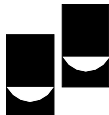


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Cour III
C-945/2008

{T 0/2}

Arrêt du 23 juillet 2009

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Stefan Mesmer, Johannes Frölicher, juges,
Yann Hofmann, greffier.

Parties

**Fondation de prévoyance en faveur du personnel
dirigeant de A. _____, _____, et
Fondation de prévoyance en faveur du personnel de
A. _____, _____,**
recourantes,

contre

**Autorité de surveillance des fondations du canton
de Vaud,**
rue du Valentin 10, 1014 Lausanne Adm cant VD,
autorité inférieure.

Objet

Prévoyance professionnelle (décision du 14 janvier 2008)

Faits :

A.

A.a Le 25 mars 1925, X. _____ SA a constitué une fondation sous la dénomination de « _____ », à Bâle.

Par décision du 19 janvier 1990, le Département de l'intérieur et de la santé publique du canton de Vaud a pris acte du changement de nom de la fondation, appelée alors « Caisse de retraite du Groupe X. _____ », avec siège à Lausanne. Le même jour, la nouvelle fondation a été inscrite au registre cantonal de la prévoyance professionnelle avec effet au 1^{er} janvier 1987. Par décision du 16 février 1998, le Département cantonal a pris acte d'une modification de statuts de la fondation, appelée nouvellement « Caisse de retraite de A. _____ SA » (ci-après Caisse de retraite).

Le nouvel art. 2 des statuts prévoit que la fondation a pour but la prévoyance professionnelle en faveur du personnel de la fondatrice et des sociétés suisses de A. _____ SA qui lui sont agrégées. Il est précisé que la fondation poursuit son but dans le cadre de la LPP, des statuts et du règlement et qu'elle peut étendre la prévoyance au-delà des prestations légales minimales. La fondation doit prémunir le personnel affilié, de même que les proches et survivants, contre les conséquences économiques de l'invalidité complète ou partielle, de la vieillesse et du décès. Pour atteindre son but, elle peut conclure des contrats d'assurance ou adhérer à des contrats existants.

La Caisse de retraite couvrait à l'origine tout le personnel de la fondatrice et des sociétés du groupe jusqu'à un plafond de 200'000 francs avec un plan en primauté des prestations. À partir du 1^{er} janvier 2005, un plan en primauté des cotisations a été adopté.

A.b Le 27 décembre 1974, X. _____ SA avait constitué une deuxième fondation de prévoyance appelée aujourd'hui « Caisse complémentaire de retraite du personnel dirigeant de A. _____ » (cf. décision du 16 février 1998 du Département prenant acte des statuts, ci-après Caisse complémentaire).

L'art. 4 de cette fondation prévoit que le but est de compléter les mesures de prévoyance de la Caisse de retraite. Pour atteindre son

but, elle peut notamment conclure des contrats d'assurance en faveur de tout ou partie des destinataires et reprendre à son compte de tels contrats déjà conclus; elle peut également passer avec d'autres institutions de prévoyance des conventions de libre passage. Les prestations que la Fondatrice est tenue de verser ne peuvent être prélevées sur les biens de la Caisse complémentaire et celle-ci ne peut assumer d'obligation qui incombe à la fondatrice. Cette institution prévoyait un plan en primauté des cotisations.

A.c Le 20 avril 2006, les Conseils de fondation respectifs ont approuvé le principe d'une fusion des deux institutions de prévoyance (la Caisse de retraite absorbant la Caisse complémentaire qui serait dissoute), ainsi qu'un plan de répartition des fonds libres. Ils ont aussi convenu que l'autorité de surveillance serait saisie à cet effet.

