma stabilita dall'art. 21 cpv. 2 RCB, secondo cui la banca debitrice non è tenuta al rimborso degli interessi dei crediti non garantiti da pegno accumulatisi durante la moratoria concordataria (consid. 5c).

Sachverhalt ab Seite 255

BGE 108 II 254 S. 255

A.- La Caisse de prévoyance en faveur du personnnel de la Banque Leclerc et Cie (ci-après: la Caisse) est une fondation au sens des art. 80 ss CC. Elle a été constituée par acte authentique du 22 février 1950 et inscrite au registre du commerce de Genève le 6 mars 1950. Elle a pour but d'assurer le personnel de la Banque Leclerc et Cie, fondatrice, (ci-après: la Banque) et ses ayants droit contre les conséquences économiques résultant de la vieillesse, de l'invalidité et du décès.
A la suite d'une intervention de la Commission fédérale des banques, la Banque Leclerc et Cie, société en commandite, a fermé ses guichets le 6 mai 1977. Le 9 mai, elle a saisi la Cour de justice de Genève d'une requête en sursis bancaire à laquelle il a été donné suite le 10 mai 1977. Le 6 juillet 1977, la Commission fédérale des banques a retiré à Leclerc et Cie l'autorisation d'exercer des activités bancaires et ordonné sa liquidation. Le 8 juillet, Leclerc et Cie a déposé une requête de sursis concordataire, renonçant ainsi au sursis bancaire précédemment sollicité. Par arrêt du 13 juillet 1977, la Cour de justice lui a octroyé un sursis de six mois, ultérieurement prolongé au 5 mai 1978. A cette date, les

BGE 108 II 254 S. 256

commissaires au sursis ont déposé un rapport accompagné d'un projet de concordat par abandon d'actifs, que la Cour de justice a homologué par arrêt du 23 novembre 1978, communiqué à la Banque le 1er décembre suivant.

B.- L'entrée en liquidation de la Banque n'a pas entraîné le congédiement immédiat de l'ensemble de son personnel affilié à la Caisse de prévoyance. Une trentaine d'employés furent réengagés par les commissaires au sursis pour les besoins de la liquidation. Le 30 août 1977, les commissaires écrivirent à ce sujet aux personnes concernées, précisant pour chacune sa fonction, son traitement, la durée du contrat, en principe indéterminée, ainsi que l'entrée en vigueur de celui-ci fixée au 1er août 1977. Ils ajoutaient dans la même lettre: "Pour le

surplus, les termes de votre contrat actuel avec la banque et, subsidiairement, les dispositions légales en matière de contrat de travail restent applicables." Le "contrat actuel" disposait notamment ce qui suit: "Caisse de Prévoyance: La cotisation de 7% est déduite des salaires mensuels, les statuts et règlements vous seront délivrés séparément." Parallèlement, les commissaires au sursis ont décidé, avec le conseil de fondation de la Caisse, que le personnel en activité continuerait à cotiser et à bénéficier de la couverture des risques assurés par ladite Caisse. Aussi la Caisse fit-elle parvenir aux employés de la Banque une circulaire datée du 22 septembre 1977, à laquelle les commissaires donnèrent leur accord exprès, dans laquelle on peut lire notamment ce qui suit: "Lors de sa séance du 6 août 1977, le Conseil de Fondation a proposé de conserver le statu quo en ce qui concerne les déductions opérées sur les salaires des employés. (...)"

C.- Aux termes de l'art. 4 de l'acte de fondation de la Caisse, les ressources de cette dernière se composent d'un capital initial de 10'000 francs versés par la fondatrice, des versements de la fondatrice qui ne peuvent être inférieurs aux retenues de salaire du personnel, des retenues de salaire elles-mêmes, ainsi que d'éventuels dons et legs. Le règlement de la Caisse, dans ses éditions successives de 1969, 1971 et 1977, précise à son tour, à l'art. 6, quelles sont les ressources de la Caisse. C'est ainsi que sont fixées, aux art. 7 à 9, les contributions des bénéficiaires adhérents, dont notamment l'obligation pour eux de verser à la Caisse une cotisation égale à 7% de leur salaire de base. L'art. 10 fixe les contributions ordinaires de la Banque; outre une contribution mensuelle égale à 9% du salaire de

base du bénéficiaire adhérent, il prévoit, à son dernier alinéa, que "la Banque garantit un rendement de 5 1/2% des placements de la caisse". Fixée dans l'édition de 1969 à 5%, cette garantie de rendement a été portée à 5,5% dès 1971. Le règlement de 1977, notamment, a été soumis, le 22 février 1977, à l'autorité de surveillance, qui n'a pas fait d'observations à son sujet.

