



Arrêt du 23 juillet 2014

Composition

Christoph Rohrer (président du collège),
Daniel Stufetti, Madeleine Hirsig-Vouilloz, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

Fondation A. _____
représentée par Maître Claude Thomann,
3001 Berne,
recourante,

contre

**Autorité bernoise de surveillance des institutions de
prévoyance et des fondations (ABSPF),**
Belpstrasse 48, case postale, 3000 Berne 14
(antérieurement Office des assurances sociales et de la
surveillance des fondations du canton de Berne),
autorité inférieure.

Objet

Prévoyance professionnelle (décision du 25 novembre
2008).

Faits :**A.**

La Fondation A._____, dont le siège est à X._____ (BE), est une fondation patronale non inscrite au registre de la prévoyance professionnelle du canton de Berne. Elle a été constituée en 194_ par la société B._____ devenue C._____ SA, active dans __ et __ (cf. pce Annexes 1b et 2 au recours).

En 1989 C._____ SA a été intégrée à l'entreprise D._____ du group E._____ en même temps que l'usine F._____ AG de Y._____ (SO). Ces entreprises ont gardé après la fusion leur propre direction et gammes de produits (cf. pce 79 p. 1).

B.

Le 8 juin 2000 la Fondation A._____ a modifié ses statuts, dont l'art. 3 énonçant son but libellé comme suit (cf. pce 10):

3.1. La fondation a pour but la prévoyance professionnelle des salariés et des retraités de la société fondatrice, respectivement de l'employeur. Elle fournit des prestations et secours dans les cas suivants:

a) au salarié ou au retraité en cas de vieillesse, d'invalidité ou s'il est dans des situations de nécessité telle que maladie, accident ou chômage.

b) au salarié ou au retraité dans des situations de nécessité telle que maladie, accident, chômage ou d'invalidité touchant son conjoint, ses enfants mineurs ou incapables d'exercer une activité lucrative ou d'autres personnes dont il assure l'entretien.

c) en cas de décès du salarié ou du retraité, au conjoint survivant ou divorcé, ou à d'autres personnes dont il assumait la totalité ou la majeure partie de l'entretien au moment du décès; si de telles personnes n'existent pas, aux héritiers légaux.

d) aux assurés de la « Caisse de retraite de l'usine C._____, succursale de D._____ SA ».

3.2. Les contributions de l'employeur peuvent également être prélevées, en vertu de l'art. 331, 3e alinéa CO, sur des réserves préalablement alimentées à cet effet et comptabilisées séparément. La fondation peut verser de telles contributions à d'autres institutions de prévoyance exonérées d'impôts, auxquelles la société a adhéré ou qu'elle a créées.

Conformément au principe de l'égalité de traitement entre les salariés, la fondation peut aussi financer à l'aide de sa fortune libre des augmentations de prestations et des sommes de rachats pour les salariés de la société fon-

datrice versées à celle-ci ou à d'autres institutions de prévoyance exonérées d'impôts.

Par ailleurs, des contributions pour des mesures sociales au Fonds de garantie et des primes (part salariale comprise) peuvent aussi être versées à d'autres institutions de prévoyance exonérées d'impôts, pour autant que leur règlement le prévoie. Ces versements ne doivent toutefois pas dépasser le montant des contributions de l'employeur financées conformément à l'art. 331, 3e alinéa CO et celui des contributions des salariés.

Pour atteindre ses buts, la fondation peut conclure des contrats d'assurances ou adhérer à des contrats existants; elle doit être alors preneur d'assurance et bénéficiaire.

L'art. 4.3 des statuts a pour objet l'affectation de la fortune de la fondation:

4.3. La fortune de la fondation ne peut servir qu'à fournir des prestations ayant pour but la prévoyance; elle ne saurait être utilisée pour le versement de prestations auxquelles la société est tenue légalement ou qui sont habituellement dues en contrepartie de services rendus (par ex. allocations de renchérissement, allocations familiales ou pour enfants, gratifications, etc.).

C.

En automne 2005 le groupe E._____ (dont le siège de la société holding est à Y._____) a annoncé une réorganisation impliquant la centralisation de ses activités de _____ à Y._____ et la reconversion du site de X._____ en un centre de production de _____. Les caisses de pensions des usines de X._____ et de Y._____, inscrites aux registres de la prévoyance professionnelle respectivement des cantons de Berne et de Soleure, gérées jusque-là de manière autonome, ont été fusionnées dans le cadre de la restructuration. Le 27 avril 2006, l'Office chargé de la prévoyance professionnelle et de la surveillance des fondations du canton de Soleure a approuvé la fusion de la Pensionskasse F._____, à Y._____, et de la Caisse de retraite de l'Usine C._____ succursale de D_____ SA, à X._____, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2005.

Les fondations patronales des usines de Y._____ et de X._____ sont restées autonomes (cf. pce 79 p. 1).

D.

Début 2006 le site de X._____ fut affecté par une grève dont il s'ensuivit de nombreux licenciements de salariés (cf. pce 63). La restructuration annoncées en 2005 se poursuivit en 2007.