Le Conseil de fondation de la Caisse de retraite a en particulier prévu une distribution volontaire de fonds libres: les assurés actifs bénéficieraient d'un taux d'intérêt supplémentaire de 2% pour l'exercice 2005 et les rentiers recevraient une allocation unique de 0.5% de la réserve mathématique propre à chacun. Après cette distribution, le taux de couverture, au 31 décembre 2005, serait réduit de 118.2% à 116.95%. Pour sa part, le Conseil de fondation de la Caisse complémentaire, afin de ramener le taux de couverture de 130.2% à 116.95%, au 31 décembre 2005, a également prévu une distribution de fonds libres: le montant à distribuer représente un intérêt supérieur à 11% calculé sur l'épargne acquise, respectivement sur la réserve mathématique des rentes en cours.

Le 30 juin 2006, les deux Conseils de fondation ont saisi l'autorité de surveillance cantonale en lui demandant d'entériner le principe de la fusion des institutions de prévoyance.

Par décision du 14 décembre 2006, l'autorité cantonale de surveillance des fondations a approuvé la fusion par absorption avec effet au 1^{er} janvier 2006 entre la Caisse de retraite (caisse reprenante) et la Caisse complémentaire (fondation transférante), a constaté la dissolution de la seconde et a requis du Préposé au registre du commerce les inscriptions correspondantes. Elle a en outre approuvé le plan de répartition des fonds libres de la Caisse complémentaire.

Le 3 décembre 2007, le Conseil de fondation de la Caisse reprenante a adopté les nouveaux statuts de l'entité.

B.

Parallèlement à la Caisse de retraite et à la Caisse complémentaire, X._____ SA avait constitué deux fondations patronales. La Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant de X._____ SA, avec siège à Lausanne, a été constituée le 29 janvier 1953 (cf. arrêté du 13 février 1953 du Conseil d'État vaudois) et la Fondation de prévoyance en faveur du personnel du groupe X._____ SA a été constituée le 14 avril 1988 (cf. décision du 2 mai 1988 du Département cantonal de l'intérieur et de la santé publique).

L'art. 2 des statuts de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant, révisés le 25 juin 1999 et le 1^{er} juillet 2002, prévoyait qu'elle a pour but de prémunir les membres du personnel dirigeant de la société (soit les directeurs, sous-directeurs et fondés de pouvoir) ou après leur décès leurs veuve et orphelins, contre les conséquences économiques résultant de la vieillesse, de l'invalidité, de la maladie, d'accidents ou d'autres causes semblables, notamment: en premier lieu en leur accordant des rentes complémentaires destinées à parfaire les prestations de la Caisse de retraite de A._____; en accordant des allocations uniques ou périodiques à ceux d'entre eux qui, pour une raison quelconque, n'ont pas droit à une rente de la Caisse de retraite de A._____ ou n'ont pas adhéré à celle-ci; en leur accordant des subsides ou indemnités dans des cas spéciaux.

Pour sa part, l'art. 2 des statuts de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel expose qu'elle a pour but de venir en aide aux membres du personnel de A._____ en cas de vieillesse, invalidité, maladie ou accident et, en cas de décès, aux survivants proches de la personne décédée. Elle ne peut effectuer aucune prestation ayant le caractère d'une rémunération du travail, d'un complément de salaire ou qui, de toute manière, incombe juridiquement à la fondatrice. La fondation peut faire des versements à d'autres institutions de prévoyance sociale auxquelles elle est liée. Elle peut: accorder des rentes complémentaires destinées à parfaire les prestations de la Caisse de retraite de A._____; accorder des allocations uniques ou périodiques aux membres du personnel du groupe ou à leurs ayants droit qui, pour une raison quelconque, n'ont pas droit aux prestations

de la Caisse de retraite de A._____ ou n'y auraient adhéré; accorder des subsides ou des indemnités dans des cas spéciaux.

C.