D.- Lors d'une assemblée extraordinaire du 30 octobre 1973, le conseil de fondation proposa l'achat d'un immeuble par la Caisse. Celle-ci devrait utiliser ses liquidités à cette fin et, dès l'achat, la Banque n'assurerait plus le rendement de 5 1/2% sur la part des liquidités consacrées à cette opération. Il s'agissait plus précisément d'acquérir une part de promotion dans un immeuble à construire à Luserna, part qui ne devait pas excéder le quart de la fortune de la Caisse. Le rendement d'exploitation, difficile à évaluer d'une façon exacte, était estimé à 8%, la part de promotion étant acquise à 100%. Après quelques hésitations, l'assemblée accepta la proposition de son conseil de fondation d'acheter, dans un premier temps, une part de promotion débouchant sur l'acquisition d'un immeuble à Luserna. L'opération se révéla malheureuse. Le plan de financement, budgeté à 27 millions, fut porté à 35'735'000 francs, soit une augmentation de 32%. Les appartements ne se vendirent pas sur plan comme prévu; en outre, les locaux se louaient mal, de sorte que l'immeuble ne trouvait pas acquéreur.

E.- Dans son rapport relatif à la vérification des comptes annuels de la Caisse arrêtés au 31 décembre 1976, la fiduciaire mandatée a relevé, à propos de l'investissement de la Caisse dans l'immeuble Luserna: "Nous avons (...) à faire à un investissement sans rendement et de ce fait la Caisse de prévoyance a le droit de se prévaloir de la garantie prévue à l'art. 10 litt c) de son règlement entré en vigueur, à l'époque, avec effet rétroactif au 1er janvier 1971. En l'état actuel des choses, nous considérons comme nulle la décision de l'assemblée extraordinaire des membres de la Caisse du 30 octobre 1973 par laquelle ladite assemblée avait relevé la banque fondatrice de son obligation d'assurer un rendement de 5 1/2% sur ce placement en particulier, ce qui est en contradiction flagrante avec l'engagement général de la banque fondatrice selon l'article 10 litt. c) déjà mentionné. Cette exception n'a pas non plus été soumise à l'Autorité de Surveillance pour approbation. La Caisse se trouve ainsi lésée d'un montant de revenu de Fr. 357'000.– en chiffre rond, qui ne figure pas dans les comptes arrêtés au 31 décembre 1976." Le Service de surveillance des fondations, tenu au courant de ces observations, écrivit à la Caisse le 12 janvier 1978 que les remarques

de l'organe de contrôle lui paraissaient tout à fait pertinentes au vu de la garantie de rendement assumée par la Banque selon l'art. 10 in fine du règlement de la Caisse. Ces pièces ayant été soumises aux commissaires au sursis concordataire de la Banque, ceux-ci écrivirent à la Caisse, le 10 février 1978: "Concerne: garantie d'un rendement de 5 1/2% (...) Les pièces remises (...) nous ont convaincus du bien-fondé du principe de la réclamation. Toutefois, (...) il vous appartient de compléter la production de la Caisse par le montant dû au 6 mai 1977, étant entendu que vous voudrez bien accompagner cette production complémentaire d'un calcul précis, détaillé et approuvé par votre organe de contrôle. Il est entendu que cette prétention sera colloquée de la même façon que celle faite pour la créance principale de votre Caisse, à savoir en deuxième classe." Par lettre du 14 février 1980, la Caisse fit parvenir aux liquidateurs de la Banque une récapitulation des productions de la Caisse, en spécifiant que celles-ci devaient être colloquées en deuxième classe dans l'état de collocation. Elle précisait en outre ce qui suit: "(...) nous vous prions de bien vouloir nous confirmer que la Banque Leclerc et Cie, en liquidation concordataire, représentée par les commissaires-liquidateurs, reprend les engagements de la Banque Leclerc et Cie dès le 6 mai 1977 et versera régulièrement la garantie de rendement de 5,5% telle qu'elle est stipulée dans l'article 10 alinéa 2 du Règlement de la Caisse de Prévoyance jusqu'à la liquidation complète de cette dernière. D'ailleurs vous pouvez constater que nous avons fait une provision de Fr. 1'500'000.– pour cette garantie de rendement."
Dans leurs réponses des 13 et 27 mars 1980, les liquidateurs de la Banque se déclarèrent prêts à porter à la deuxième classe de l'état de collocation les sommes produites, dont la garantie de rendement à 5,5% pour les années 1973 à 1976 par 357'000 francs, ainsi que la somme due au même titre du 1er janvier 1977 au 6 mai 1977, par 52'910 francs. En revanche, en ce qui concerne le versement des montants correspondant à la garantie de rendement à 5,5% pour la période postérieure au 6 mai 1977, date de fermeture des guichets, les commissaires refusèrent de reprendre les engagements de la Banque et se bornèrent à prévoir des provisions à ce sujet. Il s'agissait des montants suivants: Garantie de rendement à 5,5%
- part du 7 mai au 31 décembre 1977 Fr. 99'472.–
- année 1978 Fr. 94'665.–
- supplément année 1978 Fr. 19'386.–.

