



Cour II
B-1433/2018

Arrêt du 6 août 2018

Composition

Pietro Angeli-Busi (président du collège),
David Aschmann, Hans Urech, juges,
Yann Grandjean, greffier.

Parties

1. X._____,
2. Y._____,
p. a. Fondation A._____,
les deux représentés par Maître François Gillard, avocat,
recourants,

contre

Département fédéral de l'intérieur DFI,
Secrétariat général SG-DFI,
Surveillance fédérale des fondations,
autorité inférieure.

Objet

Surveillance des fondations – demande de récusation

Faits :

A.

La Fondation A._____ (ci-après : la Fondation) est une fondation au sens des art. 80 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210). Elle a notamment pour but de venir en aide, notamment en soutenant leur formation, à des enfants et des adolescents, à de jeunes adultes méritants ou victimes de mauvais traitements ou de détresse durant leur enfance.

La Fondation est soumise à la surveillance de la Confédération en vertu de la décision du 6 juillet 2017.

B.

Par décision du 3 août 2017, le Département fédéral de l'intérieur DFI, Secrétariat général SG-DFI, Surveillance fédérale des fondations (ci-après : l'autorité inférieure) a nommé B._____ en qualité de commissaire de la Fondation avec droit de signature individuel. Aucun autre membre du conseil de fondation ne détient de droit de signature, à l'exception de X._____ qui dispose d'un droit de signature collectif à deux avec le commissaire.

Cette décision fait suite aux mesures précédentes prises notamment le 17 mai 2016 par l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale (ci-après : l'As-So) et à l'enquête ouverte par le Ministère public vaudois pour gestion déloyale aggravée, suite à une plainte de l'As-So.

Elle fait l'objet d'un recours pendant devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF) sous le numéro B-4483/2017.

C.

C.a Par des courriers des 6, 12, 17 et 20 février 2018, X._____ et Y._____ (ci-après : les intéressés ou les recourants) ont déposé une demande de récusation des « agentes » de l'autorité inférieure qui se sont occupées de la surveillance de la Fondation. Cette demande n'est pas formulée nominativement ; l'acte de recours (consid. D) cite le nom de E._____, responsable suppléante de la Surveillance fédérale des fondations.

C.b Par acte du 1^{er} mars 2018, le Secrétariat général du DFI a rejeté cette demande de récusation sans autre mesure d'instruction.

C.c Par un autre acte du 1^{er} mars 2018, l'autorité inférieure a refusé aux intéressés l'accès au dossier dans les conditions que ceux-ci désiraient.

D.

Par acte du 8 mars 2018, les intéressés ont déposé un recours auprès du Tribunal dont les conclusions sont les suivantes :

- I. Le présent recours est considéré comme étant recevable.
- II. Le recours est admis.
- III. Il est constaté que le Secrétariat général du DFI s'est rendu responsable d'un déni de justice formel en refusant d'instruire la demande de récusations que les recourants X._____ et Y._____ lui avaient adressée le 12 février 2018 et qui était dirigée contre les agentes de l'autorité fédérale de surveillance des fondations qui s'étaient occupées du dossier de la fondation A._____.
- IV. La demande de récusations adressée le 12 février 2018 par les recourants X._____ et Y._____ est retournée au Secrétariat général du DFI pour complément d'instruction dans le sens des considérants de l'arrêt rendu sur recours, puis pour qu'une décision formelle soit enfin et dûment rendue suite à une telle instruction par le Secrétariat général du DFI.
- V. Il est constaté que l'autorité fédérale de surveillance des fondations s'est rendue la responsable d'un déni de justice formel en refusant sans aucune motivation le 1^{er} mars 2018 aux recourants X._____ et Y._____ la consultation de leur propre dossier relatif à la surveillance de la fondation A._____.
- VI. Il est constaté que l'autorité fédérale de surveillance des fondations s'est rendue la responsable d'un déni de justice formel en refusant de constater que sa décision du 3 août 2017 rendue à propos de la Fondation A._____ avait d'ores et déjà été exécutée, partant qu'elle n'avait ce jour plus aucun objet, et en refusant ensuite, à tout le moins de manière implicite, de révoquer purement et simplement cette même décision du 3 août 2017, respectivement de la modifier et/ou de la remplacer le cas échéant par une nouvelle décision.
- VII. Ordre est dès lors donné à l'autorité fédérale de surveillance des fondations de laisser un libre accès à MM. A._____ et B._____ à leur propre dossier de surveillance de la fondation A._____.
- VIII. Ordre est également donné à l'autorité fédérale de surveillance des fondations de constater que sa décision du 3 août 2017 n'a

plus d'objet, de la révoquer, puis de rendre ensuite le cas échéant une nouvelle décision, respectivement de modifier sa précédente décision dans la mesure commandée par les nouvelles circonstances existant à ce jour.