Le 24 mars 2006, les deux Conseils de fondation de ces entités ont décidé leur fusion en une nouvelle entité et adopté de nouveaux statuts. Le 27 avril 2006, ils se sont adressés à l'autorité cantonale de surveillance. Dans ce courrier, il était précisé qu'ils requéraient l'application de la procédure concernant le transfert de patrimoine de fondations et non celle concernant la fusion des institutions de prévoyance. En effet, s'agissant de fondations patronales, pour lesquelles aucune cotisation n'est prélevée sur le salaire des employés ou payée par l'employeur, il n'existe pas de bénéficiaire actuel de rente ni d'engagement lié à des prestations statutaires. Les éventuelles prestations n'étant accordées qu'à bien plaisir et les bénéficiaires potentiels ne possédant aucun droit envers les deux fondations, ils ont indiqué qu'il n'est pas non plus possible de déterminer les assurés concernés et de les informer, par exemple, de la fusion.

Le 23 mai 2006, l'autorité de surveillance a refusé de donner suite à la demande des deux Conseils de fondation de ces instituts. À son avis, la procédure de fusion des patrimoines de fondations n'était pas en mesure de garantir les attentes des cadres de A._____ et, partant, une fusion ne pouvait pas être constatée tant que les demanderesse ne se seraient pas soumises à la procédure de fusion des institutions de prévoyance. Les bénéficiaires potentiels n'avaient en outre pas été consultés.

Le 26 juin 2006, les deux Conseils de fondation ont signé un contrat de fusion, par lequel la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant (fondation reprenante) reprenait celle du personnel (fondation transférante). Il était prévu que la fusion par absorption devait s'effectuer aux valeurs comptables au 31 décembre 2005 et qu'elle prendrait effet rétroactivement au 1^{er} janvier 2006. La fondation reprenante modifierait son nom en « Fondation de prévoyance patronale de A._____ ».

Le 26 juin 2006, les deux conseils de fondation ont aussi établi un rapport de fusion attestant que les droits des destinataires à des prétentions étaient préservés.

Dans son rapport du 27 juin 2006, l'expert en prévoyance

professionnelle a confirmé que les droits et les prétentions des destinataires étaient préservés et qu'il n'existait aucune personne active ou rentière disposant d'un droit individuel direct contre l'une des deux fondations au moment de la fusion. Au 31 décembre 2005, l'actif de la fondation du personnel dirigeant s'élevait à 30'512'170 francs, celui de la fondation du personnel à 6'245'947 francs.

Dans son rapport du 26 juin 2006, l'organe de contrôle des deux fondations a constaté que les valeurs des bilans déterminants correspondaient aux dispositions légales et qu'il n'y avait pas de créance dépassant la fortune. Il a au surplus noté qu'il s'agissait de fondations patronales.

Le 29 juin 2006, les deux institutions de prévoyance ont adressé aux employés de A._____ une information indiquant que la fusion n'aurait aucune conséquence sur leurs droits et prétentions et que tous les documents pouvaient être consultés au siège de la fondatrice dans un délai de 30 jours.

Le 3 juillet 2006, les deux Conseils de fondation ont ratifié le contrat de fusion du 26 juin 2006 et approuvé la modification de leurs raisons sociales. Ils ont également décidé d'adresser au Préposé du Registre du commerce du canton de Vaud une réquisition de radiation de la fondation en faveur du personnel.

D.

Après un échange de correspondances (cf. en particulier la lettre du 21 septembre 2006 de l'autorité de surveillance), par décision formelle du 14 janvier 2008, l'autorité de surveillance cantonale a confirmé le refus de procéder à la fusion des deux institutions. Selon l'autorité de surveillance, les attentes des bénéficiaires de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant ne sont pas assurées. Même si les deux institutions sont des fondations patronales, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'institutions de prévoyance professionnelle et qu'il faut garantir les droits et prétentions de tous les destinataires. En ce qui concerne la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant, le cercle des bénéficiaires potentiels est clairement défini car il est limité aux directeurs, sous-directeurs et fondés de pouvoir.

E.