E.

Le 10 juillet 2007, à la suite de difficultés économiques importantes, D._____ AG, d'une part, et les représentations des ouvriers et des employés de D._____, représentées par les délégués du Syndicat Unia et de l'association Employés Suisse, d'autre part, signèrent un plan social (cf. pces 46 s.) s'appliquant, pour l'essentiel, à tous les collaborateurs des usines de Y._____ et de X._____ dont le contrat de travail a été résilié pour des raisons économiques et structurelles et, partiellement, aux collaborateurs n'ayant pas accepté l'offre de continuation des rapports de travail dans le cadre d'un reclassement (art. A4 du plan social).

Aux termes mêmes de l'art. A2 énonçant le but du plan social, celui-ci « a pour but d'amortir les conséquences directes ou indirectes de licenciements dues à une restructuration ou réorientation éventuelle/future de E._____ pour les cas de rigueur de manière aussi socialement supportable que possible ». La validité du plan social a été fixée selon l'art. A5 du 1^{er} mars 2007 au 30 juin 2009 avec une possibilité de reconduction pour une année.

Au nombre des dispositions importantes dans le cadre de la présente affaire, il y a lieu de relever:

- l'art. B1 selon lequel D._____ garantit l'ensemble des dispositions et obligations liées aux contrats de travail existants, en particulier (...) les indemnités légales de départ, conformément à l'art. 339b CO si elles ne sont pas compensées par des prestations de libre passage ou des contributions de l'employeur (art. 339d CO),
- l'art. B13 prévoyant une indemnité de départ fondée sur l'ancienneté au sein du groupe et l'âge,
- l'art. B14 selon lequel D._____ examinera le versement de prestations supplémentaires pour les cas de rigueur et les cas sociaux,
- l'art. C1 selon lequel les collaborateurs qui, au moment d'un licenciement éventuel, auront 63 ans révolus pourront être mis à la retraite anticipée selon un commun accord et bénéficier du versement par l'employeur d'une prime unique pour la cotisation épargne à la Caisse de pensions (ch. 2) et de cotisations AVS forfaitaires de 2'000.- francs par an jusqu'à l'âge de 65 ans (ch. 3),

- l'art. D3 relatif aux adjonctions et modifications du plan social prévoyant la nécessité d'un accord entre les parties contractantes.

F.

Par une décision du Conseil de la Fondation A._____ du 18 juillet 2007, il fut décidé que les coûts du plan social relativement aux prestations non contractuelles additionnelles, de l'ordre de 2'000'000.- francs, seraient financés au moyen de fonds libres de la fondation (cf. annexe 5 au recours).

G.

Par une correspondance datée du 18 juillet 2007 adressée au Service de la prévoyance professionnelle et des fondations du canton de Berne (actuellement l'ABSPF; ci-après l'Autorité de surveillance), la Commission du personnel de E._____ à X._____ informa l'autorité précitée que le budget du plan social était de quelque 2 millions de francs et concernait plus de 150 licenciements pour moitié des sites de X._____ et de Y._____ et que son financement semblait avoir été pris en charge par la Fondation A._____ dotée d'une fortune importante, ce qui n'était pas correcte s'agissant de la part du financement concernant les licenciements de l'usine de Y._____. S'opposant à ce financement, elle requit une prise de position de l'autorité de surveillance (pce 48). Par réponses des 9 et 21 août 2007, l'Autorité de surveillance indiqua qu'en principe un plan social relevait du droit du travail et devait être financé par l'employeur et non par la fortune de la Fondation A._____. Elle précisa de plus que la fusion des entreprises des sites de Y._____ et X._____ n'impliquait pas que la fortune de la Fondation A._____ soit utilisée pour un plus grand cercle de destinataires, ce qui conduirait à une extension inadmissible de ce cercle (pces 49 s.).

H.

H.a Par deux correspondances des 9 et 21 août 2007, l'Autorité de surveillance rendit attentive la Fondation A._____ que le plan social négocié par E._____ était à la charge de la société et ne pouvait être assumé par la Fondation A._____. Elle releva de plus, vu les départs intervenus à X._____, que les conditions d'une liquidation partielle de la fondation étaient remplies, ce qui nécessitait l'adoption d'un règlement de liquidation partielle soumis à son approbation. Elle requit une prise de position de la fondation quant au financement du plan social (pces 54 s.).

