



---

Cour III  
C-2366/2006  
{T 0/2}

## **Arrêt du 13 mars 2007**

Composition : Juges: E. Avenati-Carpani, M. Peterli, S. Mesmer  
Greffier: M. Montavon.

**Fonds de prévoyance D.**\_\_\_\_\_, chez A.\_\_\_\_\_ SA,  
**A.**\_\_\_\_\_ SA,  
recourants, représentés par Me François Logoz, 20, av. des Mousquines, case  
postale 805, 1001 Lausanne,

**contre**

**DEPARTEMENT DES FINANCES DU CANTON DE VAUD, Autorité de  
surveillance des fondations**, rue du Valentin 10, 1014 Lausanne,  
Autorité intimée

concernant

**Placement de la fortune; prêt à l'employeur**

**Faits :**

- A. Le Fonds de prévoyance D.\_\_\_\_\_ (ci-après: le Fonds) est selon son inscription au registre du commerce une fondation dont le but est d'instituer, dans le cadre de la LPP et de ses dispositions d'exécution, une prévoyance professionnelle en faveur des employés d'A.\_\_\_\_\_ SA (ci-après: la Société), de leur famille, de leurs proches et de leurs héritiers, pour faire face aux conséquences de la vieillesse, du décès, et de l'invalidité (pce R 32).
- B. Dans une note du 7 août 2003 adressée au Conseil de fondation du Fonds, HPR SA, chargée d'examiner la possibilité pour le Fonds d'octroyer un prêt à la Société, rappela les dispositions légales topiques et considéra que l'octroi d'un prêt hypothécaire à la Société n'était possible qu'à condition que la somme des gages immobiliers existant sur l'immeuble mis en gage et le prêt envisagé ne dépassent pas le 50% de la valeur de l'immeuble (pce R 2/1). Lors de la séance du Conseil de fondation du 22 avril 2004, il fut décidé d'octroyer un prêt à la Société d'un montant de Fr. 600'000.-, moyennant la mise en garantie de cédules hypothécaires totalisant Fr. 2'675'000.-. La durée de l'amortissement du prêt était de 20 ans et le taux d'intérêt de 3.75%, soit un remboursement de Fr. 30'000.- par an (pce R 2/13). Par contrat écrit du 23 avril 2004, le Fonds consentit un prêt de Fr. 600'000.- à la Société, garanti par la remise de cédules hypothécaires totalisant Fr. 2'675'000.-, soit Fr. 1'850'000.- en premier rang et Fr. 825'000.- en deuxième rangs avec un taux d'intérêt fixé à 3.75% et un remboursement échelonné sur 20 ans à raison de Fr. 30'000.- par année (pce 2/14).
- C. Dans un courrier du 26 mai 2004 adressé au Fonds, le Département des finances du canton de Vaud, Autorité de surveillance des fondations (ci-après: l'Autorité de surveillance) résuma un entretien qui eut lieu le 18 mai 2004 dans ses locaux au cours duquel le Président du Conseil du Fonds sollicita de l'Autorité de surveillance son accord au prêt consenti à l'employeur. Dans ce courrier l'Autorité de surveillance déclara ne pas pouvoir donner de suite favorable à la requête du Fonds du fait que le prêt consenti ne respectait pas les exigences légales en matière de placement de la fortune des institutions de prévoyance selon les dispositions en vigueur au 1<sup>er</sup> avril 2004, soit notamment en raison du fait que le Fonds ne disposait pas de fonds libres lui permettant d'octroyer un prêt à l'employeur et que les cédules hypothécaires ne pouvaient être considérées comme des garanties étant donné que l'intégralité de l'immeuble grevé était affecté à des fins industrielles et/ou commerciales (pce R 2/12).
- D. Selon le "Procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire" (sic) du Conseil du Fonds du 22 juillet 2004, le taux de couverture du Fonds était de 94.4% au 31 décembre 2003 et le total des actifs et passifs de Fr. 3'130'602.01 (pce R 2/9). Lors de la séance du Conseil de fondation qui suivit ladite assemblée, en présence de représentants de la Banque Cantonale Vaudoise (ci-après: la BCV), il fut donné l'ordre à la BCV de

transférer du Fonds à la Société la somme de Fr. 600'000.- correspondant au montant du prêt octroyé. Le procès-verbal mentionne en outre que la valeur vénale de l'immeuble d'exploitation propriété de la Société est estimée par HPR SA à Fr. 3'200'000.- (pce R 2/10).