Incidentement, les recourants déposent les réquisitions de preuves suivantes :

- Ordre est donné à l'autorité fédérale de surveillance des fondations à Berne de produire au TAF l'intégralité de son dossier concernant la surveillance de la fondation A. _____ à Epalinges.
- Ordre est donné au Secrétariat général du DFI à Berne de produire au TAF l'intégralité de son dossier concernant la demande de récusations qui leur a été présentée en février 2018 par les deux recourants, soit par MM. A. _____ et B. _____.
- Ordre est donné au commissaire de la fondation de produire au Tribunal administratif fédéral l'intégralité de son propre dossier concernant sa mission de commissaire depuis le 3 août 2017, et notamment tous les PV des auditions privées qu'il a menées dans ce cadre-là à l'automne de 2017.
- Ordre est donné à la Fiduciaire Michel Favre SA de produire au Tribunal administratif fédéral tout son dossier concernant le mandat que l'AsSo lui a donné en date du 12 octobre 2015 en ce qui concerne les comptes de la fondation A. _____ à Epalinges.
- On doit également ici d'ores et déjà requérir d'avoir la faculté de pouvoir répliquer à la réponse au recours qui sera faite en cours de procédure par l'autorité qui est ici intimée.

Le Tribunal souligne que ces conclusions ne contiennent aucune demande de mesures provisionnelles.

E.

E.a Par décision incidente du 13 mars 2018, le Tribunal a interpellé les parties sur la manière de traiter ledit recours.

E.b Ayant un délai jusqu'au 30 avril 2018 pour se déterminer, les recourants ont demandé une prolongation de délai, motif pris qu'ils n'avaient pas encore eu accès au dossier. Les recourants ont réitéré leur demande en dates des 14 mai, 31 mai et 23 juin 2018.

E.c Par ordonnance du 3 mai 2018, le Tribunal a informé les parties qu'il statuerait ultérieurement sur la demande de prolongation de délai des

recourants ; il a ordonné à l'autorité inférieure de compléter son dossier auprès du Tribunal, y compris en produisant le dossier du commissaire de la Fondation. Le dossier de l'autorité inférieure avait été versé en l'état une première fois dans le cadre de la cause B-4483/2017 en septembre et octobre 2017.

E.d En date du 11 juin 2018, le commissaire est intervenu spontanément auprès du Tribunal pour indiquer que certaines pièces de son dossier à produire devraient demeurer secrètes.

E.e L'autorité inférieure a demandé le 17 mai 2018 une prolongation du délai qui lui avait été imparti pour compléter son dossier et produire celui du commissaire. Le Tribunal a admis cette demande.

E.f En date du 18 juin 2018, l'autorité inférieure a pris position sur le recours, concluant à son rejet, complété son dossier auprès du Tribunal et requis une prolongation de délai s'agissant du dossier du commissaire. Le Tribunal a admis cette demande. L'autorité inférieure, de concert avec le commissaire, demande cependant que les notes d'honoraires du commissaire restent secrètes et ne soient pas communiquées aux recourants.

F.

Le 18 juin 2018, l'autorité inférieure, par la signature du Secrétaire général du DFI, a déposé une réponse au recours contre la décision du 1^{er} mars 2018. Il conclut au rejet de ce recours.

G.

Les recourants ont complété leur argumentation en date du 25 juin 2018, notamment en évoquant le cas de la vente des parts du domaine de F._____. Les recourants se sont encore adressés au Tribunal en date des 2 et 16 juillet 2018.

H.

Par ordonnances du 24 juillet 2018, le Tribunal a communiqué aux recourants la prise de position du 18 juin 2018 ainsi que le bordereau du complément au dossier de l'autorité inférieure (consid. E.f).

Les autres éléments du dossier et les arguments avancés par les parties au cours de la procédure seront repris plus loin dans la mesure nécessaire.

Droit :

1.

Le Tribunal examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

1.1 En vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal 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).

Le recours est recevable contre les décisions de la Chancellerie fédérale, des départements et des unités de l'administration fédérale qui leur sont subordonnées ou administrativement rattachées (art. 33 let. d LTAF) et donc, en l'espèce, contre les actes du Département fédéral de l'intérieur dont le Secrétariat général exerce la surveillance des fondations (art. 3 al. 2 let. a de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur du 28 juin 2000 [Org DFI, RS 172.212.1]). Aucune des clauses d'exception prévues à l'art. 32 LTAF n'est par ailleurs réalisée.

1.2 Selon l'art. 45 PA, les décisions incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent comme en l'espèce sur une demande de récusation peuvent faire l'objet d'un recours (al. 1). Ces décisions ne peuvent plus être attaquées ultérieurement (al. 2). Un préjudice irréparable (art. 46 al. 1 let. a PA) n'est pas nécessaire dans ce cas (UHLMANN/WÄLEE-BÄR, in : Praxiskommentar VwVG, 2^e éd. 2016, art. 45 PA n° 1).

1.3 La qualité pour recourir doit être reconnue aux recourants (art. 48 al. 1 PA).

1.4 Le recours a été déposé dans la forme (art. 52 al. 1 PA) et le délai (art. 50 al. 1 PA) et selon les règles relatives à la représentation des parties (art. 11 PA) ; l'avance de frais a été versée en temps utile (art. 63 al. 4 PA).

1.5 Le présent recours est donc recevable.

2.

La présente cause est connexe avec quatre causes actuellement pendantes devant le Tribunal (B-4483/2017, B-3264/2018, B-3464/2018 et B-4118/2018).