H.b Par réponse du 11 octobre 2007 à l'autorité de surveillance, la Fondation A._____, représentée par Me Claude Thomann, indiqua que son conseil avait approuvé le plan social du 10 juillet 2007 et accepté que la fondation participe à son financement sous réserve que E._____ garantisse par une caution bancaire solidaire le remboursement des prestations au cas où celui-ci serait requis. Elle souligna que ses buts et ceux du plan social étaient similaires et qu'il s'ensuivait dès lors que le financement du plan social était compatible avec son but si la couverture *ratione personae* de la fondation et du plan social était identique, ce qui était le cas du fait que le site de X._____ était devenu depuis son absorption une succursale de E._____ dont le siège est à Y._____, l'usine C._____ n'ayant plus d'identité propre. Elle souligna que les destinataires de la Fondation étaient les salariés et les retraités de la société fondatrice, respectivement de l'employeur, à savoir nécessairement, suite à l'absorption, E._____, ce qui impliquait un nouveau cercle de bénéficiaires constitué de l'ensemble des salariés de E._____, lesquels ne pouvaient pas, ou très difficilement, être distingués en fonction d'un site de production car les produits du groupe étaient intégrés sur les deux sites. Enfin elle nota que si le principe que la fortune suit les destinataires s'appliquait de règle, elle était également tenue par le principe de l'égalité de droits entre les salariés des sites de Y._____ et de X._____. S'agissant de la liquidation partielle évoquée par l'Autorité de surveillance, elle précisa qu'il n'y avait pas de liquidation partielle au 31 décembre 2006 suite aux licenciements intervenus après la grève illégale qui avait affecté le site de X._____ et que pour 2007 la question restait à examiner (pce 66).

H.c L'Autorité de surveillance demanda par lettre du 6 décembre 2007 à la Fondation A._____ des éclaircissements sur le type de prestations qui allaient être financées et lui donna des indications relativement à son cercle de destinataires et au mode de procéder à la liquidation partielle. Elle précisa que le plan social ne prévoyait pas d'inégalité entre les salariés des deux sites et souligna que l'employeur s'était obligé au financement des prestations (pce 68).

H.d Par correspondance du 29 février 2008, la Fondation informa l'Autorité de surveillance que sa participation au financement du plan social s'élevait à 1'891'320.- francs, pour des indemnités de départ selon les art. B13 du plan social et 3.1 let. a de ses statuts, et à 2'834.- francs pour des contributions AVS uniques selon l'art. C1 ch. 2 et 3 du

plan social et 3.1 let. a de ses statuts, soit au total à 1'894'154.- francs (pce 72).

I.

En date du 28 janvier 2008 le Conseil de la Fondation A._____ adopta son règlement relatif à la liquidation partielle (pces 75 s.) et le soumit à l'Autorité de surveillance qui par lettre du 19 septembre 2008 en proposa des modifications (pce 77; une nouvelle version du règlement fut adressée à l'Autorité de surveillance en date du 28 novembre 2008; cf. infra M).

J.

J.a Par décision du 25 novembre 2008 l'Autorité de surveillance enjoignit la Fondation A._____ a) d'exiger de E._____ le remboursement immédiat du montant de 1'891'320.- francs versé pour financer les indemnités de départ au sens de l'art. B13 du plan social du 10 juillet 2007, b) de lui faire parvenir son règlement de liquidation partielle jusqu'au 31 décembre 2008 et c) mit les frais de sa décision par 818.- francs à la charge de l'institution de prévoyance.

J.b Après avoir établi un rappel des faits évoqués supra mettant l'accent sur la restructuration du groupe intervenue en 2005 ayant impliqué les usines de X._____ et de Y._____, l'adoption du plan social de 2007 par lequel l'employeur s'était engagé au versement de prestations, et sa communication à la Fondation A._____ que celle-ci ne pouvait assumer financièrement les prestations en question, l'Autorité de surveillance fonda sa détermination. Elle rappela préliminairement sa compétence de surveillance s'agissant de fondations de prévoyance non enregistrées. Elle fit valoir que la nature juridique d'un plan social dépendait de ses parties signataires et releva que la Fondation A._____ n'en était pas signataire. Se référant aux parties contractantes du plan social, soit, d'une part, E._____, conseillé par Swissmem, et, d'autre part, la représentation des travailleurs compétente, c'est-à-dire les commissions des ouvriers et des employés des usines de X._____ et de Y._____, représentées par les délégués du Syndicat Unia et de l'association Employés Suisse, elle indiqua que les mesures qui figuraient au plan social devaient être considérées comme un règlement d'entreprise au sens de l'art. 38 al. 3 de la loi fédérale sur le travail adopté dans le cadre de la convention collective de travail existante de sorte que les droits qui en découlaient étaient analogues à ceux opposables à l'employeur E._____ dans le cadre d'un contrat de travail,

l'employeur s'étant par ailleurs lui-même engagé. Elle souligna que l'art. 4.3 de l'acte de fondation prévoyait expressément que la fortune de la fondation ne pouvait être utilisée pour le versement de prestations auxquelles la société était tenue légalement ou qui étaient habituellement dues en contrepartie de services rendus.