- E. Par courrier du 12 novembre 2004 adressé au Fonds, la BCV déclara ne plus souhaiter collaborer à la gestion du Fonds, puisque celui-ci avait octroyé un prêt à la Société malgré l'avis négatif émis par la BCV vu les dispositions légales entrées en vigueur au 1er avril 2004. Une copie de ce courrier fut adressé à l'Autorité de surveillance (pce R 2/8).
- F. Dans un courrier du 24 novembre 2004 adressé au Fonds concernant les comptes 2003, l'Autorité de surveillance prit note que le Fonds présentait un degré de couverture au 31 décembre 2003 de 94.4%, correspondant à un découvert technique de Fr. 230'000.-. Elle rappela au Fonds qu'il lui revenait de prendre toutes les mesures permettant de remédier à cette situation et demanda des informations complémentaires ainsi que le rapport actuariel pour l'exercice 2003 (pce R 2/6). Dans un courrier du 14 décembre 2004, le Fonds transmit à l'Autorité de surveillance copie du contrat de prêt à la Société et informa avoir retiré le mandat de gestion à la BCV pour le confier à la société HPR SA (pce R 2/5). Par courrier du 22 décembre 2004 adressé au Fonds, l'Autorité de surveillance convoqua le Conseil pour être entendu au sujet de la situation du Fonds. L'audition se tint le 14 janvier 2005 (pce 4).
- G. Par décision du 1<sup>er</sup> mars 2005, l'Autorité de surveillance constata que le Fonds avait violé les art. 57 et 58 OPP2 en octroyant un prêt à la Société et ordonna au Conseil de fondation de prendre jusqu'au 31 août 2005 toutes les mesures nécessaires afin de rétablir une situation conforme au droit. A l'appui de sa décision, l'Autorité de surveillance releva que les art. 57 et 58 OPP2 entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2004 s'appliquaient au prêt octroyé à la Société, puisque le contrat avait été signé le 23 avril 2004 et qu'en l'occurrence ledit prêt ne respectait pas les conditions légales des articles susmentionnés (pce R 2/1).
- H. Par acte du 29 mars 2005, le Fonds et la Société interjetèrent recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (ci-après: la Commission de recours LPP) contre la décision de l'Autorité de surveillance du 1<sup>er</sup> mars 2005 et conclurent à ce que la décision attaquée fut annulée et qu'un délai au 31 décembre 2005 fût octroyé au Fonds pour prendre toute mesure nécessaire afin de rétablir une situation conforme au nouveau droit. A l'appui de leur recours, le Fonds et la Société, représentés par Me Alexandre Guyaz, puis par Me François Logoz, insistèrent sur le fait que le prêt litigieux s'inscrivait dans une procédure d'assainissement de la Société et constituait une condition nécessaire à l'obtention d'un abandon de créance de la part du Crédit suisse, pour un montant de près de Fr. 2'000'000.-. De plus, les recourants soutinrent que l'accord de principe entre les parties au sujet du prêt était intervenu avant le mois d'avril 2004, de sorte que les dispositions transitoires des nouvelles prescriptions des art. 57 et 58

OPP2 étaient applicables impliquant que le Fonds devait en conséquence disposer d'un délai au 1<sup>er</sup> janvier 2006 pour se conformer aux nouvelles exigences légales. Ils affirmèrent enfin que l'Autorité de surveillance leur avait transmis une circulaire d'information au sujet des nouvelles prescriptions légales le 30 avril 2004, soit après que le contrat de prêt fut conclu par écrit de sorte que les nouvelles normes de l'OPP2 ne leur étaient pas opposables avant cette date (pce R 3).

- I. Dans sa réponse du 23 mai 2005, l'Autorité de surveillance conclut au rejet du recours. Elle releva que les recourants n'avaient fourni aucun élément démontrant que le contrat de prêt contesté fut conclu avant le mois d'avril 2004. Elle soutint encore que le prêt contesté violait tant les dispositions légales en vigueur depuis le mois d'avril 2004 que celles en vigueur antérieurement à cette date vu la situation de découvert du Fonds. Enfin, l'Autorité de surveillance releva que les dispositions légales en vigueur s'appliquaient indépendamment des circulaires d'information qu'elle émettait (pce R 14).
- J. Dans leur réplique du 24 juin 2005, les recourants persistent dans les conclusions de leur recours. Ils soutinrent que le prêt octroyé de Fr. 600'000.- était conforme aux exigences légales du droit anciennement en vigueur puisque garanti par des cédules hypothécaires d'une valeur de Fr. 2'675'000.- sur un immeuble commercial de la Société estimé à Fr. 3'200'00.-. Ils affirmèrent encore que le contrat écrit de prêt du 24 avril 2004 ne faisait que confirmer par écrit une décision qui avait été prise antérieurement (pce R 23).
- K. Dans sa duplique du 29 septembre 2005, l'Autorité de surveillance releva que le Conseil de fondation, organe d'exécution, devait prendre ses décisions par écrit, conformément à ses statuts. Dès lors, un contrat de prêt oral ne pouvait être conclu, ce d'autant plus qu'il n'existait dans le dossier aucune trace d'une telle décision antérieurement au procès-verbal du Conseil de fondation du 22 avril 2004 (pce R 30).
- L. Par décision incidente du 12 juillet 2005, la Commission de recours LPP mit à la charge des recourants une avance de frais de Fr. 2'800.- (pce R 25), dont ils s'acquittèrent dans le délai imparti (pce R 27).