Le 14 février 2008, la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant de A._____ et la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de A._____ ont déposé un recours auprès du Tribunal de céans en demandant l'annulation de la décision du 14 janvier 2008 et de dire et prononcer qu'elles peuvent fusionner. Le refus de procéder à la fusion constituerait une violation du principe de la liberté de la fondatrice et de l'autonomie des fondations. Pour porter à terme la fusion, il ne serait en outre pas nécessaire de suivre la procédure de fusion propre aux institutions de prévoyance.

Les deux fondations recourantes rappellent en premier lieu qu'elles doivent être considérées comme des institutions patronales et que les prestations qu'elles seraient appelées à verser le seraient à bien plaisir. La fusion intervient en outre en dehors d'une liquidation partielle ou totale, de sorte qu'elle ne donne naissance à aucun droit subjectif. La Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant de A._____ précise que, selon ses statuts, en cas de dissolution, le solde de sa fortune serait remis - après complète garantie des engagements pris - soit à la Caisse de retraite (si elle continue son activité), soit à une autre institution de prévoyance qui aurait pu être créée entre-temps en faveur du personnel du groupe. En cas de dissolution de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de A._____, sa fortune reviendrait, selon les statuts, à l'une ou l'autre des institutions de prévoyance du groupe X._____. Le solde de la fortune des deux fondations étant positif, il n'y aurait aucun obstacle à la fusion. Celle-ci permettrait, entre autre, de rééquilibrer la fortune des deux fondations, celle pour le personnel dirigeant disposant de moyens largement supérieurs à ses besoins. Par ce rééquilibrage, on garantirait en outre une certaine égalité de traitement entre les différents cercles de bénéficiaires en ce qui concerne les expectatives de prévoyance. Ni les cadres dirigeants (en fait 44 personnes au 31 décembre 2005) ni les employés subiraient de plus de préjudice lié à cette fusion. De surcroît, une provision de 5'130'000 francs en faveur des cadres serait constituée au bilan de la fondation issue de la fusion pour garantir leurs expectatives (voir à ce propos le rapport du 28 février 2006 de l'expert en prévoyance professionnelle). En outre, il n'y a aucune raison de garder les deux institutions séparées, d'autant plus que les fondations réglementaires ont déjà fusionné.

F.

Dans sa réponse du 30 avril 2008, l'autorité de surveillance propose de rejeter le recours et de confirmer la décision attaquée. Elle expose que la fusion doit respecter les règles de la prévoyance professionnelle et, en particulier, celles concernant les liquidations. Étant donné que la fortune doit en principe suivre le cercle des bénéficiaires concernés, les droits du cercle du personnel dirigeant ne sont en l'espèce pas garantis par la fusion. Ceci n'était pas le cas de la Caisse de retraite et de celle complémentaire, dont la fusion a été autorisée justement parce que le degré de couverture, après la répartition des fonds libres, était le même.

Dans sa réplique du 12 juin 2008, dont une copie a été transmise pour connaissance à l'autorité de surveillance, les recourantes confirment leurs conclusions. Leurs arguments seront repris si nécessaire dans la partie en droit.

G.

Suite à la décision incidente du 29 juillet 2008 du Tribunal de céans, les recourantes ont versé le 6 août 2008 une avance sur les frais de procédure présumés de 5'000 francs.

Droit :

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, 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 Tribunal administratif fédéral 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).

2.

2.1 La qualité pour agir selon l'art. 48 al. 1 PA appartient à quiconque a participé à la décision dont est recours ou en a été empêché, est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce quelle soit annulée ou modifiée. Un intérêt digne de protection existe lorsque la situation juridique ou de fait peut être influencée par l'issue de la procédure. L'intérêt peut aussi consister en l'utilité pratique que le succès du recours peut constituer pour le recourant, c'est-à-dire l'élimination du dommage matériel ou idéal que la décision attaquée lui causerait (ATF 125 II 497, 123 II 376, 120 Ib 379, 116 Ib 321, 112 Ib 228; PIERRE MOOR, Droit administratif II, 2^{ème} éd. Berne 2002, p. 626 ss; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 483 ss).