F.- Dans leur expertise technique de la Caisse au 31 décembre 1976/1er janvier 1977, les actuaires de PRASA S.A., conseillers en prévoyance professionnelle, constatent que la garantie de rendement de 5,5% découlant de l'art. 10 in fine du règlement n'a pas été appliquée sur le placement immobilier Luserna, de sorte que le taux de rendement effectivement réalisé sur la fortune moyenne ne s'est élevé qu'à 4,05% en 1976. Ce taux de rendement effectif permet de déterminer, par capitalisation, le montant qui sera nécessaire au paiement des prestations dues aux bénéficiaires au moment de leur échéance. Mais, pour une saine gestion qui doit tenir compte d'une situation à moyenne échéance, on ne peut se borner à calculer cette capitalisation sur la base d'un taux de rendement effectif variable. On doit au contraire recourir à un "taux technique" constant à moyenne échéance. Ce taux technique peut, selon l'expérience actuarielle, être fixé à 4% si les investissements de la Caisse sont conformes au cours ordinaire des choses. Si, en revanche, la Banque garantit un revenu de 5,5% des investissements de la Caisse, le taux technique peut être fixé, selon l'expérience actuarielle, à 4,5%. Dans la mesure où le taux technique augmente, le même capital actuel permet d'assurer des prestations plus élevées aux bénéficiaires. Le montant, capitalisé selon le taux technique, qui est nécessaire - au moment de l'échéance des prestations dues aux bénéficiaires - au paiement desdites prestations, est qualifié par la technique actuarielle

de "réserve technique". Pour établir si une caisse de pension comme la demanderesse est solvable, il faut déterminer la "réserve mathématique", à savoir la différence entre la valeur actuelle des prestations assurées totales et la valeur actuelle des cotisations futures. Ces deux termes s'expriment également par une capitalisation faite au taux technique constant. Leur montant varie en proportion inverse de l'importance du taux technique, c'est-à-dire que plus le taux technique est élevé, moins la capitalisation des prestations assurées, la capitalisation des cotisations futures et par conséquent la réserve mathématique sont élevées. Ainsi, la même fortune de la Caisse couvre ou ne couvre pas la réserve mathématique, et laisse subsister un excédent d'actif plus ou moins important, selon que le taux technique est plus ou moins élevé. PRASA pouvait ainsi conclure que la situation financière de la Caisse était excellente et qu'une augmentation du plafond de salaire assuré, qui n'était que de 33'000 francs, était envisageable. Si la garantie de rendement à 5,5% n'était pas maintenue et si le

taux technique devait en conséquence être fixé à 4%, le plafond de salaire assuré pouvait être porté à 36'700 francs. Si, au contraire, la garantie de rendement à 5,5% était maintenue, avec un taux technique de 4,5%, le plafond des salaires assurés pouvait être porté à 39'000 francs. Quant à la valeur de l'immeuble Luserna retenue au bilan par les experts PRASA, rien n'indique qu'il s'agissait d'une valeur réalisable, compte tenu des difficultés rencontrées dans la vente de l'immeuble dont il a déjà été question précédemment. Dans un nouveau rapport au 31.12.1978/1.1.1979, les actuaires PRASA affirment que la situation financière de la Caisse est équilibrée dans la mesure seulement où la réalisation de l'immeuble Luserna et ses prétentions contre la Banque permettent de couvrir le solde déficitaire provisoire, s'élevant à plus de 2 millions de francs, à quoi il faut ajouter l'augmentation de la réserve mathématique, par quelque 110'000 francs, résultant du taux technique plus bas pratiqué par la compagnie d'assurance sur la vie qui serait appelée à reprendre le service des rentes et pensions assuré par la Caisse.
Enfin, dans un rapport au 1.1.1980, les experts PRASA, après avoir réaffirmé ce qu'ils avaient déjà dit dans leur précédent rapport au sujet de l'équilibre financier de la Caisse, chiffrent le solde négatif provisoire à fin 1979 à une somme variant entre 1'200'000 et 1'400'000 francs. C'est donc un tel montant que devrait laisser la vente de l'immeuble Luserna pour que les engagements de la Caisse soient couverts; or, un tel résultat n'est de loin pas démontré. Contrairement donc à ce qu'affirme la Banque défenderesse, on ne saurait dire que l'écart entre la fortune de la Caisse et ses engagements à l'égard de ses bénéficiaires ait toujours été positif durant toute la période litigieuse, soit du 7.5.1977 au 31.12.1979.

G.- Lors de l'assemblée générale ordinaire des membres adhérents de la Caisse, qui s'est déroulée le 31 mai 1978 en présence des commissaires au sursis concordataire, les comptes de la Caisse pour 1976 et 1977 ont été discutés et adoptés. Lors de la discussion, il fut relevé que la Banque n'avait pas fait face à son obligation de garantir un revenu de 5,5% sur le placement immobilier Luserna. L'un des commissaires s'en remit à la décision de la Banque sur le point de savoir si cette garantie de 5,5% pourrait être maintenue. Il ajouta qu'il appartiendrait aux commissaires d'examiner, au vu des productions, s'ils pourraient garantir ce taux de 5,5% jusqu'au

6 mai 1977 (date de la fermeture des guichets) ou si l'engagement de la Banque devait se prolonger au-delà.