Le Tribunal aura besoin des pièces figurant dans le dossier du commissaire B._____ pour statuer sur la cause au fond. Par conséquent, le délai imparti à l'autorité inférieure pour produire ledit dossier dans l'ordonnance du 11 juillet 2018 reste valable au-delà du présent arrêt.

3.

Les conclusions déposées devant le Tribunal par les recourants dans la présente cause mêlaient les différents recours alors pendants. Interpellées, les parties se sont ralliées à la manière de procéder proposée par le Tribunal en date du 13 mars 2018 (prise de position de l'autorité inférieure du 18 juin 2018 et courrier des recourants du 16 juillet 2018). *Par conséquent, le présent arrêt se limite à la question de la récusation (conclusions III. et IV. , y compris la réquisition de preuve [2^e item] qui y est liée).*

Le Tribunal renvoie les autres éléments invoqués (conclusions V. à VII. et les autres réquisitions de preuve) à la cause au fond en versant dans ces dossiers l'écriture du 8 mars 2018 et ses annexes ainsi que tous les actes qui s'en sont suivis.

4.

Les recourants ont déposé un recours pour déni de justice et conclu à ce que l'affaire soit renvoyée devant l'autorité inférieure « pour complément d'instruction dans le sens des considérants de l'arrêt rendu sur recours, puis pour qu'une décision formelle soit enfin et dûment rendue suite à une telle instruction ».

4.1 Lorsqu'il s'agit de qualifier un acte de décision, il importe peu que celle-ci soit désignée comme telle ou qu'elle en remplisse les conditions formelles fixées par la loi (ATF 133 II 450 consid. 2.1 ; ATAF 2016/3 consid. 3.3 et 2008/15 consid. 2). Est bien plutôt déterminant le fait qu'elle revête les caractéristiques matérielles d'une décision (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^e éd. 2013, n° 2.14), selon des critères objectifs et indépendamment de la volonté de l'autorité ou de celle de l'administré (arrêt du TAF A-5161/2013 du 7 avril 2015 consid. 1.2.1, non publié in : ATAF 2015/22). Il n'y a pas de décision lorsque l'acte en question ne contient pas d'éléments visant à produire des effets juridiques et ne constate pas non plus des droits ou des devoirs individuels concrets; dans un tel cas, le recours privé de tout objet doit être déclaré irrecevable (ATAF 2016/3 consid. 3.3 ; arrêt du TAF B-2771/2011 du 9 octobre 2012 consid. 1.3 *in fine* et les références citées).

4.2 Force est de constater que l'acte du 1^{er} mars 2018 doit être qualifié de décision. Même s'il ne porte pas ce titre, il rejette expressément la demande de récusation dans sa dernière phrase. Ce faisant, il est une décision incidente au sens des art. 5 al. 2 et 45 al. 1 PA. Aussi, les recourants ne peuvent aucunement se plaindre d'un déni de justice formel et il convient de considérer leur recours comme un recours ordinaire contre ladite décision.

5.

5.1 Tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, le droit de consulter le dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 II 286 consid. 5.1, 129 II 497 consid. 2.2, 127 I 54 consid. 2b et les arrêts cités). Le droit de consulter le dossier s'étend à toutes les pièces décisives (ATF 132 II 485 consid. 3.2 et 121 I 225 consid. 2a et les références citées). Il en découle notamment que l'autorité qui verse *au dossier de nouvelles pièces dont elle entend se prévaloir* dans son jugement est tenue en principe d'en aviser les parties, même si elle estime que les documents en question ne contiennent aucun nouvel élément de fait ou de droit (ATF 114 Ia 97 consid. 2c, confirmé par l'ATF 132 V 387 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_124/2018 du 25 mai 2018 consid. 1.2).

5.2 Le Tribunal relève que les recourants ont eu accès au dossier de l'affaire au siège de l'autorité inférieure à Berne le 25 janvier 2018 (courrier du 26 janvier 2018 figurant au dossier). Ils ont donc déposé leur demande de récusation du 6 février 2018 en ayant eu connaissance des actes, à l'exception des documents relatifs aux honoraires du commissaire.

5.3 A ce sujet, dans un courrier du 18 juin 2018 accompagnant le complément de son dossier, l'autorité inférieure demande au Tribunal que les documents relatifs aux frais du commissaire mis à la charge de la Fondation (notes d'honoraires) restent secrets et ne soient pas transmis aux recourants. Cette question peut rester ouverte à ce stade ; elle sera traitée avec la cause au fond (consid. 2). Le Tribunal n'utilisera pas le contenu de ces pièces au désavantage (ni d'ailleurs à l'avantage) des

recourants dans le recours contre le rejet de la demande de récusation des collaboratrices de l'autorité inférieure ; l'autorité inférieure ne les évoquent pas davantage (art. 28 PA ; ATF 113 Ib 257 consid. 4c ; arrêt du TAF A-7009/2015 du 12 janvier 2018 consid. 3.2.2 et 3.3.3 ; STEPHAN C. BRUNNER, in : Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, art. 28 PA n° 2 *in fine*).