En l'espèce, ces conditions sont remplies étant donnée que les fondations recourantes ont un intérêt manifeste à ce que leur fusion soit approuvée.

2.2 Déposé dans les formes et délais prévus par les art. 50 et 52 al. 1 PA et l'avance de frais requise ayant été payée dans le délai imparti, le recours est recevable.

3.

D'après l'art. 80 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210), toute fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécifique. La description du but de la fondation en est un élément essentiel et a pour effet d'en délimiter les tâches et d'en exclure d'autres imposant ainsi l'obligation à ses organes d'employer les biens de la fondation conformément à leur destination (HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, Die Stiftungen, vol. I/3, Berne 1975, n° 36 ad art. 80 CC).

D'après l'art. 84 al. 2 CC, l'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. Le pouvoir de surveillance de l'autorité est toutefois limité par le principe de la liberté du fondateur et celui de l'autonomie de la fondation (PARISSIMA VEZ, La fondation: lacunes et droit désirable, Berne 2004, p. 260 et les références de jurisprudence et de doctrine citées), et consiste par conséquent uniquement à examiner si le conseil de fondation a agi conformément à la loi et dans les limites de son pouvoir d'appréciation (KURT SCHWEIZER, Rechtliche Grundlagen der

Anwartschaft auf eine Stiftungsleistung in der beruflichen Vorsorge, Thèse Zurich 1985, p. 121 et les références citées; JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Fonds libres et liquidations de caisses de pensions, éléments de jurisprudence, in Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [RSAS] 2001 p. 477 ss, p. 472 n° 56). Un examen plus large de l'autorité de surveillance constitue une violation du principe d'autonomie de la fondation.

S'agissant des fonds patronaux, la marge d'appréciation pour l'attribution ou la répartition des fonds libres est encore plus grande (arrêt du Tribunal fédéral 9C_101/2008 du 26 février 2009, consid. 6.1). En d'autres termes, 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 encore s'est abstenue de l'exercer pleinement.

4.

L'objet du litige concerne le refus de l'autorité de surveillance d'approuver la fusion entre les deux fondations recourantes.

À cet égard, il convient de préciser que le contrat de fusion du 26 juin 2006 indique, d'une part, que la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant de A._____ est la fondation reprenante et, d'autre part, que la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de A._____ est la fondation transférante. Les rapports de fusion et du réviseur datés du même jour se basent sur cet état de fait, à savoir que c'est la fondation du personnel dirigeant qui reprend celle du personnel. Lors des séances du 3 juillet 2006, les conseils de fondation des deux institutions ont ratifié le contrat de fusion et requis la dissolution de la fondation concernant le personnel. C'est donc à tort que l'autorité de surveillance expose dans le dispositif I de la décision attaquée qu'elle refuse la fusion entre la fondation du personnel, « en tant qu'institution reprenante », et celle du personnel dirigeant, « en tant que fondation transférante ». Il s'agit manifestement de l'inverse. Les conclusions des recourantes (p. 2 du mémoire de recours) contiennent la même erreur, alors que la motivation du recours se fonde sur un état de fait contraire. Étant donné qu'il s'agit d'une erreur de rédaction, sans influence sur le dispositif ni sur le contenu essentiel des considérants, le Tribunal de céans peut corriger d'office cette erreur. Par la suite, seront donc

repris les termes tels qu'ils résultent du contrat de fusion du 26 juin 2006.

5.

La fusion demandée par les recourantes entraînerait la dissolution de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de A._____ et la reprise de son patrimoine par la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant de A._____. Cette opération, selon les recourantes, serait conforme aux statuts des fondations intéressées. Elles relèvent que l'art. 8 des statuts du 14 avril 1988 de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de A._____ prévoit qu'en cas de dissolution sa fortune reviendrait à l'une ou l'autre des institutions de prévoyance du groupe X._____. Le refus de la fusion constituerait en outre une violation de la liberté de la fondatrice et de l'autonomie de la fondation.

