



Cour II
B-2471/2017

Arrêt du 5 mars 2018

Composition

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

Parties

X. _____,
c/o Y. _____,
recourant,

contre

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

Objet

Surveillance des fondations.

Faits :**A.**

La Fondation A._____ (ci-après : la Fondation) était une fondation au sens des art. 80 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210) dont le but était de (...). Fondé en 1978 notamment par X._____ (ci-après : le requérant ou le recourant), cet établissement était soumis à la surveillance de la Confédération.

B.

Par divers courriers adressés entre décembre 2016 et mars 2017 à la Surveillance fédérale des fondations (ci-après : l'autorité inférieure), le requérant a demandé en substance à ce qu'il soit constaté qu'il était membre de droit du Conseil de la Fondation (voir notamment sa lettre du 5 décembre 2016). Il se fonde sur l'acte de fondation du (...) 1978, ainsi que sur les statuts des (...) 1978 et (...) 1997, qui prévoyaient que les membres fondateurs étaient membres de droit du Conseil de la Fondation.

C.

Par courrier du 3 avril 2017, l'autorité inférieure a expliqué au requérant qu'il avait démissionné du Conseil de la Fondation en 1988 et qu'il n'aurait « plus aucune prétention à faire valoir vis-à-vis de la Fondation » dans la mesure où cette démission a été inscrite au Registre du commerce et où le requérant ne l'a jamais contestée.

D.

Par acte du 27 avril 2017, le requérant a déposé un recours devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF) sur le fondement de l'art. 46a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) en estimant en substance que l'autorité inférieure tardait à statuer sur sa demande de réintégration au Conseil de la Fondation.

E.

Par réponse du 3 juillet 2017, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

F.

Par ordonnance du 24 octobre 2017, le Tribunal a invité le recourant à préciser dans sa réplique si, dans l'éventualité où le courrier du 3 avril 2017 devait être qualifié de décision, il entendait aussi attaquer le fond de l'affaire et, le cas échéant, à compléter son argumentation.

G.

Par la réplique du 17 novembre 2017, le requérant a complété son argumentation et dirigé son recours contre le courrier du 3 avril 2017.

H.

Par duplique du 22 décembre 2017, l'autorité intérieure a conclu à ce que la cause soit déclarée sans objet ou que le recours soit rejeté dans sa totalité. Elle verse au dossier à cette occasion une copie de la décision du 27 juillet 2017 prononçant la fusion de la Fondation avec la Fondation B._____.

I.

Par décision incidente du 11 janvier 2018, le Tribunal a invité le requérant à se déterminer sur l'issue consistant à radier la cause du rôle, celle-ci étant devenue sans objet.

J.

Par courrier du 6 février 2018, le requérant a fait valoir que le recours n'était pas devenu sans objet dès lors que la question de son appartenance au Conseil de la Fondation était encore posée.

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.**

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

1.2

1.2.1 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 Tribunal est également compétent en cas de déni de justice lorsque, selon l'art. 46a PA, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire. Le recours pour déni de justice ou retard injustifié peut être formé en tout temps (art. 50 al. 2 PA).

1.2.2 En l'espèce, le recourant se plaint, par acte du 27 avril 2017, de ce que l'autorité inférieure aurait tardé à statuer sur sa demande tendant à ce qu'il soit constaté qu'il était membre de droit du Conseil de la Fondation.

Au dossier figure cependant une lettre de l'autorité inférieure datant du 3 avril 2017. Au vu de son contenu, cette lettre pourrait être vue comme une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. b ou c PA, constatant l'inexistence d'un droit ou rejetant ou déclarant irrecevable une demande tendant à créer ou constater un droit (voir l'ordonnance du 24 octobre 2017 p. 2 s.). Dans cette hypothèse, l'acte du 27 avril 2017, déposé moins de 30 jours (art. 50 al. 1 PA) après la notification de cette lettre, pourrait être vu comme un recours ordinaire.

Cette question peut cependant rester indécise, la présente cause étant devenue sans objet dans l'intervalle (consid. 2-4).

1.3 Le recours ordinaire 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). Le recours pour déni de justice prévu à l'art. 46a PA relève de l'autorité qui aurait été appelée à statuer sur le recours contre la décision attendue (ATAF 2008/15 consid. 3.1.1).

La surveillance des fondations relève du Secrétariat général du Département fédéral de l'intérieur DFI (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.