J.c Se déterminant sur l'allégation de la Fondation A._____ selon laquelle les importantes similarités entre l'acte de fondation et le plan social, tant relativement aux prestations versées qu'aux personnes touchées, justifiaient le financement provenant de la fortune et des fonds libres de la fondation, elle indiqua que la détermination de la Fondation ne pouvait être admise. Elle nota par ailleurs que l'affirmation selon laquelle il était impossible de délimiter les salariés en relation avec l'un des sites de production ne pouvait être suivie et qu'une distinction n'irait pas à l'encontre du principe d'égalité de traitement car les employés du site de Y._____ n'avaient pas d'expectatives envers la fondation A._____ contrairement à ceux du site de X._____. Elle précisa que les indemnités de départ avaient un caractère de prévoyance lorsqu'elles visaient exclusivement et irrévocablement à atténuer les conséquences financières liées à l'âge, à l'invalidité et au décès et qu'en l'occurrence les indemnités de départ selon l'art. 13B du plan social devaient être considérées comme des dommages-intérêts pour la perte d'emploi subie incompatibles avec les art. 3 et 4.3 de l'acte de fondation.

J.d Evoquant la restructuration survenue, l'Autorité de surveillance releva que celle-ci n'empêchait pas l'application du principe selon lequel la fortune d'un fonds de prévoyance suit le personnel pour lequel elle a été constituée et indiqua que le fait que l'ancienne usine C._____ ne disposait plus de la personnalité juridique n'était pas déterminant. Elle nota que jusqu'à fin 2004 les salariés de l'usine C._____ étaient regroupés dans une caisse de pensions et que dès lors l'argument selon lequel il serait difficile de déterminer qui étaient les travailleurs du site en question n'était pas recevable, la difficulté relative n'étant pas une raison d'élargir le cercle des destinataires de manière non admissible.

J.e Enfin, l'Autorité de surveillance réserva sa détermination sur la question de l'existence ou non d'une liquidation partielle à fin 2006 (pce 79).

K.

K.a La Fondation A._____, représentée par Me C. Thomann, interjeta recours contre cette décision en date du 24 décembre 2008 auprès du Tribunal de céans concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de l'injonction du remboursement à elle-même requis et à l'annulation des frais de la décision attaquée (pce TAF 1).

K.b La Fondation A._____ fit valoir que E._____ avait conclu le 10 juillet 2007 avec les représentants des salariés un plan social prévoyant des indemnités de départ pouvant être complétées par des prestations complémentaires pour les cas de rigueur et sociaux selon les art. B13 et B14 en faveur des collaborateurs des usines de X._____ et Y._____ affectés par les licenciements consécutifs et à venir dans le cadre de la restructuration. Elle indiqua que par décision du 18 juillet 2007 de son Conseil elle s'obligea au financement des coûts des prestations non contractuelles additionnelles du plan social par l'usage de fonds libres, soit celles visées par les art. B13 et C1 portant sur les indemnités de départ et les prestations de retraites anticipées par 1'891'320.- francs, dont 325'150.- francs concernant 8 personnes ayant été mis en retraite anticipée. Se référant à sa prise de position du 11 octobre 2007, elle maintint le bien-fondé du financement du plan social en raison de la similarité des buts dudit plan et des buts de la fondation ainsi que du cercle des destinataires. Elle nota que le montant de 2'834.- francs relativement à des contributions AVS n'avait pas été déclaré comme devant être remboursé.

K.c Elle fonda l'annulation des points contestés de la décision attaquée en invoquant une constatation incomplète des faits, la violation du droit, et l'inopportunité de la décision.

K.c.a Au plan des faits, la Fondation releva que l'Autorité de surveillance n'avait pas examiné qui étaient les destinataires des prestations versées et qu'en l'occurrence elle n'avait pas pris en compte qu'un montant de 325'150.- francs, à titre de prestations de prévoyance, avait été alloué à des personnes ayant pris une retraite anticipée, fait qui en lui-même justifiait l'annulation de la décision attaquée.

K.c.b Au plan de la violation du droit, la Fondation souleva le grief que la décision attaquée avait été prise au mépris de la maxime inquisitoire

du fait que le caractère de prévoyance des prestations n'avait pas été relevé. Elle indiqua qu'il n'y avait pas de désaffectation à son but de la fortune libre de la fondation, que les prestations du plan social ne tombaient pas sous le coup de l'interdiction d'affectation énoncée à l'art. 4.3, 2^{ème} phrase des statuts de la fondation car elles étaient effectivement des prestations et secours aux salariés ou aux retraités en cas de vieillesse, d'invalidité, de situation de nécessité prévues par l'art. 3.1 let. a des statuts de la fondation et similairement par le plan social à l'art. A2 al. 1. Elle nota que des interrelations entre un plan social et les allocations d'une institution de prévoyance étaient juridiquement possibles permettant de prendre en compte les prestations de l'un et de l'autre dans l'appréciation d'un ensemble de prestations. Elle considéra que même s'il y avait lieu de suivre l'autorité intimée considérant que le but de la fondation se limitait à la prévoyance professionnelle, les prestations du plan social allouées aux retraités anticipés devaient être considérées comme conformes au but de la fondation, nécessitant ainsi la validation d'un montant de 325'150.- francs versé aux 8 personnes concernées par une retraite anticipée sur le montant total devant être remboursé, cas échéant. Elle indiqua que la décision de son conseil d'assumer le coût du plan social par l'usage de fonds libres relevait de son autonomie et d'une reprise privative de dette. Elle indiqua que les prestations en argent n'étaient pas hautement personnelles excluant la prestation d'un tiers. Enfin, elle fit valoir que la dénomination « Usine C. _____ » dans le nom de la Fondation A. _____ n'avait plus de signification depuis l'intégration de l'entreprise en 1989 dans le groupe, que l'usine de X. _____ n'avait pas d'identité juridique propre, que l'art. 3.1 de ses statuts faisait référence aux salariés de la société fondatrice, respectivement de l'employeur, et qu'en l'occurrence l'employeur était E. _____ dont l'usine de X. _____ n'était qu'une partie économique et juridique de E. _____ dont le siège est à Y. _____. Elle souligna qu'il s'ensuivait que l'ensemble des employés et préretraités de E. _____ était dès lors les destinataires de la fondation indépendamment de leur lieu d'activité.