De sa part, l'autorité de surveillance justifie son refus par le fait que la fusion envisagée ne garantit pas les prétentions des bénéficiaires de la fondation concernant le personnel dirigeant.

6.

6.1 Il ressort des art. 2 des statuts respectifs que les deux fondations recourantes sont des fondations patronales de bienfaisance dont le financement est assuré exclusivement par l'employeur.

Pour résoudre le présent litige, il convient de rappeler qu'en l'espèce trouvent application non seulement les dispositions topiques de la LPP (cf. art. 89^{bis} al. 6 CC), mais aussi celles de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus, RS 221.301). En effet, le champ d'application de la LFus s'étend à toute institution de prévoyance assujettie – comme dans le cas des deux fondations recourantes – à la surveillance prévue à l'art. 61 LPP (cf. art. 2 let. i LFus en relation avec l'art. 89^{bis} al. 6 ch. 12 CC; voir aussi Basler Kommentar - Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (édit.), Fusionsgesetz, Bâle 2005 [cité BSK FusG-auteur, art._n°_], spéc. BSK FusG-MORSCHER, art. 2 n° 35).

6.2 Aux termes de l'art. 3 LFus, l'opération demandée par les recourantes constitue une fusion. En effet, elle entraîne la dissolution d'une institution, ce qui permet d'exclure qu'il s'agit d'un transfert de patrimoine au sens de l'art. 98 LFus. Pour être complet, on précisera

qu'il s'agit d'une fusion par absorption (par opposition à une fusion par combinaison) parce que la fondation du personnel ne transfère pas son patrimoine à une nouvelle fondation (art. 3 al. 1 let. a LFus). Le fait que, dans un deuxième temps, il ait été prévu que la fondation du personnel adopte de nouveaux statuts et change de nom est sans influence sur la qualification du type de fusion. Par ailleurs, les deux fusions obéissent en principe aux mêmes règles (Commentaire LFus - Peter/Trigo Trindade (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2005, [cité Comm LFus-auteur, art. _ n° _], spéc. Comm LFus-TRIGO TRINDADE, art. 3 n° 25).

6.3 Les art. 88 à 96 LFus règlent la fusion d'institutions de prévoyance. Aux termes de l'art. 88 al. 2, la fusion d'institutions de prévoyance n'est autorisée que si le but de prévoyance ainsi que les droits et les prétentions des assurés sont maintenus. Les dispositions du droit des fondations (art. 80 ss CC) et de la LPP sont toutefois réservées (art. 88 al. 3 LFus).

En l'espèce, il est constant que le but de prévoyance est maintenu (cf. art. 2 des statuts de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant, révisés le 25 juin 1999 et le 1^{er} juillet 2002, et art. 2 des statuts de la Fondation du personnel du 14 avril 1988). Seule est contestée la sauvegarde des prétentions d'un cercle de bénéficiaires.

Pour être complet, on peut mentionner que l'art. 86 al. 1 CC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006, prévoit que l'autorité fédérale compétente peut, sur requête de l'organe suprême de la fondation, modifier le but de celle-ci, lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur. Ceci peut être le cas, par exemple, lorsque la dotation en fortune d'une fondation excède ses besoins. En ces circonstances, une modification des buts dans le sens de l'élargissement des bénéficiaires devrait être possible.

6.4 Les art. 89 à 96 LFus précisent quelle est la procédure à suivre pour procéder à la fusion de deux institutions de prévoyance. Ainsi, les institutions intéressées doivent fournir un bilan (art. 89 LFus), un contrat de fusion (art. 90 LFus), un rapport de fusion (art. 91 LFus), faire vérifier ces documents par leur organe de contrôle et un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle (art. 92 LFus), informer les assurés de la fusion projetée ainsi que de ses

répercussions (art. 93 LFus). La fusion est soumise à l'approbation de l'organe supérieur des fondations concernées (art. 94 LFus) et doit être approuvée par l'autorité de surveillance de l'institution transférante (art. 95 LFus) qui se prononce après avoir informé les créanciers et travailleurs intéressés (art. 96 LFus).