Le Tribunal est donc compétent en toute hypothèse pour statuer sur le présent recours.

1.4 Par ailleurs, le recours a été déposé dans la forme (art. 52 al. 1 PA) et l'avance de frais a été versée en temps utile (art. 63 al. 4 PA).

2.

Encore faut-il s'assurer que le recourant a bien la qualité pour recourir.

2.1 Selon l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b), et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c).

Constitue un intérêt digne de protection, tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée. Il consiste donc dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Cet intérêt doit être direct et concret ; en particulier, le recourant doit se trouver, avec la décision entreprise, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération. Il doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés (ATF 143 II 506 consid. 5.1, 141 II 14 consid. 4.4, 138 II 162 consid. 2.12, 137 II 40 consid. 2.3, 135 II 145 consid. 6.1, 131 II 649 consid. 3.1 et les arrêts cités).

En principe, la qualité pour recourir suppose un intérêt actuel et pratique à obtenir l'annulation de la décision attaquée. Cet intérêt doit exister tant au moment du dépôt du recours qu'à celui où l'arrêt est rendu (ATF 140 III 92 consid. 1.1, 137 I 296 consid. 4.2, 137 II 40 consid. 2, 136 II 101 consid. 1.1 ; ATAF 2014/48 consid. 1.3.3).

2.2 Par décision du 27 juillet 2017, l'autorité inférieure a prononcé la fusion par absorption de la Fondation par la Fondation B. _____ selon le contrat de fusion du 30 juin 2017 (chiffre 1 du dispositif de la décision) ainsi que la dissolution de la Fondation (chiffre 3 du dispositif de la décision). Cette décision repose sur les art. 78 ss, notamment l'art. 83, 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).

2.3 Selon l'art. 3 al. 2 LFus, la fusion entraîne la dissolution de la société transférante et sa radiation du registre du commerce ; tel est aussi le cas lors de la fusion de fondations (GRÜNINGER/WINKLER, in : Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2^e éd. 2015, art. 84 LFus n° 17 ; FABIAN BURKART, in : Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2^e éd. 2012, art. 78 LFus n° 5). L'art. 83 al. 4 LFus renvoie notamment à l'art. 22 al. 1 1^{ère} et 2^e phrases LFus qui rappelle que la fusion déploie ses effets dès son

inscription au registre du commerce ; à cette date, l'ensemble des actifs et passifs de la société transférante sont transférés de par la loi à la société reprenante. L'art. 21 al. 3 LFus, appliqué par analogie, précise que la société transférante est radiée du registre du commerce par l'inscription de la fusion (GRÜNINGER/WINKLER, *ibidem*). La radiation de la société transférante – ici une fondation – du registre du commerce consacre sa disparition (ATF 132 III 731 consid. 3.1 et 117 III 39 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral [ci-après : le TF] 4A.4/2002 du 3 juillet 2002 consid. 4.1 *in fine* ; THOMAS GELZER, in : Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2^e éd. 2012, art. 21 LFus n° 17 ; MANFRED KÜNG, in : Berner Kommentar, Das Handelsregister, 2001, art. 937 CO n° 128).

2.4 Au vu de ce qui précède, la Fondation est donc aujourd'hui dissoute et son existence juridique a totalement cessé ; le Registre du commerce du Canton de Vaud indique désormais que « [l]a fondation est radiée par suite de fusion ». Au plus tard au moment de la dissolution de la Fondation, l'acte de fondation du (...) 1978, ainsi que sur les statuts des (...) 1978 et (...) 1997, ont été privés de toute portée. Autrement dit, les fondements sur lesquels le recourant basait son recours n'existent plus. Par ailleurs, les statuts des (...) et (...) 2017 de la Fondation B._____ (elle-même devenue Fondation C._____) ne contiennent aucune disposition qui permettrait au recourant d'intégrer de plein droit le Conseil de cette Fondation.

2.5 Nul ne peut réintégrer le conseil d'une fondation désormais dissoute. Il est donc manifeste que le recourant ne peut plus obtenir ce qu'il demandait et qu'il n'a dès lors plus d'intérêt actuel et pratique, soit à l'obtention d'une décision, soit à l'admission de son recours et à l'annulation de la décision attaquée ; la cause est de cette sorte devenue sans objet.

3.