5.4 Devant le Tribunal, les recourants ont eu accès à la réponse de l'autorité inférieure et aux bordereaux de pièces nouvellement déposées par elle (consid. H). Le Tribunal a donc fait droit à la réquisition de preuve restante concernant l'accès au dossier de l'autorité inférieure sur la récusation ; les recourants ont à ce stade renoncé à consulter d'autres pièces (consid. 3). Par conséquent, le Tribunal constate que les recourants ont eu accès à toutes les pièces sur lesquelles se fonde le présent arrêt et ont pu s'exprimer à leur sujet. Ainsi, leur droit d'être entendu a été respecté sous cet angle.

6.

6.1 Le droit d'être entendu comporte également l'obligation pour l'autorité de motiver ses décisions afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient. Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents. L'essentiel est que la décision indique clairement les faits qui sont établis et les déductions juridiques qui sont tirées de l'état de fait déterminant (ATF 142 II 154 consid. 4.2 et les références citées).

6.2 Dans une argumentation contradictoire, les recourants reprochent à l'autorité dont ils disent qu'elle a refusé de statuer sur leur demande de récusation (consid. 4.2) de ne pas avoir suffisamment motivé sa décision. Force est de constater que la décision attaquée résume les griefs des recourants, expose le droit applicable et arrive à la conclusion que « les motifs invoqués [...] ne suffisent pas à faire naître un doute raisonnable et objectif concernant l'indépendance et l'impartialité des collaboratrices » dont la récusation était demandée. Force est de constater que cette motivation est suffisante. Autre est la question de savoir si elle est convaincante.

7.

Les recourants reprochent aussi à l'autorité inférieure de ne pas avoir instruit la demande de récusation.

7.1

7.1.1 Selon l'art. 12 PA, l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration des preuves. Le tribunal n'est pas lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties. Il doit s'attacher à établir l'état de fait de manière correcte, complète et objective, afin de découvrir la réalité matérielle (CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, thèse 2008, n. 140 p. 49). Si le juge remarque spontanément et d'emblée des éléments qui ressortent du dossier, sans qu'ils aient été allégués, il doit certes en tenir compte et leur appliquer le droit d'office. Il ne procède cependant à de telles constatations complémentaires ou n'examine d'autres points de droit que si les indices correspondants ressortent clairement des griefs présentés ou des pièces du dossier (ATF 119 V 349 consid. 1a et 117 V 261 consid. 3b ; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. II, p. 927 ; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2^e éd. 2015, p. 614 s.). Le principe inquisitoire est en outre complété par l'obligation faite aux parties de collaborer à la constatation des faits (art. 13 PA). La maxime inquisitoire ne dispense dès lors pas les parties d'une collaboration active à la procédure et d'étayer leurs propres thèses. Il leur incombe ainsi de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (arrêts du Tribunal fédéral 1C_454/2017 du 16 mai 2018 consid. 4.1 et 1C_43 du 9 avril 2008 consid. 4.1 non publié in : ATF 134 II 142 ; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, art. 12 PA n° 51).

7.1.2 A défaut de règle particulière dans la PA en ce qui concerne la procédure de traitement des demandes de récusation, il est convenu qu'il faut appliquer par analogie la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110 ; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in : Praxiskommentar VwVG, 2^e éd. 2016, art. 10 PA n° 98). Selon l'art. 37 al. 1 LTF, si le motif de récusation est contesté par le juge ou le greffier visé, ou par un autre membre de la cour, celle-ci statue en l'absence du juge ou du greffier visé.

7.2

7.2.1 En l'espèce, le Tribunal ne voit pas quelles mesures d'instruction supplémentaires l'autorité inférieure aurait dû encore prendre. L'autorité

inférieure a été saisie d'une demande de récusation dûment motivée ; les recourants ont longuement exposé leurs griefs, juste après avoir pris connaissance du dossier (consid. 5.2), et ont pu les compléter dans plusieurs courriers. L'autorité inférieure a examiné les différents griefs, les a discutés et a rendu rapidement une décision incidente. Rien dans le recours ne permet de dire que l'autorité inférieure aurait dû éclaircir tel ou tel point. Ce grief doit donc être écarté.

7.2.2 Force est de constater que la décision attaquée n'a pas été rendue par les collaboratrices visées par la demande de récusation, mais par le Secrétariat général du DFI. L'art. 37 al. 1 LTF, appliqué par analogie, a ainsi été respecté.

8.

8.1 Selon l'art. 10 al. 1 PA, les personnes appelées à rendre ou à préparer une décision administrative doivent se récuser si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire (let. a), si elles sont le conjoint ou le partenaire enregistré d'une partie ou mènent de fait une vie de couple avec elle (let. b), si elles sont parentes ou alliées d'une partie en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale (let. b^{bis}), si elles représentent une partie ou ont agi dans la même affaire pour une partie (let. c) ou si, pour d'autres raisons, elles pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire (let. d). Ces motifs s'étendent non seulement à celui qui est appelé à rendre formellement la décision, mais également à toute personne (collaborateur juridique ou scientifique, enquêteur, etc.) appelée à participer de manière non négligeable à la préparation de cette dernière ou simplement à l'instruction du dossier (arrêts du TAF B-644/2014 du 28 octobre 2015 consid. 5.1 et B-6251/2007 du 1^{er} octobre 2008 consid. 3.1.1).