## **Droit :**

- 1.
  - 1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la Loi fédérale 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 aux art. 33 et 34 LTAF. En particulier, les décisions rendues par une autorité de surveillance cantonale dans le domaine de la prévoyance professionnelle peuvent être contestées devant le Tribunal admi-

nistratif fédéral conformément à l'art. 74 al. 1 de la Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle, invalidité et survivants (LPP, RS 831.40) et à l'art. 33 let. i LTAF.

- 1.2 Les affaires pendantes devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1<sup>er</sup> janvier 2007 sont traitées par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où il est compétent. Le nouveau droit de procédure s'applique (cf. art. 53 al. 2 LTAF).
2. La décision litigieuse du 1<sup>er</sup> mars 2005 constitue manifestement une décision au sens de l'art. 5 PA. La qualité pour agir devant l'ancienne Commission de recours LPP et l'autorité de céans selon l'art. 48 al. 1 PA appartient à quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. L'intérêt digne de protection au sens où l'entend la loi peut être de nature juridique ou simplement un intérêt de fait. Il n'est pas nécessaire qu'il corresponde à celui que tend à protéger la norme dont la violation est alléguée. Il faut simplement que le recourant soit touché plus que quiconque par la décision attaquée et qu'il se trouve dans une relation particulièrement étroite et digne de considération avec l'objet du litige. 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, 2eme éd. Berne 2002; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 483 ss).

En l'espèce, le Fonds et la Société ont sans conteste un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée.

3. Selon les art. 62 al. 2 LPP et 84 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), l'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur but. En outre, conformément à l'art. 62 al. 1 LPP, elle s'assure que l'institution de prévoyance se conforme aux dispositions légales (ATF 99 Ib 259, consid. 3; Jugement de la Commission de recours LPP du 8 décembre 2000 [cause 618/99], p. 9, publié in: Revue suisse de droit des assurances sociales [RSAS 2002], p. 476 ss).
4.
  - 4.1 Selon l'art. 71 al. 1 LPP les institutions de prévoyance administrent leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidité. Les placements d'une institution de prévoyance auprès de l'employeur et leurs garanties font l'objet de dispositions restrictives aux art. 7 et 58 de l'Ordonnance du 12 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2, RS 831.441.1) qui ont été modifiées au 1<sup>er</sup> avril 2004.