H.- Par demande du 8.9.1980, la Caisse a ouvert action contre la Banque. Elle concluait au paiement des

montants suivants au titre de la garantie de rendement pour les années 1977, 1978, 1979: Fr. 99'472 + intérêts à 5% du 31.12.1977
Fr. 114'051 + intérêts à 5% du 31.12.1978
Fr. 216'143 + intérêts à 5% du 31.12.1979
Elle concluait en outre à ce que ses droits découlant de la même garantie soient réservés pour la période postérieure au 1.1.1980. L'action a été portée directement devant le Tribunal fédéral en application de l'art. 41 lettre c al. 2 OJ. Dans sa réponse du 9 décembre 1980, la Banque a conclu à libération des conclusions prises contre elle. Elle a soulevé expressément l'exception révocatoire, tendant à ce que soient révoqués "la garantie de rendement et tous autres actes que celle-ci peut impliquer". Dans sa réplique du 2 mars 1981, la Caisse a fait précéder les conclusions prises dans sa demande des conclusions suivantes: "Dire et prononcer que Leclerc et Cie en liquidation concordataire est demeurée liée, postérieurement au 6 mai 1977 et jusqu'à la liquidation complète de la Caisse de Prévoyance, par la clause de garantie de rendement prévue à l'art. 10 in fine du règlement de ladite Caisse. "Dire et prononcer que les prestations dues de ce chef par la défenderesse constituent des dettes de la Masse concordataire payables comme telles par frais de Masse." Dans sa duplique du 29 avril 1981, la Banque a confirmé ses conclusions libératoires.

Erwägungen

Extrait des motifs:

1. Fondement des prétentions de la demanderesse
La demanderesse fonde ses prétentions contre la défenderesse sur l'art. 10 in fine du règlement de la Caisse (ci-après: le règlement), aux termes duquel la Banque, entre autres contributions, garantit un rendement de 5,5% des placements de la Caisse. Elle soutient que la masse concordataire de la Banque a repris cette obligation dès l'instant qu'elle a réengagé une partie des employés de la Banque en vue de la liquidation de cette dernière. Elle exige le paiement des prestations dues au titre de la garantie réglementaire invoquée, échues ou à échoir à partir de la fermeture des

guichets de la Banque, le 6 mai 1977. Selon elle, les créances qu'elle fait valoir ayant été contractées par la Banque avec l'assentiment des commissaires au sursis, respectivement des liquidateurs, elles constituent des dettes de la masse et, par conséquent, ne rentrent pas dans le concordat. Les prestations dues au même titre par la Banque pour la période antérieure au 6 mai 1977 ne font pas l'objet du présent procès; elles ont du reste été reconnues par les liquidateurs, qui ont accepté de les colloquer en deuxième classe, sous réserve du droit des autres créanciers d'attaquer l'état de collocation en temps opportun.

2. Définition des dettes de la masse
Aux termes de l'art. 25 al. 2 et 3 de l'Ordonnance du Tribunal fédéral du 11 avril 1935 concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne (OCB), les dettes contractées pendant le sursis bancaire et le sursis concordataire, avec l'assentiment du commissaire, constituent des dettes de la masse, même dans une faillite subséquente. Pour justifier ses prétentions contre la masse défenderesse, la demanderesse doit donc établir que la Banque a contracté une dette à son égard sur la base de l'art. 10 in fine du règlement avec l'assentiment des commissaires au sursis bancaire, puis concordataire, enfin avec l'assentiment des liquidateurs.

3. Nature de la clause de garantie et exception révocatoire

La défenderesse objecte à la prétention de la demanderesse qu'en édictant l'art. 10 in fine du règlement, la Banque a fait une promesse de donner soumise à l'action révocatoire. a) (...)
b) Portée du règlement
L'art. 10 du règlement détermine les contributions de la fondatrice à la fondation. Peu importe que certaines des prestations de la fondatrice ne soient pas expressément articulées dans l'acte de fondation lui-même. En effet, cet acte, à son art. 2, déclare que le but de la fondation est d'assurer le personnel de la fondatrice sous les formes et dans la mesure à fixer par le conseil de fondation selon le règlement qu'il établit et qu'il peut modifier en tout temps, sous la seule réserve de l'approbation de l'autorité de surveillance (cf. également art. 12 du même acte). Cette dernière exigence est