8.2 En l'espèce, seul entre en ligne de compte le motif de récusation prévu à l'art. 10 al. 1 let. d PA.

8.2.1 L'art. 10 al. 1 let. d PA, conçu comme une clause générale (*Auffangtatbestand*), prévoit, quant à lui, que les personnes appelées à rendre ou à préparer la décision doivent se récuser si, pour d'autres raisons que celles énumérées aux let. a à c, elles pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire. Ces « autres raisons » sont à déterminer selon les circonstances concrètes du cas d'espèce (décision incidente du TAF B-4852/2012 du 15 novembre 2012 consid. 5.3.2). La récusation ne s'impose pas seulement lorsqu'une prévention effective est établie car une

disposition interne de la part de la personne concernée ne peut guère être prouvée ; il suffit que les circonstances donnent l'apparence d'une prévention dans une affaire et fassent redouter une activité partielle. Il peut s'agir soit d'un comportement subjectif de la personne, soit de certains faits objectifs de fonctionnement ou d'organisation (ATF 138 IV 142 consid. 2.1). Cependant, seules des circonstances constatées *objectivement* doivent être prises en considération ; les impressions purement individuelles d'une partie ne sont pas décisives (ATF 134 I 20 consid. 4.2 ; ATAF 2007/5 consid. 2.3 et les références citées). La récusation sera admise dès qu'il existe une apparence objective de prévention, peu importe que le membre de l'autorité concerné se sente lui-même apte à se prononcer en toute impartialité (arrêt du Tribunal fédéral 5A_643/2010 du 11 janvier 2011 consid. 3.1 ; arrêt du TAF arrêt du TAF D-3646/2017 du 17 juillet 2017, B-1692/2016 du 23 septembre 2016 consid. 2.2.2).

8.2.2 Selon une jurisprudence constante, le fait d'avoir déjà participé à la procédure, d'avoir ainsi déjà traité la question, ne conduit en principe pas à la récusation des intéressés malgré le fait que cela conduise inévitablement à se faire une première idée ou opinion quant au bien-fondé de la cause en étudiant le dossier (ATF 143 IV 69 consid. 3.1, 129 III 445 consid. 4.2.2.2 et 114 la 278 consid. 1 ; JAAC 1998 n° 99 p. 924 ; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, op. cit., art. 10 PA n°s 71 ss et 95 s. ; UELI KIESER, ATSG Kommentar, 3^e éd. 2015, art. 36 LPGA n° 16).

8.2.3 Le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence constante, considère que d'éventuelles erreurs de procédure ou d'appréciation ne suffisent pas à fonder objectivement un soupçon de prévention. Seules les fautes particulièrement lourdes ou répétées, qui doivent être considérées comme des violations graves, peuvent avoir cette conséquence. Même si elles paraissent contestables, des mesures inhérentes à l'exercice normal de la charge ne permettent pas de suspecter leur auteur de partialité (ATF 141 IV 178 consid. 3.2.3, 138 IV 142 consid. 2.3, 116 la 14 consid. 5, 113 la 407 consid. 2b et 111 la 259 consid. 3b/aa ; arrêts du Tribunal fédéral 5A_171/2015 précité consid. 4.1 et 4A_377/2014 du 25 novembre 2014 consid. 6.1). En outre, c'est aux juridictions de recours normalement compétentes qu'il appartient de redresser les erreurs éventuellement commises ; le juge de la récusation ne saurait donc examiner la conduite du procès à la façon d'une instance d'appel (ATF 116 la 135 consid. 3a ; 114 la 153 consid. 3b/bb).

8.2.4 De manière générale, les dispositions sur la récusation sont moins sévères pour les membres des autorités administratives que pour les

autorités judiciaires. Contrairement à l'art. 30 al. 1 Cst., l'art. 29 al. 1 Cst. n'impose pas l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation. En règle générale, les prises de position qui s'inscrivent dans l'exercice normal des fonctions gouvernementales, administratives ou de gestion, ou dans les attributions normales de l'autorité partie à la procédure, ne permettent pas, dès lors que l'autorité s'exprime avec la réserve nécessaire, de conclure à l'apparence de la partialité et ne sauraient justifier une récusation, au risque sinon de vider de son sens la procédure administrative (ATF 140 I 326 consid. 5.2 et 137 II 431 consid. 5.2 et les références citées).

8.2.5 Le motif de récusation doit être invoqué aussitôt que l'intéressé en a eu connaissance, sous peine d'être déchu du droit de s'en prévaloir ultérieurement (ATF 139 III 120 consid. 3.2.1, 138 I 1 consid. 2.2 *in fine*, 135 III 334 consid. 2.2, 134 I 20 consid. 4.3.1 et 132 II 485 consid. 4.3).

9.

Les griefs soulevés par les recourants envers les collaboratrices de l'autorité inférieure dans leur demande du 6 février 2018 sont les suivants.

9.1 Tarif du commissaire (chiffre 1)

9.1.1 Les recourants reprochent aux collaboratrices de l'autorité inférieure d'avoir « concédé » au commissaire un tarif « très élevé » pour son travail, à savoir de 450 francs par heure.