K.c.c Sur le plan de l'inopportunité de la décision attaquée, la Fondation A. _____ déplora une interprétation grammaticale de ses statuts quant au but et quant au cercle des bénéficiaires. Elle fit valoir que les fondations patronales allouaient leurs prestations, contrairement aux fondations de la prévoyance professionnelle, selon les besoins concrets des cas particuliers et que le pouvoir d'appréciation de son conseil n'était limité que par le but de ses

statuts, ce que devait accepter les autorités de surveillance, qu'en l'occurrence le financement du plan social rentrait dans le cadre d'une interprétation possible de ses statuts.

L.

Par décision incidente du 27 février 2009, le Tribunal de céans requit de la Fondation A._____ une avance sur les frais de procédure de 8'000.- francs, montant dont elle s'acquitta le 5 mars suivant (pces TAF 2-4).

M.

Invitée par le Tribunal de céans à se déterminer sur le recours, l'Autorité de surveillance répondit en date du 15 juin 2009 et conclut à son rejet. Elle indiqua (nouvellement) que le plan social du 10 juillet 2007 conclu par E._____ et une association de travailleurs avait la nature juridique d'une convention collective. Elle souligna que E._____ était seule débitrice des dédommagements et indemnités prévus par le plan social et qu'un financement par la Fondation A._____ était contraire tant à la loi qu'à l'acte constitutif de cette institution patronale. Elle souligna que le cercle des destinataires de la Fondation A._____ ne pouvait être étendu du fait que son patrimoine suivait ses destinataires indépendamment du fait que l'usine C._____ n'avait plus de personnalité juridique propre et que les caisses de pensions des usines de X._____ et de Y._____ avaient fusionné avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2005, alors que, fait plus déterminant, les fondations patronales de ces deux usines étaient restées distinctes. Elle indiqua par ailleurs que la Fondation A._____ lui avait transmis pour approbation son règlement de liquidation partielle en date du 28 novembre 2008, que celui-ci avait été approuvé par décision du 30 avril 2009, et qu'il y avait lieu de relever au vu de la dénomination « Fondation en faveur du personnel de l'usine C._____, succursale de D._____, Règlement relatif à la liquidation partielle » que ce règlement visait exclusivement et univoquement le personnel de l'usine C._____. Se référant à la décision du Conseil de fondation du 17 juillet 2007, l'Autorité de surveillance confirma qu'elle dépassait manifestement le pouvoir de décision du conseil en rendant bénéficiaires de ses fonds libres des personnes qui n'en étaient pas destinataires, violant ainsi un principe élémentaire de la prévoyance professionnelle. Elle conclut ainsi à la confirmation du remboursement à elle-même requis et joignit à son envoi la copie d'une correspondance datée du 6 décembre 2007 adressée au représentant de la Fondation A._____ apportant quelques explications complémentaires en marge de l'affaire en cause et relevant qu'il n'y avait pas d'inégalité de traitement entre les collaborateurs de X._____ et de

Y._____ du fait que les prestations du plan social étaient dues par l'employeur (pce TAF 8).

N.

Invitée à répliquer, la Fondation A._____ maintint, en date du 12 février 2010, les conclusions de son recours. Elle releva à nouveau que l'autorité intimée avait violé son devoir d'instruction en n'établissant pas complètement les faits notamment relativement aux montants versés aux collaborateurs préretraités totalisant 325'150.- francs. Pour le reste elle reprit ses griefs tels qu'énoncés dans son recours, soulignant le caractère de prévoyance des prestations financées et le fait que l'Autorité de surveillance devait valider sa liberté d'appréciation et de décision dans le cadre de ses buts de prévoyance dont les prestations financées faisaient partie (pce TAF 14).

O.

Invitée à dupliquer en date du 30 août 2010 (pce TAF 15), l'Autorité de surveillance dans son écrit du 13 octobre 2010 maintint ses conclusions. Elle rejeta le grief de n'avoir pas pris en compte l'état de fait complet de la cause. Elle souligna qu'il découlait de la nature juridique du plan social conclu, à savoir celle de contrat à rapprocher d'une convention collective de travail, que les prestations qui y étaient prévues étaient dues par E._____ dans le cadre de ses obligations d'employeur. Elle indiqua qu'un plan social relevant du droit du travail, il ne permettait pas l'inclusion de prestations de nature non contractuelle par la fondation de prévoyance. Elle souligna de plus que tant les prestations allouées que le cercle des bénéficiaires contrevenaient à la loi et aux statuts de la Fondation A._____, quelque soit l'interprétation qui pouvait en être proposée (pce 18).