du reste reprise dans le règlement lui-même à son art. 37. Il n'est pas douteux ni litigieux que les règlements successifs, notamment ceux de 1971 et 1977 qui prévoient la garantie par la Banque d'un rendement à 5,5% des placements de la Caisse, ont été approuvés par l'autorité de surveillance des fondations. Il est au surplus admis en doctrine que l'acte de fondation s'interprète à la lumière du règlement (cf. notamment RIEMER, Die Stiftungen, Berner Kommentar I.3, Systematischer Teil, n. 72, 87). c) Définition du patrimoine affecté à la fondation
La fondation se caractérise comme l'affectation d'un patrimoine à un but déterminé. La doctrine enseigne que le patrimoine affecté peut consister non seulement en droits réels, mais aussi en droits personnels de toutes sortes, dans la mesure où le patrimoine affecté est déterminé ou du moins objectivement déterminable (RIEMER, op.cit., n. 24 et 25 ad art. 80 CC). Il peut consister en des droits personnels contre le fondateur, en un droit de percevoir des revenus futurs hautement vraisemblables, de même qu'en une promesse de garantie (n. 27 et 28 ibid.). Le montant du patrimoine affecté à la fondation doit être proportionné au but de la fondation (n. 29 ibid.). Mais si tel n'est pas le cas au départ, le fondateur peut prévoir que les intérêts ou d'autres attributions seront affectés à la fondation jusqu'à ce qu'elle puisse atteindre son but, ces attributions complémentaires pouvant être mises à la charge du fondateur lui-même ou de tiers (n. 30 ibid.). C'est particulièrement le cas pour les fondations de prévoyance en faveur du personnel, où le capital affecté au départ joue un rôle souvent insignifiant; ce qui est alors déterminant, c'est l'alimentation ultérieure du fonds par les employeurs et les travailleurs (n. 32 ibid.). Le même auteur relève encore, au dernier endroit cité, que pour les fondations en faveur du personnel qui sont conçues comme des assurances, l'exigence d'un patrimoine adapté au but n'est réalisée que si les principes techniques régissant l'assurance sont respectés dès le début. En l'espèce, on a affaire à une fondation dont le but est l'assurance du personnel de la fondatrice. Le capital initial de fondation, par 10'000 francs, est en soi minime. Pour atteindre son but, la Caisse peut toutefois compter sur des affectations complémentaires qui s'expriment en pour-cent du salaire des bénéficiaires, et qui sont versées tant par les employés que par l'employeur. La garantie de rendement à 5,5% correspond - les

parties sont d'accord sur ce point - aux données techniques régissant les assurances couvertes par la Caisse, car elle permet de déterminer le taux technique qui sert de base au calcul des réserves techniques, des engagements de la Caisse à longue échéance, de la valeur actuelle des cotisations futures et, par conséquent, de la réserve mathématique, comme on l'a vu ci-dessus sous lettre F. On doit dès lors constater que la garantie de rendement prévue par l'art. 10 in fine du règlement, comme les cotisations à la charge de l'employeur prévues

à l'art. 10 initio et comme celles des employés prévues à l'art. 7 (pour ne pas parler des cotisations de rappel et des finances d'entrée), constituent en l'espèce l'affectation des divers éléments d'un patrimoine au but de la fondation. Dans la mesure où ce patrimoine affecté à la fondation ne consiste encore qu'en créances, il ne fait nullement l'objet d'une promesse de donner sujette à révocation (RIEMER, op.cit., n. 21 ad art. 80 CC). Même les auteurs qui admettraient une application analogique de l'art. 250 CO dans de telles circonstances l'excluent toutefois en matière de fondations en faveur du personnel, car la créance de la fondation contre le fondateur représente dans ce cas-là, à la charge de ce dernier, un devoir moral à remplir (ibid.).
On peut donc conclure sur ce point que la garantie de rendement assumée par la fondatrice doit s'interpréter comme l'affectation d'un patrimoine à la fondation. Sa nature est la même que l'engagement de verser une contribution calculée en pour-cent des salaires des bénéficiaires. Il ne s'agit donc pas d'une promesse de donner.
d) Rejet de l'exception révocatoire
Dès lors, l'exception que la défenderesse veut déduire de l'action révocatoire n'est pas fondée. On remarque au surplus que l'action révocatoire ne pourrait viser que les engagements souscrits par la Banque avant l'homologation du concordat et dans les six mois ayant précédé l'octroi du sursis concordataire (art. 31 OCB). En l'espèce, l'octroi du sursis remonte au 13 juillet 1977. La révocation pourrait donc remonter au 13 janvier 1977. Or, on sait que la Banque a admis la créance de la Caisse découlant de la garantie de rendement jusqu'au 6 mai 1977 et qu'elle s'est déclarée prête à la porter en deuxième classe de l'état de collocation.