- 4.2 Conformément à l'art. 57 al. 1 OPP2 en vigueur jusqu'au 31 mars 2004, la fortune ne peut être placée sans garantie chez l'employeur lorsqu'elle est liée à la couverture des prestations de libre passage et à celle des rentes en cours. L'alinéa 2 du même article précise que des placements sans garantie chez l'employeur ne sont admis que jusqu'à concurrence de 20% au plus de la fortune de l'institution de prévoyance. En vertu de l'art. 58 al. 2 let. b OPP2, sont réputées garanties les gages immobiliers jusqu'à concurrence de la moitié de la valeur vénale d'un immeuble de l'employeur qu'il affecte à des fins industrielles, commerciales ou artisanales.
- 4.3 Selon la modification du 24 mars 2004 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2004, l'art. 57 al. 1 OPP2 prévoit comme précédemment que la fortune ne peut être placée sans garantie chez l'employeur lorsqu'elle est liée à la couverture de prestations de libre passage et à celle des rentes en cours, mais l'alinéa suivant prévoit que les placements sans garantie chez l'employeur ne peuvent pas, ensemble, représenter plus de 5% de la fortune. L'art. 58 al. 2 let. b OPP2 prévoit en outre que les gages constitués sur des immeubles de l'employeur que ce dernier affecte pour plus de 50% de leur valeur à des fins industrielles, commerciales, ou artisanales ne peuvent valoir comme garantie. Les dispositions finales de la modification du 24 mars 2004 de l'OPP2 disposent que, pour les participations chez l'employeur, ainsi que pour les gages immobiliers au sens de l'art. 58 al. 2 let. b OPP2 déjà existants au moment de l'entrée en vigueur de la modification, les nouvelles limitations s'appliquent à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2006.
- 5.
- 5.1 En l'espèce, le prêt consenti par le Fonds à la société est garanti par des cédules hypothécaires sur un immeuble propriété de l'employeur affecté entièrement à des fins industrielles. Ce prêt contrevient sans conteste aux dispositions de l'OPP2 en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 2004. Par contre ledit prêt consenti antérieurement au 1<sup>er</sup> avril 2004 n'aurait pas contrevenu aux dispositions de l'OPP2 en vigueur jusque là du fait des garanties existantes alors conformes aux art. 57 et 58 OPP2 bien que le Fonds fut en situation de découvert. En effet il eut été valablement garanti comme l'exigeait l'ancien art. 57 al. 1 OPP2 et compte tenu de la limitation posée par l'art. 58 al. 2 let. b OPP2. La date de conclusion du prêt est donc décisive dans la présente cause.
- 5.2 Les recourants soutiennent que le prêt contesté avait été conclu avant le 1<sup>er</sup> avril 2004 et que ce prêt étant conforme aux exigences légales en vigueur antérieurement à cette date, un délai au 1<sup>er</sup> janvier 2006 devait être octroyé au Fonds pour se conformer aux nouvelles exigences légales.
- 5.3 De fait, le contrat de prêt écrit versé au dossier fut conclu le 23 avril 2004, sur la base de la décision du Fonds entérinée dans le procès verbal de la séance du Conseil du 22 avril 2004. Or, rien dans le dossier ne permet de faire remonter la date de conclusion du prêt contesté avant le 22 avril 2004. Comme l'énonce à raison l'intimée dans ses écritures, le Conseil de fondation est l'organe décisionnel de la Fondation, il lui appartient seul de prendre les décisions de la Fondation. Tout autre organe ne peut être que

consultatif. En particulier la fondation n'ayant pas de membres mais des bénéficiaires, elle n'a pas d'assemblée générale. Force est donc d'admettre que le prêt contesté n'était pas existant au sens des dispositions finales de l'OPP2 avant le 1<sup>er</sup> avril 2004. Dès lors, c'est à juste titre que l'Autorité de surveillance a ordonné au Fonds, dans sa décision du 1<sup>er</sup> mars 2005, de rétablir une situation conforme au droit. Quant au délai qui fut fixé au Fonds au 31 août 2005 pour ce faire, il est parfaitement conforme au principe de la proportionnalité. En effet, il y a lieu de rappeler que l'Autorité de surveillance avait déjà pris position sur le prêt contesté par courrier du 26 mai 2004 adressé au Fonds, lequel avait donc eu le temps nécessaire pour prendre les mesures qui s'imposaient depuis cette date déjà.

Mal fondé le recours doit donc être rejeté et la décision attaquée confirmée.

6.

- 6.1 En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe, soit en l'espèce les recourants. L'avance de frais de Fr. 2'800.- requise par la Commission fédérale de recours LPP l'a été conformément à l'ancienne Ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RO 1969 780). Lesdits frais fixés par l'autorité de céans à Fr. 2'800.- sont compensés par l'avance effectuée.
- 6.2 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. Rien ne justifie toutefois de s'écarter de la règle selon laquelle les autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 du Règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

1. Le recours contre la décision du 1<sup>er</sup> mars 2005 du Département des finances du canton de Vaud, Autorité de surveillance des fondations, est rejeté et la décision attaquée est confirmée.
2. Les frais de procédure de Fr. 2'800.- à charge des recourants sont compensés par l'avance de même montant effectuée.
3. Le présent arrêt est communiqué :
  - au représentant des recourants par acte judiciaire
  - à l'autorité intimée (n° de réf. 300308) par acte judiciaire
  - à l'Office fédéral des assurances sociales par acte judiciaire

**Voies de droit**

Ce jugement peut faire l'objet d'un recours dans les 30 jours à compter de sa notification au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14 (cf. art. 42, 48, 54, 100 de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [Loi sur le Tribunal fédéral; LTF], RS 173.110)

La Juge:

Le Greffier:

Elena Avenati-Carpani

Pascal Montavon

Date d'expédition :