9.1.2 Le Tribunal relève tout d'abord ici que l'art. 83d al. 3 1^{ère} phrase CC prévoit que la Fondation doit supporter les frais des mesures de surveillance, notamment l'institution d'un commissaire (al. 1 ch. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_274/2008 du 19 janvier 2009 consid. 7). Quant au tarif du commissaire, il a été prévu dans un contrat des 28 et 31 juillet 2017. Le montant ordinaire de la rémunération horaire est fixé à 450 francs, TVA et frais exclus (chiffre 7). Ce montant n'apparaît pas comme manifestement disproportionné. Par ailleurs, il est largement reconnu que la surveillance des fondations peut s'avérer très coûteuse, notamment lorsqu'un commissaire est nommé (LOÏC PFISTER, La fondation, 2017, n° 843).

Sans préjuger de son bien-fondé, cette décision ne saurait créer une apparence de partialité *envers les recourants*. On ne voit pas en quoi un tarif éventuellement trop élevé serait une mesure dirigée contre eux dans la mesure où c'est la Fondation qui en supporte le coût.

9.2 Comportement du commissaire (chiffre 2)

9.2.1 Les recourants reprochent au commissaire B._____ de les « mettre devant le fait accompli » et aux collaboratrices d'avoir répondu que le commissaire était « excellent », refusant tout dialogue avec eux.

9.2.2 Le Tribunal rappelle que les mesures que prend le commissaire peuvent faire l'objet d'un *Stiftungsaufsichtsbeschwerde*, moyen de droit *sui generis* destiné à contester les mesures des organes des fondations devant l'autorité de surveillance (dans ce sens : ATF 107 II 385 consid. 4 ; arrêt du TAF B-3773/2011 du 11 septembre 2012 consid. 1.2 ; PARISIMA VEZ, in : Commentaire romand CC I, 2010, art. 84 CC n° 17), étant précisé que l'effet dévolutif (art. 54 PA) ne s'étend pas aux mesures prises par un commissaire dont la nomination est contestée (voir à ce sujet les explications figurant dans la décision incidente du 21 décembre 2017 la cause B-4483/2017 consid. 4.1).

Quoi qu'il en soit, le comportement du commissaire est hors de propos pour ce qui est de la récusation des collaboratrices de l'autorité inférieure.

En ce qui concerne le comportement de ces collaboratrices, le Tribunal constate que les griefs des recourants à leur encontre sont inconsistants. L'éventuelle appréciation favorable du travail du commissaire – encore faudrait-il l'établir – ne dit rien quant à l'opinion des collaboratrices en question à l'égard des recourants.

Il faut ajouter ici que les relations entre les parties sont de nature contentieuse. L'antagonisme qui en résulte ne saurait à lui seul entraîner la récusation des collaboratrices de l'autorité inférieure.

9.3 Autonomie laissée au commissaire (chiffre 3)

9.3.1 Derrière une argumentation confuse, les recourants reprochent à l'autorité inférieure de laisser trop d'autonomie au commissaire et d'entretenir « en coulisses » des relations trop étroites avec lui. Les recourants relèvent qu'il leur a été dit que « c'est un excellent commissaire. Il travaille de manière autonome, sans instructions de [l'autorité inférieure] ».

9.3.2 Là encore, les griefs des recourants n'ont aucune consistance. Vagues, spéculatifs et nullement étayés, ils ne sauraient justifier la récusation des collaboratrices de l'autorité inférieure. L'appréciation citée à propos du travail du commissaire – sans que son auteur ou son contexte

ne soit précisé – ne dit encore rien de l'opinion qu'a son auteur des recourants ou de la cause. Il est par ailleurs clair que le commissaire d'une fondation doit avoir une certaine autonomie par rapport à l'autorité de surveillance, sauf à rendre son institution totalement inutile.

9.4 Double mission du commissaire (chiffre 4)

9.4.1 Les recourants reprochent aux collaboratrices d'avoir attribué deux « casquettes », c'est-à-dire deux missions, au commissaire : la gestion de la Fondation et la direction d'une enquête interne dans le cadre de la procédure pénale.

9.4.2 Ce grief devait typiquement être dirigé contre la décision du 3 août 2017, objet de la cause au fond. Même si l'on devait discuter de la légalité, voire de l'opportunité, de cette double mission, ce choix, éventuellement critiquable, ne saurait entraîner une situation telle qu'une récusation s'impose.

9.5 Renonciation à l'enquête (chiffres 5 et 6)

9.5.1 Les recourants reprochent ensuite aux collaboratrices de l'autorité inférieure d'avoir attendu le lendemain de la décision incidente du 17 octobre 2017 du Tribunal sur la restitution de l'effet suspensif au recours dans la cause B-4483/2017 pour « renoncer à faire les deux expertises qui étaient pourtant au cœur de la motivation de leur décision du 3 août 2017 » en octobre et décembre 2017. Ils dénoncent le fait que cette décision se fondait sur un rapport établi par C._____ et daté du 3 octobre 2017 dont le Tribunal n'avait alors pas connaissance (voir à ce sujet la décision incidente du 2 février 2018 dans la cause B-4483/2017 consid. 7).