Invité à se déterminer, le recourant soutient que la cause n'est pas devenue sans objet. Il affirme que l'ouverture d'une procédure de recours devant le Tribunal empêchait le Conseil de la Fondation, respectivement l'autorité inférieure, de statuer sur la fusion avec la Fondation B._____. En somme, pour le recourant, le Conseil de la Fondation a siégé dans une composition irrégulière dès lors qu'il demandait à y être réintégré.

3.1 Ce raisonnement ne saurait être suivi. Si le recourant estimait que la décision du 27 juillet 2017 prononçant la fusion de la Fondation et de la Fondation B._____ était entachée d'erreurs de procédure ou qu'elle

contrevenait autrement aux dispositions de la LFus, il lui appartenait de l'attaquer par la voie judiciaire. Force est de constater qu'il ne l'a pas fait et qu'il ne peut plus le faire.

3.2 Il faut ici préciser que l'art. 932 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, CO, RS 220) prévoit que la date de l'inscription sur le registre du commerce est celle de la mention faite sur le journal (al. 1) ; l'inscription n'est opposable aux tiers que dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la Feuille officielle suisse du commerce où est publiée l'inscription. Ce jour ouvrable est aussi le point de départ du délai qui commence à courir avec la publication de l'inscription (al. 2). L'art. 933 al. 1 CO dispose quant à lui que les tiers auxquels une inscription est devenue opposable ne peuvent se prévaloir de ce qu'ils l'ont ignorée. Le Tribunal fédéral a précisé qu'une inscription relative à une fondation déploie ses effets à partir de la publication dans la Feuille officielle du commerce (ci-après : la FOSC) ; c'est également dès cette date que le délai de recours commence à courir (arrêts du TF 2A.162/2005 et 2A.165/2005 du 10 janvier 2006 consid. 4.3 ; ANDREAS DÜRR, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3^e éd. 2016, art. 932 CO n° 6).

3.3 En l'espèce, la décision autorisant la fusion date du 27 juillet 2017 et la radiation de la Fondation a été publiée à la FOSC le (...) octobre 2017 (FOSC 2017 n° [...]), avec mention au registre journalier du (...) 2017. Le recourant a donc eu connaissance de la décision prononçant la fusion, au moins fictivement, au plus tard le (...) octobre 2017 et le délai de recours est arrivé à échéance 30 jours plus tard (art. 50 al. 1 PA et 932 al. 2 CO). Par conséquent, la décision du 27 juillet 2017 est entrée en force ; elle a d'ailleurs été exécutée. Autrement dit, le recourant ne dispose plus de moyen pour contester cette décision.

4.

L'intérêt digne de protection, actuel et pratique, du recourant ayant disparu au cours de la procédure de recours, la cause, devenue sans objet, doit être radiée du rôle (ATF 139 I 206 consid. 1.1).

5.

5.1 Les frais de procédure peuvent être remis totalement ou partiellement lorsque le recours est réglé par un désistement sans avoir causé un travail considérable au tribunal ou que pour d'autres motifs ayant trait au litige ou

à la partie en cause, il ne paraît pas équitable de mettre les frais à la charge de celle-ci (art. 6 let. a et b du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

5.2 En l'espèce, la cause est devenue sans objet pour une raison étrangère au recourant, à savoir la fusion de la Fondation avec la Fondation B._____. Compte tenu de cette circonstance très particulière liée au litige et du peu de travail occasionné au Tribunal pour traiter le cas, il convient exceptionnellement de ne pas percevoir de frais de procédure et de laisser ouverte la question de savoir qui aurait dû les supporter (art. 5 FITAF). Cela correspond à ce qui avait été annoncé dans la décision incidente du 11 janvier 2018 (p. 4). Partant, l'avance sur les frais de procédure présumés de 2'500 francs sera restituée au recourant une fois le présent arrêt entré en force.

6.

6.1 Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais de la partie. Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat ou l'indemnité du mandataire professionnel n'exerçant pas la profession d'avocat (art. 8 al. 1 et 9 al. 1 let. a FITAF).

6.2 En l'espèce, le recourant, qui n'est pas représenté, n'a pas droit à des dépens, indépendamment de l'issue du litige (art. 15 par renvoi de l'art. 5 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La cause, devenue sans objet, est radiée du rôle.

2.

Il n'est pas perçu de frais. L'avance sur les frais de procédure présumés de 2'500 francs sera restituée au recourant une fois le présent arrêt entré en force.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (acte judiciaire ; annexe : formulaire « adresse de paiement »)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire)

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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 5 mars 2018