P.

Par acte du 3 novembre 2010, le Tribunal de céans communiqua la duplique de l'Autorité de surveillance à la Fondation A._____ pour connaissance (pce 19).

Q.

Par requête du 25 novembre 2011, la recourante, indiquant être en sursis concordataire [recte: un sursis concordataire a été prononcé le 20 septembre 2011 concernant D._____], fit valoir la possibilité d'un accord extra-judiciaire dans la cause dont était recours et sollicita une suspension de procédure (pce TAF 22). Requis de se déterminer sur la demande, l'Autorité de surveillance se prononça favorablement en date du 30

janvier 2012 (pce TAF 26). Par décision incidente du 3 avril 2012 le Tribunal de céans prononça la suspension de la procédure avec une clause de reprise de celle-ci à la requête de l'une des parties (pce TAF 28).

R.

R.a Par acte du 21 novembre 2013 l'Autorité des surveillance requit la levée de la suspension de la procédure et la continuation de celle-ci. Elle fit valoir en substance qu'à la suite des développements du sursis concordataire, des démarches entreprises en vue de la vente par E._____, devenue depuis le 10 janvier 2013 G._____, AG, de ses sites industriels [en fait le site de X._____] à une entreprise étrangère, de la modification de la nature de la garantie de la créance de la Fondation A._____, [cf. supra H.b] envers G._____, AG intervenue entre-temps, ayant passé le 27 mai 2010 d'un cautionnement solidaire à une lettre de créance, et de l'homologation d'un concordat par abandon d'actif de G._____, AG en date du 11 septembre 2013, dont il était résulté la dissolution de la société sous la raison sociale G._____, AG in Nachlassliquidation, il y avait lieu que le Tribunal de céans rende avec quelque urgence sa décision en la cause (pce TAF 36). L'Autorité de surveillance joignit à sa requête, entre autres documents, d'une part, une correspondance de E._____ à elle-même du 21 novembre 2012 indiquant notamment que la créance avait été garantie par une lettre de créance au porteur d'un montant de 2 millions de francs en 1^{er} rang sur un immeuble du site de X._____, que des prestations du plan social avaient été versées pour un montant de 1'673'420.30 francs répartis à raison de 775'062.10 francs pour des collaborateurs du site de Y._____ et de 898'358.20 francs pour des collaborateurs du site de X._____, proposant le remboursement du montant correspondant aux prestations versées aux collaborateurs du site de Y._____ en la forme d'une créance colloquée en 1^{ère} classe et l'aval des prestations versées aux collaborateurs du site de X._____, et, d'autre part, sa réponse négative du 6 mars 2013 indiquant notamment que les prestations d'un plan social sont à la charge de l'employeur.

R.b Le Tribunal de céans invita la recourante à se déterminer sur la levée de la suspension par ordonnance du 10 décembre 2013, précisant qu'en principe l'arrêt serait rendu sans autres mesures d'instruction (pce TAF 37). La recourante, par acte du 23 décembre 2013, agréa à ladite levée sous réserve d'un échange d'écritures clarifiant la situation depuis la suspension de la procédure. Elle fit valoir que depuis la décision attaquée près de 6 ans s'étaient écoulés. Elle précisa que le montant du rembour-

sement à elle-même, cas échéant, ne se montait effectivement pas à 1'891'320.- francs mais à 1'423'420.30 francs et réitéra ses conclusions d'annulation dudit remboursement et des frais afférents de la décision attaquée. S'agissant du montant précité, elle indiqua avoir bénéficié d'un remboursement de 250'000.- francs dans le cadre de la libération de la lettre de créance au porteur et de la collocation (pendante) de la créance en 1^{ère} classe dans le cadre du sursis concordataire. Enfin la recourante releva qu'avec le transfert de l'entreprise à l'entité étrangère en janvier 2013 avec la reprise de l'ensemble des collaborateurs par cette entité, le cercle des destinataires de la recourante s'était sensiblement restreint. Elle indiqua qu'en l'occurrence restaient comme destinataires que les personnes déjà pensionnées de G._____ AG en liquidation concordataire à X._____ et que le remboursement du montant en question conduirait à une répartition de celui-ci entre elles sans qu'elles ne soient en situation de cas de rigueur, contrairement aux conditions statutaires. Elle joignit à sa détermination ses comptes annuels 2012 dont l'annexe aux comptes mentionne "Der potenzielle Destinatärskreis bezieht sich auf Arbeitnehmer und ehemalige Arbeitnehmern des Werks X._____. Der Destinatärskreis würde sich per 31. Dezember 2012 somit auf rund 115 aktiv Versicherte (Vorjahr 125) und 220 Rentenbezüger (Vorjahr 230) belaufen", la situation pendante du litige dont est recours et le fait, vu le remboursement de 250'000.- francs, d'une créance éventuelle de au plus 1'673'420.30 francs dont à déduire ledit montant de 250'000.- francs (pce TAF 41). Par un complément du 24 décembre 2013 la recourante produisit un récapitulatif des montants versés dans le cadre du plan social faisant état à mi mai 2009 du montant de 1'673'420.30 francs (pce TAF 43).