9.5.2 La tâche du Tribunal n'est pas ici de discuter de la légalité ou de l'opportunité de telle ou telle mesure prise par les collaboratrices de l'autorité inférieure dans le cadre de la conduite du dossier. Quoi qu'il en soit, avoir renoncé à ces enquêtes ne permettrait pas de conclure que les collaboratrices visées auraient une opinion préconçue. A ce stade, le Tribunal retient que cet événement s'inscrit dans le cours ordinaire du traitement d'un dossier par l'administration. Ne serait-ce qu'en faisant une appréciation anticipée de preuves, elle peut parfaitement estimer avoir suffisamment d'éléments pour trancher une question. Savoir si cette appréciation est juste ou fausse relève des procédures de recours contre les décisions rendues, mais ne saurait entraîner la récusation des personnes en cause.

9.5.3 Le fait que les collaboratrices attendraient « à chaque fois le lendemain des [décisions] incidentes » pour remettre au TAF des éléments du dossier n'est lui non plus pas relevant. Il faut rappeler que l'autorité inférieure continue d'exercer la surveillance de la Fondation pendant que le recours contre la décision du 3 août 2017 est traité par le TAF (voir les explications à ce sujet dans la décision incidente du 21 décembre 2017 dans la cause B-4483/2017 consid. 4.1). La manière de traiter le dossier par l'autorité inférieure ne recèle rien qui permettrait de conclure à la partialité des collaboratrices en question. Les recourants s'accrochent ici à des détails pour arriver à des conclusions qui sont finalement infondées.

9.6 Inaction (chiffre 7)

9.6.1 Les recourants estiment qu'une fois les expertises abandonnées, la mission d'enquête du commissaire leur semble achevée et la décision du 3 août 2017 leur apparaît comme totalement exécutée. Selon eux, les collaboratrices de l'autorité inférieure tarderaient à constater que cette décision est devenue sans objet. L'autorité inférieure n'ayant plus réagi depuis lors, ils reprochent aux collaboratrices de l'autorité inférieure d'avoir organisé la paralysie de la procédure.

9.6.2 Les observations effectuées par le fiduciaire C._____ l'amènent à faire une septantaine d'observations/questions quant aux comptes de la Fondation pour la période 2013-2016. Un nombre important d'entre elles est de nature à éveiller des doutes quant à la gestion de la Fondation, dans la mesure où elles ont trait à la justification, au fondement, à l'opportunité, voire à la légalité, de certaines opérations comptables (décision incidente dans la cause B-4483/2017 du 2 février 2018 consid. 7.2).

Dès lors que des soupçons planent encore sur les recourants, rien ne permet de conclure *a priori* que la décision du 3 août 2017 serait devenue sans objet. Aussi, les recourants ne peuvent rien reprocher aux collaboratrices de l'autorité inférieure sous cet angle. Au surplus, cette question échappe à la présente cause (consid. 3).

9.6.3 Quoi qu'il en soit, après le dépôt du recours du 8 mars 2018, force est de constater que l'instruction de la cause devant l'autorité inférieure s'est poursuivie, jusqu'à une décision récente du 10 juillet 2018, qui fait également l'objet d'un recours devant le Tribunal (consid. 2). Au regard des conclusions des recourants (consid. D), le Tribunal ne constate aucun retard injustifié de la part des collaboratrices en question.

9.7 Refus d'accès au dossier et perte de contrôle du commissaire (chiffres 9 à 11)

9.7.1 Les recourants reprochent pêle-mêle à l'autorité, respectivement au commissaire, de ne pas avoir versé au dossier, ni d'avoir transmis certaines pièces. Il est indiqué que, après avoir été interpellée quant au refus de verser au dossier les notes d'honoraires du commissaire, E._____ aurait répondu aux recourants : « Cela ne vous regarde pas ».

Les recourants, après avoir pu consulter le dossier à Berne le 25 janvier 2018, constatent que n'y figurent pas « les PV des auditions privées menées par le commissaire dans le cadre de son audit spécial » et les pièces comptables de la Fondation. Sur ce fondement, ils reprochent aux collaboratrices de l'autorité inférieure d'avoir créé une situation dans laquelle le commissaire est « incontrôlé et incontrôlable ».

9.7.2 En premier lieu, le Tribunal relève que la question de l'accès au dossier doit être traitée dans la cause au fond (voir consid. 5.3).

Certes, le refus d'accès au dossier, pur et simple, prononcé le 1^{er} mars 2018 avec la signature de D._____ n'apparaît pas comme une mesure des plus conformes au droit. Cependant, force est de constater que la guérison de cette éventuelle violation reste possible y compris jusque devant le Tribunal. Aussi, si erreur de procédure il devait y avoir, elle ne saurait être qualifiée de lourde, dès lors qu'elle restera sans conséquence pratique.

9.7.3 S'agissant de l'accès aux notes d'honoraires du commissaire, le Tribunal rappelle que la question est encore pendante à ce stade (consid. 5.4). La citation de E._____ – encore faudrait-il établir qu'elle est authentique – ne fait que refléter l'appréciation de l'intéressée sur la question de l'accès au dossier ; elle ne traduit en soi aucune animosité à l'égard des recourants, étant rappelé que les autorités administratives jouissent de toute façon d'une liberté de propos assez large (consid. 8.2.4). De plus, même si l'on devait arriver à la conclusion que l'appréciation de E._____ était incorrecte, force est de constater que cette éventuelle erreur ne saurait aucunement être qualifiée de lourde et ne pourrait donc pas entraîner non plus la récusation de l'intéressée.