4. Reprise de la dette par les commissaires
La nature de la créance étant déterminée, il y a lieu d'examiner

si les commissaires au sursis bancaire, puis au sursis concordataire, et si les liquidateurs ont approuvé ou repris un tel engagement. a) (...)
b) Reprise par actes concluants
La demanderesse soutient que les commissaires, respectivement les liquidateurs, ont implicitement repris la dette dont elle poursuit le recouvrement en réengageant le personnel de la Banque pour les nécessités de sa liquidation. Il est constant à ce sujet que les commissaires ont réengagé expressément à partir du 1er août 1977 une trentaine d'employés en précisant que les termes de leur contrat alors en vigueur avec la Banque et, subsidiairement, les dispositions légales en matière de contrat de travail, restaient applicables. Le contrat repris se référait expressément à l'existence de la Caisse, en stipulant que la cotisation due par l'employé est déduite de son salaire mensuel et en précisant que les statuts et règlement de la Caisse étaient remis séparément à l'employé. On doit en déduire que le règlement de la Caisse régit pour sa part le contrat de travail dans la mesure où il détermine les droits et obligations des contractants découlant de l'art. 331 CO. En déclarant applicable à la nouvelle situation le contrat de travail antérieur, la Banque en sursis concordataire, respectivement en liquidation, a donc repris toutes les obligations de l'employeur, telles qu'elles découlent - pour ce qui touche les prestations rentrant dans le cadre de l'art. 331 CO - du règlement de la Caisse. Celles-ci comprennent aussi bien l'engagement de l'employeur fondateur de verser à la Caisse des cotisations de 9% du salaire de l'employé que l'engagement de garantir le rendement à 5,5% des placements de la Caisse, dont on a vu ci-dessus qu'il ne constituait pas une libéralité. Certes, les commissaires n'ont repris que les engagements de l'employeur à l'égard de l'employé, non ceux de la fondatrice à l'égard de la fondation. Mais au nombre des premiers figure l'engagement découlant de l'art. 331 CO. Celui-ci comporte aussi bien à la charge de l'employé qu'à la charge de l'employeur, tous deux parties au contrat de travail, une stipulation pour autrui au bénéfice de la Caisse (BURGI, Der Wohlfahrtsfonds privatwirtschaftlicher Unternehmungen im schweizerischen Recht, p. 48). Cette dernière, en tant que bénéficiaire de la stipulation pour autrui, a un droit propre au paiement des prestations stipulées (ibid. p. 49). Peu importe, dans ces conditions, que les

commissaires n'aient pas expressément repris, à l'égard des employés, les obligations de la fondatrice envers la fondation. Ils l'ont fait implicitement en se référant à l'ancien contrat de travail, lequel se référait lui-même au règlement de la Caisse. Aussi bien la défenderesse ne met-elle pas en doute son obligation de verser à la Caisse des contributions mensuelles correspondant aux 9% des salaires de ses employés, alors même qu'elle n'a fait aucune allusion à cette obligation dans sa lettre aux employés du 30 août 1977, et qu'il n'en est pas fait mention non plus dans la circulaire, expressément approuvée par les commissaires au sursis, que la Caisse a adressée à ses bénéficiaires le 22 septembre 1977. L'art. 331 CO, d'où découle l'obligation assumée de ce chef par la défenderesse, prescrit impérativement que les contributions de l'employeur à l'institution de prévoyance sont au moins égales à celles du travailleur. Les parties peuvent ainsi librement convenir que les prestations du premier seront supérieures à celles du second. C'est bien ce qui résulte en l'espèce de l'art. 10 du règlement - auquel le contrat de travail se réfère - prévoyant que l'employeur verse, d'une part, une cotisation mensuelle de 2% plus élevée que celle du travailleur et, d'autre part, garantit le rendement des placements de la Caisse à 5,5%. On se trouve donc, en l'espèce, dans une situation tout à fait comparable à celle examinée dans l'arrêt ATF 100 III 30 ss. L'obligation assumée in casu par l'employeur à l'égard du travailleur, qui a été reprise par les commissaires, est intimement liée à la dette à l'égard de la Caisse, tout comme elle l'était, dans l'arrêt cité, à la dette de droit public à l'égard des caisses AVS, AI et APG, lesquelles exercent une fonction analogue dans le cadre du "premier pilier". Le commissaire ne peut ratifier le contrat de travail sans ratifier du même coup les prestations sociales qui lui sont liées. S'agissant d'un contrat à long terme comportant des prestations périodiques, la masse est tenue des prestations qui échoient après l'octroi du sursis (BÖNI, Die Masseverbindlichkeiten im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, in BlSchK 1962, p. 68/69). Pour échapper à cette conséquence, les commissaires auraient dû recourir à un nouveau contrat avec le personnel réengagé en vue de la liquidation de la Banque, et y prévoir d'autres prestations sociales que celles découlant du règlement de la Caisse. On n'a pas à examiner si, reprenant le contrat précédent, ils auraient pu demander la modification des obligations découlant pour la Banque de l'art. 10 du règlement, avec l'approbation de

l'autorité de surveillance des fondations, puisque cette démarche n'a pas été faite. On doit donc conclure, sur ce point, que l'assentiment des commissaires, qui peut être tacite et ultérieur (ATF 100 III 31), a bien été donné aux engagements de la Banque découlant de toutes les dispositions de l'art. 10 du règlement. Dès lors, ces engagements constituent des dettes de la masse à partir de l'octroi du sursis bancaire, soit du 10 mai 1977, conformément à l'art. 25 al. 2 et 3 OCB.