En l'espèce, il n'est pas contesté que les documents nécessaires ont été produits et que les fondations recourantes ont informé les assurés de la fusion par communication du 29 juin 2006.

7.

7.1 Selon l'art. 53c LPP, lors de la dissolution d'une institution de prévoyance (liquidation totale), l'autorité de surveillance décide si les conditions et la procédure sont observées et approuve le plan de répartition. En l'espèce, il est prévu que le patrimoine de la fondation du personnel soit transféré à la fondation du personnel dirigeant. Le cercle des bénéficiaires de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel dirigeant de A._____ ne va toutefois plus se limiter au personnel dirigeant mais comprendra l'ensemble du personnel de A._____. De ce fait, selon l'autorité de surveillance, le personnel dirigeant serait lésé parce que le cercle des bénéficiaires du patrimoine de la fondation reprenante serait élargi au profit de l'ensemble du personnel de A._____.

7.2 En principe, dans le cas des fondations patronales de bienfaisance, les bénéficiaires n'ont pas de droit à ces prestations qui ne sont pas réglementaires mais constituent uniquement des expectatives. Toutefois, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer à plusieurs reprises que les expectatives de prestations discrétionnaires futures provenant d'une distribution de fonds libres ou de fondations de bienfaisances patronales jouissent d'une certaine protection. Ainsi, lors d'une liquidation – totale comme en l'espèce – le Tribunal fédéral a exposé que, en vertu du principe de la bonne foi, le patrimoine d'une fondation doit suivre le personnel en faveur duquel il a été constitué; en outre, en vertu du principe de l'égalité de traitement, il n'est pas admissible de favoriser un cercle de bénéficiaires au détriment d'un autre. En ce sens, la fortune d'une fondation ne doit pas être délayée du fait de l'élargissement du cercle des bénéficiaires. Ces principes ont une portée générale qui ne sauraient pas se limiter aux cas de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance, mais

concernent la distribution en générale des fonds libres d'une fondation (sur ces questions arrêt du Tribunal fédéral 9C_101/2008 du 26 février 2009, consid. 4.1 et 4.2 et les réf. citées; Comm LFUS-SCHNEIDER, art. 88 n° 20 p. 875; BSK FUSG-HUBER, art. 88 n° 12).

7.3 En l'espèce, il est établi que les attentes du personnel dirigeant sont touchées car la fortune de prévoyance est affectée à de nouveaux destinataires, autres que les bénéficiaires initiaux. La thèse des deux fondations recourantes, selon laquelle la fusion des deux institutions peut être approuvée parce que, de toute façon, le personnel dirigeant ne jouit d'aucune protection en cas de dissolution de la fondation de prévoyance, ne peut donc pas être suivie. Même en l'absence d'un droit subjectif, à la lumière de la jurisprudence mentionnée ci-dessus, il convient en effet de reconnaître au personnel dirigeant une certaine protection de ses attentes.

8.

8.1 Les fondations recourantes font encore valoir que les prétentions du personnel dirigeant sont garanties par la création d'une provision de 5'130'000 francs. Les droits des bénéficiaires seraient en outre assurés par le fait que la fortune de chaque fondation permet de couvrir la totalité des engagements éventuels des fondations. D'ailleurs, au moment de la fusion, aucune personne n'avait un droit individuel contre l'une des deux fondations patronales (cf. rapport du 27 juin 2006 de l'expert en prévoyance professionnelle).