R.c Par acte du 24 décembre 2013, le liquidateur de G._____ AG in Nachlassliquidation, également invité par l'ordonnance du 10 décembre 2013 à se déterminer sur la reprise de la procédure, communiqua ne pas s'y opposer et appuya la nécessité d'un nouvel échange d'écritures vu le temps écoulé depuis la décision dont est recours. Il précisa que seul le site de X._____ avait été vendu à l'entreprise étrangère, laquelle y était active par l'entremise d'une filiale suisse du groupe I._____, que la liquidation de G._____, vu sa complexité, allait prendre plusieurs années, que la garantie de la créance de la Fondation A._____ envers G._____ AG était meilleure qu'auparavant, qu'au vu de l'actuel cercle restreint des destinataires de la Fondation A._____, compte tenu de la vente de l'entreprise à I._____, le remboursement du montant litigieux à la Fondation A._____ conduirait à un résultat inapproprié, soit à la répartition du montant en question aux retraités sans que ceux-ci soient en situation difficile, lésant ce faisant grandement les créanciers de

G._____. En tant que liquidateur de G._____, et dans les intérêts des parties concernées, il défendit l'adoption d'une solution telle que proposée par la recourante dans une correspondance du 21 novembre 2012 à l'Autorité de surveillance [cf. supra R.a in fine] ou à l'admission du recours (pce TAF 42).

R.d Par décision incidente du 10 février 2014 le Tribunal de céans leva la suspension de procédure et invita la recourante, selon sa requête, à faire part de ses dernières déterminations dans la cause, ce dans un délai dix jours (pce TAF 44).

S.

Par acte du 19 février 2014, la recourante fit connaître ses dernières déterminations. Pour l'essentiel et concernant matériellement l'objet du litige dont est recours, d'autres éléments de fait et des considérations se rapportant à la situation des parties intéressées subséquente à la décision attaquée n'étant pas relevées, indiqua que le montant litigieux était de 1'423'420.30 francs et non pas de 1'891'320.- francs. Elle releva dans son écriture, en substance, que vu le temps écoulé depuis la décision attaquée, il y avait lieu de se prononcer également en opportunité et proposa des modalités pour ce faire. Elle souligna notamment que vu le cercle restreint actuel des destinataires de la Fondation A._____, à savoir des retraités sans situation de cas difficile, il était préférable de privilégier les créanciers de l'employeur en liquidation concordataire (pce TAF 48).

T.

Invitée à se déterminer sur cette dernière prise de position, l'Autorité inférieure par acte du 29 avril 2014 maintint sa position de lever la suspension de la procédure et invita le Tribunal de céans à rendre son arrêt au plus vite vu les importants changements intervenus depuis ladite suspension de procédure. Sur le fond elle maintint les conclusions de sa décision du 25 novembre 2008. Elle releva que le recours pendant bloquait à la fois la liquidation de l'ancienne E._____ et le plan de répartition de la Fondation A._____ (pce TAF 51).

U.

Par ordonnance du 29 avril 2014 le Tribunal de céans porta la détermination de l'Autorité inférieure à la connaissance de la recourante et du liquidateur de G._____ AG in Nachlassliquidation (pce TAF 52).

Droit :**1.**

1.1. Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations (auparavant en date de la décision dont est recours: l'Autorité de surveillance des institutions de la prévoyance et des fondations du canton de Berne) en matière de fondation de prévoyance tant professionnelle que patronale avec buts de prévoyance (arrêt du TF 9C_36/2012 du 3 décembre 2012 consid. 5) peuvent être contestées devant le Tribunal de céans conformément à l'art. 33 let. i LTAF en combinaison avec l'art. 74 al. 1 LPP (RS 831.40).

1.2. La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

1.3. 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; le recourant doit être touché directement et non de manière indirecte ou médiate (ATF 135 I 43 consid. 1.4 , ATF 135 II 145 consid. 6.2, ATF 125 II 497; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, 3^{ème} éd. 2011, p. 727 ss; THIERY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n° 1363 s.).

1.4. Déposé dans les formes et le délai 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.

2.

Le recours est interjeté contre la décision du 25 novembre 2008 de l'Autorité de surveillance a) enjoignant la Fondation A._____ d'exiger de E._____ le remboursement immédiat d'un montant de 1'891'320.- francs versé pour financer les indemnités de départ au sens de l'art. B13

du plan social du 10 juillet 2007, b) requérant de la fondation qu'elle lui fasse parvenir son règlement de liquidation partielle jusqu'au 31 décembre 2008 et c) mettant les frais de ladite décision à sa charge par 818.- francs. Il tend à l'annulation des points a et c de la décision attaquée, le point b n'étant pas contesté. La Fondation A._____ a adressé à l'Autorité de surveillance son Règlement de liquidation partielle le 28 novembre 2008, lequel a été avalisé par l'Autorité de surveillance le 30 avril 2009.