5. Etendue de la clause de garantie
Il reste dès lors à examiner quelle est l'étendue de la clause de garantie litigieuse, afin de pouvoir déterminer le montant de la dette de la masse, dont le principe a été admis ci-dessus. a) (...)
b) Garantie du rendement du placement immobilier
La défenderesse se plaint de devoir garantir un rendement de 5,5% notamment sur l'investissement dans l'immeuble Luserna qu'elle juge critiquable. ba) Portée de la renonciation à la garantie
Ainsi que la défenderesse le relève en duplique, l'assemblée générale des bénéficiaires a décidé, en même temps qu'elle donnait son accord à l'investissement Luserna, le 30 octobre 1973, que la Banque serait libérée de son obligation de garantie d'un revenu de 5,5% en ce qui concerne ledit investissement (cf. à ce sujet supra, litt. D). On peut déduire de cette décision que le conseil de fondation, qui proposait l'opération et qui avait seul qualité pour la réaliser de façon à engager la Caisse (en vertu des art. 6 de l'acte de fondation et 31 du règlement), a fait

remise à la Banque de sa dette future découlant de la garantie de rendement, dans la mesure où cette garantie s'appliquait aux sommes investies dans l'immeuble. Peu importe que l'autorité de surveillance n'y ait pas consenti, du moment qu'il ne s'agissait pas, en l'espèce, de modifier l'art. 10 in fine du règlement et de supprimer entièrement et définitivement l'obligation de la Banque dans son principe, mais seulement de lui faire remise de la dette découlant dudit principe pour un investissement déterminé. Le Conseil de fondation était compétent pour le faire et l'on n'a pas à examiner ici quelles conséquences en découlaient, le cas échéant, sur le plan de sa

responsabilité à l'égard de la fondation. Mais la fondatrice, de son côté, a expressément renoncé à cette remise, par la lettre des commissaires en date du 10 février 1978. Elle y admettait devoir les sommes découlant de la garantie de rendement sur l'entier des investissements de la Caisse. Il ne saurait dès lors être question pour elle d'invoquer aujourd'hui la remise de dette qui lui avait été consentie à l'époque et à laquelle elle a entre-temps clairement renoncé. bb) Qualité du placement immobilier

Aux termes de l'art. 4 de l'acte de fondation, la fortune de la Caisse doit être placée en biens et valeurs sûres, dans la règle en obligations de personnes de droit public suisses, voire en immeubles de rapport sis en Suisse et en créances hypothécaires en premier rang sur des immeubles sis en Suisse. Bien qu'on puisse douter que l'investissement dans la promotion Luserna réponde à cette exigence, cette question n'a pas à être examinée dans le détail ici. En effet, les règles posées par la fondatrice pour le placement des biens s'adressent au conseil de fondation. Celui-ci, ayant pleins pouvoirs pour gérer la fortune et les ressources de la fondation (cf. art. 6 de l'acte de fondation et art. 31 du règlement), est seul compétent pour procéder au placement. Dans la mesure où le conseil de fondation excède ses pouvoirs, ses actes ne sont pas nuls ou annulables. Cette circonstance donne seulement ouverture à l'intervention de l'autorité de surveillance dans le cadre de l'art. 84 al. 2 CC. C'est cette autorité qui doit veiller à ce que le capital ne soit pas placé de manière spéculative ou comportant de trop grands risques, et qu'il ne soit pas détourné de son but. Dans ce cadre, l'autorité de surveillance des fondations peut donner au conseil de fondation des instructions contraignantes et prendre des sanctions indirectes pour les faire respecter (ATF 101 Ib 235, ATF 100 Ib 144, ATF 99 Ib 259). Il ne saurait toutefois s'agir là de mesures tutélaires, la fondation ayant pleine capacité d'agir sans le concours de l'autorité de surveillance (ATF 100 Ib 135 consid. 3). La fondation mal gérée, par exemple celle dont le conseil de fondation procède à des placements hasardeux ou contraires au règlement de la fondation, ne peut rendre responsables du dommage qui en découle pour elle que les membres du conseil de fondation; l'autorité de surveillance, qui ne peut prévenir l'action du conseil dans la mesure où celui-ci ne lui soumet pas ses projets, n'encourt quant à elle aucune responsabilité de ce chef.

En l'espèce, la garantie de rendement stipulée par l'art. 10 in fine du règlement ne fait aucune réserve sur la qualité des placements auxquels elle s'applique. Le fait que le placement immobilier soit hasardeux ne saurait donc libérer la Banque de son obligation telle qu'elle découle de la disposition réglementaire précitée. Tout au plus est-on en droit de se demander si la Banque pourrait soulever l'exception de l'abus de droit au moment où la Caisse lui demanderait la garantie de rendement pour un placement excluant tout revenu, par exemple le placement en or évoqué par la défenderesse. Il paraît toutefois que les aménagements ordonnés par la fondatrice excluent la possibilité d'une telle hypothèse. En effet, le conseil de fondation est composé en majorité de représentants de la Banque, de sorte qu'il est pratiquement impossible qu'il prenne une décision de placement préjudiciable aux intérêts de la Banque contre la volonté de celle-ci. En l'espèce, il est possible que les représentants de la Banque, majoritaires au sein du conseil de fondation, n'ont consenti à l'investissement immobilier qu'en raison de la remise de dette que lui faisait la Caisse concernant la garantie de rendement du placement.