8.2 L'art. 88 al. 2 LFus ne prescrit pas de quelle manière les droits et prétentions des bénéficiaires doivent être maintenus. S'il est vrai qu'une fusion ne peut en principe être assortie d'une réduction des prétentions, il doit rester possible d'harmoniser les règlements de prévoyance, y compris dans les domaines des prestations. Du reste, la condition du maintien des droits et prestations doit être examinée dans le cadre d'une appréciation d'ensemble des avantages et désavantages de la fusion (HENRY PETER / RITA TRIGO TRINDADE, op. cit., art. 88 n° 24-26).

En l'espèce, il convient en premier lieu de rappeler que les personnes affiliées à la fondation du personnel dirigeant sont au nombre de 44 (cf. rapport du 28 février 2006 de l'expert en prévoyance professionnelle). Toutes ces personnes sont traitées de la même manière, ce qui permet d'exclure une violation du principe de l'égalité

de traitement. La fusion des deux fondations patronales fait suite à celle concernant les fondations réglementaires (approuvée le 14 décembre 2006), dont la séparation ne se justifiait plus après l'abandon du système de la primauté des prestations à partir du 1^{er} janvier 2005. Les mêmes raisons ayant trait à la rationalisation de la gestion administrative sont valables pour la fusion des fondations réglementaires et pour celle dont il est question dans cet arrêt. Les fondations recourantes font en outre valoir que leur fusion permettrait de rééquilibrer leurs patrimoines, étant donné que la fortune de la fondation du personnel dirigeant est plus importante: au 31 décembre 2005, l'actif de la fondation du personnel dirigeant s'élevait à 30'512'170 francs et celui de la fondation du personnel à 6'245'947 francs. Le regroupement des cercles des bénéficiaires assurerait une certaine égalité de traitement entre le personnel dirigeant et le personnel de l'ensemble du groupe. Les deux Conseils de fondation intéressées ont exprimé leur accord avec la fusion et les bénéficiaires, en particulier ceux affiliés à la fondation du personnel dirigeant, n'ont pas non plus manifesté d'opposition lors de la procédure de consultation du contrat de fusion. Leurs droits sont en outre garantis par la création d'une provision en leur faveur de 5'130'000 francs qui, selon le rapport du 28 février 2006, suffit à assurer leurs prétentions éventuelles. Cette provision correspond en fait à une garantie collective de leurs attentes.

8.3 Compte tenu de la liberté de la fondatrice et du principe de l'autonomie de la fondation, l'autorité de surveillance ne pouvait intervenir qu'avec une certaine retenue (cf. consid. 3 ci-dessus). Ainsi, elle ne pouvait interdire la fusion des deux fondations recourantes que si cette décision était arbitraire. Dans la mesure où les prétentions du cercle des bénéficiaires des deux fondations sont maintenues par le contrat de fusion du 26 juin 2006, les conditions de l'art. 88 al. 2 LFus doivent être considérées remplies. En effet, la provision de 5'130'000 francs garantit les prétentions éventuelles des bénéficiaires de la fondation du personnel dirigeant. C'est donc à tort que l'autorité de surveillance a refusé d'approuver la fusion entre les deux fondations recourantes.

Le recours doit, partant, être admis et la décision du 14 janvier 2008 annulée. Le dossier est renvoyé à l'autorité inférieure afin qu'elle donne son aval à la fusion des fondations recourantes selon les termes du contrat de fusion et rende une décision d'approbation.

9.

9.1 En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, aucun frais de procédure ne peut être mis à la charge d'une autorité inférieure. En l'occurrence, vu l'issue de la procédure, il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais de Fr. 5'000.- fournie par les recourantes leur est remboursée.

9.2 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 recourantes ont agi sans recourir aux services d'un représentant, il n'est dès lors pas alloué d'indemnité de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis et la décision du 14 janvier 2008 annulée. La cause est renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle rende une nouvelle décision au sens du consid. 8.3.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de Fr. 5'000.- est remboursée aux recourantes.

3.

Il n'est pas allouée d'indemnité de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

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

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 :