9.7.4 Quant à la prétendue perte de contrôle du commissaire, comme souvent, les griefs des recourants manquent totalement de substance. Rien ne permet de dire que l'autorité inférieure aurait manqué, par les

collaboratrices dont la récusation est demandée, à son devoir de surveillance du commissaire. Cette tâche relève tout autant de la révision de la Fondation (art. 83b et 83c CC), dont rien n'indique qu'elle ne se déroule pas correctement.

9.7.5 Au surplus, si le dossier de l'autorité inférieure devait être lacunaire – rien ne permet de le dire à ce stade – ce grief concerne la procédure au fond et ne saurait entraîner à lui seul la récusation de l'auteur d'un éventuel manquement.

9.8 Faits postérieurs à la demande de récusation

9.8.1 Le Tribunal relève que les recourants se sont plaints devant l'autorité inférieure et devant le Tribunal du comportement des collaboratrices postérieurement à leur demande de récusation (courrier du 25 juin 2018).

9.8.2 En lien avec la vente des parts du domaine de F._____, le Tribunal relève que le comportement des collaboratrices de l'autorité inférieure ne prête pas le flanc à la critique. Lorsque le commissaire B._____ a – maladroitement – indiqué avoir obtenu « l'aval » de l'autorité inférieure pour procéder à cette vente, alors que tel n'était pas le cas (lettre du 28 mai 2018), les collaboratrices l'ont enjoint de bloquer cette transaction jusqu'à nouvel ordre (courrier du 26 juin 2018). Aucun manquement n'est à relever de leur part et donc aucun motif de récusation n'est à faire valoir en l'occurrence.

9.9 Force est de constater que le recours déposé devant le Tribunal ne revient pas sur la question de la récusation, mais concerne largement les questions renvoyées dans les autres dossiers (consid. 3).

9.10 D'une manière générale, le Tribunal constate que les recourants critiquent la manière dont l'autorité inférieure, au travers de ses collaboratrices, traite le dossier de la Fondation. Or ce ne sont pas des motifs en faveur de la récusation, mais des griefs à faire valoir dans les causes au fond (consid. 8.2.3 *in fine*).

On cherche en vain dans les demandes de récusation ou dans les actes devant le Tribunal des paroles négatives ou des comportements hostiles des collaboratrices visées qui indiqueraient qu'elles auraient une opinion préconçue sur l'affaire ou une prévention personnelle envers les recourants. Peu avant de déposer leur demande, les recourants ont pourtant eu accès au dossier de récusation et donc aux courriers de

l'autorité inférieure (consid. 5.2). Certes, le fait que l'autorité inférieure reste en charge de la surveillance de la Fondation, alors même que des procédures de recours sont pendantes conduit structurellement les collaboratrices en question à prendre des décisions et des mesures qui ne vont pas nécessairement dans le sens des recourants. Pour autant, cela ne saurait conduire à devoir les récuser, sauf à paralyser complètement l'activité de surveillance de la Fondation (consid. 8.2.4 *in fine*).

Par ailleurs, l'attitude procédurière des recourants, le rythme soutenu de leurs écritures et la relative complexité de leurs prises de position (les différents thèmes sont souvent mélangés dans un même courrier) n'aident pas à une bonne compréhension des parties entre elles.

A ce stade, le Tribunal conclut qu'il n'a identifié dans les griefs des recourants aucune erreur manifeste imputable aux collaboratrices de l'autorité inférieure. Par conséquent, il ne saurait être question de fautes particulièrement lourdes et répétées dans cette affaire.

Finalement, il y a seulement, dans l'esprit des recourants, un sentiment de méfiance (p. ex. demande du 6 février 2018 n° 11), mais ce sentiment ne repose pas sur des raisons objectives de nature à établir que les collaboratrices de l'autorité inférieure pourraient avoir une opinion préconçue ou une prévention personnelle. Ce sentiment est insuffisant au regard de la jurisprudence fédérale (consid. 8.2).

Partant, le recours doit être rejeté.

10.

10.1 Vu l'issue de la cause, les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge des recourants qui succombent (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le TAF [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1^{ère} phrase et 4 FITAF). En l'espèce, le Tribunal estime justifié d'arrêter les frais de procédure à 3'000 francs et de les compenser avec l'avance sur les frais de procédure présumés d'un même montant payée durant l'instruction.

10.2 Les recourants, ayant succombé, n'ont droit à aucun dépens (art. 7 al. 1 *a contrario* FITAF), tout comme l'autorité inférieure (art. 7 al. 3 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure de 3'000 francs sont mis à la charge des recourants. Ce montant est compensé avec l'avance sur les frais de procédure présumés d'un même montant payée durant l'instruction.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire ; annexes : [...])
- au Département fédéral de l'intérieur DFI (acte judiciaire)

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

Le président du collège :

Le greffier :

Pietro Angeli-Busi

Yann Grandjean

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière civile, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 72 ss, 90 ss et 100 LTF). 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 (art. 42 LTF).

Expédition : 7 août 2018