Mais cela n'est ni allégué ni démontré. Au surplus, même si tel était le cas, la Banque, par ses commissaires, a renoncé à la remise de dette le 10 février 1978, comme on l'a vu ci-dessus sous litt. ba. Il serait dès lors exclu qu'elle puisse reprocher un abus de droit à la Caisse, lorsque celle-ci se prévaut d'une renonciation émanant de la Banque elle-même. Dans ces conditions, on ne saurait admettre une diminution de la dette de la masse découlant de la garantie de rendement, du fait que le placement immobilier serait critiquable et comporterait un rendement anormalement bas, voire négatif. c) Placement du patrimoine de la Caisse en créances contre la Banque ca) En principe

Dans la mesure où le patrimoine de la Caisse consiste en créances contre la Banque, on peut se demander si de telles créances constituent un placement au sens de l'art. 10 in fine du règlement dont la Banque garantit le rendement à 5,5%. Cette question doit être tranchée affirmativement. Il résulte expressément de l'art. 89bis al. 4 CC que le patrimoine de la fondation peut consister en une créance contre l'employeur, à la condition que cette créance soit garantie dans la mesure où elle

correspond aux prestations des travailleurs. Si même cette garantie n'est pas fournie, cela ne saurait entraîner la nullité du placement, mais seulement l'intervention de l'autorité de surveillance des fondations. Il a toujours été admis que le patrimoine de fondations de toutes espèces peut aussi consister en des créances contre le fondateur, respectivement qu'il peut être placé à long terme dans de telles créances (RIEMER, op.cit., n. 21 ad art. 89bis CC). Il est même bien connu que le patrimoine de la fondation peut être investi en créances contre l'employeur, le cas échéant pour assainir la situation financière de ce dernier et maintenir ainsi les postes de travail des bénéficiaires de la fondation (RIEMER, op.cit., n. 29 ss ad art. 89bis CC). cb) Effet du sursis concordataire

On peut se demander ensuite si l'art. 21 al. 2 OCB, selon lequel la débitrice est tenue quitte des intérêts des créances non garanties par gage qui courent durant le sursis concordataire, s'applique en l'occurrence à la garantie de rendement, calculée à un taux de 5,5%, des placements de la Caisse. Cette question doit être résolue par la négative. En effet, ainsi qu'on l'a vu précédemment, ladite garantie constitue, dès l'octroi du sursis bancaire ou concordataire, une dette de la masse qui repose sur une cause juridique indépendante. Celle-ci ne consiste pas en une convention d'intérêts entre la Caisse et la Banque, mais découle de l'art. 10 du règlement régissant sur ce point le contrat de travail. En vertu de cette disposition, la Caisse a droit à une garantie sur le rendement de ses placements; eu égard à la continuation des rapports de travail entre la Banque et une partie du personnel, ce droit subsiste pendant la durée du concordat. Il s'agit là d'un engagement particulier de l'employeur, que les commissaires, respectivement les liquidateurs de la Banque ont repris en faveur de la Caisse (cf. supra, consid. 4b). La garantie de rendement litigieuse reste ainsi due, pendant la durée du concordat, à l'égard de la Caisse. Elle s'étend également à l'absence de rendement qui affecte - en vertu de la règle de l'art. 21 al. 2 OCB rappelée ci-dessus - la créance de la Caisse à l'encontre de la Banque représentant le rappel de la garantie de 5,5% de 1973 à 1976. d) Conséquences du fait qu'une partie des bénéficiaires de la Caisse ont quitté la Banque

On peut enfin se demander, vu l'étroite relation entre les obligations de la Banque envers la Caisse résultant de l'art. 10 in fine du règlement et les contrats de travail repris par les commissaires, s'il n'y aurait pas lieu de considérer ici uniquement comme dettes de la masse les montants représentant la garantie de rendement des placements de la Caisse destinés à couvrir les prétentions des seuls employés restés au service de la Banque. On doit toutefois également répondre par la négative à cette question. En effet, la Caisse est tenue envers tous ses bénéficiaires, qu'ils soient ou non employés de la Banque, à des prestations proportionnellement égales à leurs

droits. Dès lors, pour pouvoir offrir à ceux qui sont restés au service de la Banque postérieurement au sursis - ou à leurs ayants droit - les pleines prestations qui découlent du règlement, elle doit être aussi à même de satisfaire aux prétentions de ceux qui l'ont quittée, ou de leurs ayants droit. On peut en conséquence se passer d'examiner combien d'employés sont restés au service de la Banque, et combien l'ont quittée, ou quelles sont les prétentions respectives de chacune de ces deux catégories.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:
Admet la demande.