Il sied de relever que l'Autorité de surveillance a réservé dans ses écritures à l'adresse de la Fondation A._____ sa détermination quant à d'éventuelles liquidations partielles de l'institution de prévoyance patronale relativement aux licenciements intervenus fin 2006 et courant 2007. Ce point ne fait partie ni de l'objet de la contestation, ni de l'objet du litige. Par ailleurs, il sied également de préciser qu'à la suite de la suspension de la procédure selon la décision incidente du 3 avril 2012, il est apparu par la requête de reprise de celle-ci de l'Autorité de surveillance que la nature de la garantie de la créance de la fondation A._____ envers l'actuelle G._____ AG in Nachlassliquidation a été modifiée (voir supra H.b, R.a et R.b) laissant ouverte la question d'une éventuelle péjoration de la situation du cercle des destinataires de la Fondation A._____. Cette question n'est également pas objet du recours, elle pourrait relever de la responsabilité du conseil d'administration de la Fondation A._____ si le remboursement ne devait pas intervenir dans la mesure du montant effectivement dû alors qu'il était initialement garanti à la connaissance du Tribunal de céans lors de la décision incidente de suspension de procédure en date du 3 avril 2012.

3.

Le droit applicable au fond est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminant se sont produits (ATF 137 V 105 consid. 5.3.1, ATF 136 V 24 consid. 4.3). En particulier les nouvelles dispositions en matière de plans sociaux (art. 335h-k CO) entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2014 ne sont pas applicables. De même la jurisprudence inaugurée par l'ATF 138 V 346 du 30 août 2012 selon laquelle les fonds patronaux doivent se doter d'un règlement de liquidation partielle/totale n'est pas prise en compte dans le présent arrêt. Selon la jurisprudence, le juge n'a en principe pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la détermination de la décision litigieuse (ATF 129 V 1 consid. 1.2). En matière de prévoyance professionnelle, le Tribunal de céans apprécie la légalité des décisions attaquées d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement et ayant modifié cette

situation doivent faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (cf. arrêt du TAF C-4096/2010 du 6 janvier 2012 consid. 3 avec réf., arrêt du TAF C-4150/2012 du 28 octobre 2013 consid. 4).

4.

Le Tribunal administratif fédéral examine les décisions qui lui sont soumises avec un plein pouvoir de cognition. Le recourant peut invoquer selon l'art. 49 PA non seulement le grief de violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que celui de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, mais aussi l'inopportunité de la décision prise. Il en découle que le Tribunal de céans n'a pas seulement à déterminer si la décision de l'administration respecte le droit, mais également si elle constitue une solution adéquate eu égard aux faits (ANDRÉ MOSER ET ALII, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^{ème} éd. 2013, n° 2.184 ss; JÉRÔME CANDRIAN, *Introduction à la procédure administrative fédérale*, 2013, n° 95, 153, 189). Le Tribunal ne substitue cependant pas son appréciation à celle de l'autorité inférieure exercée dans le cadre légal (cf. arrêt du TAF C-4150/2012 du 28 octobre 2013 consid. 3.2). Par ailleurs, le Tribunal n'est en aucun cas lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 62 al. 4 PA). Il peut s'écarter des considérants juridiques de la décision attaquée aussi bien que des arguments des parties.

5.

5.1. La Fondation A._____ recourante est une fondation patronale de bienfaisance ne participant pas à l'application du régime de l'assurance obligatoire en matière LPP et de ce fait non inscrite au registre de la prévoyance professionnelle (cf. l'art. 48 al. 1 LPP). En tant que fondation patronale allouant des prestations discrétionnaires en rapport avec les risques de vieillesse, survivants et invalidité, elle est une "institution servant à la prévoyance" expressément visée par l'art. 61 LPP (JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, in: *Schneider et alii [Edit.], LPP et LFLP*, 2010, ad intro, n°216 ss). Vu sa forme juridique et ses buts statutaires, elle est soumise au droit des fondations (art. 80 ss CC) et en particulier à l'art. 89a al. 6 CC pour nombre d'aspects dont notamment sa surveillance et, cas échéant, sa liquidation partielle et totale (voir not. ATF 138 V 346, toutefois cette nouvelle jurisprudence indiquant la nécessité d'un règlement de liquidation partielle/totale pour les fonds patronaux n'était pas connue au moment des faits déterminants). Partant la compétence de l'autorité inférieure de lui enjoindre le maintien de ses fonds en vue de leur destination statutaire est in abstracto donnée (art. 89a al. 6 ch. 12 CC). Le fait de n'allouer que

des prestations discrétionnaires en matière de prévoyance professionnelle n'exclue pas l'application des règles spécifiques de la LPP auxquelles renvoie l'art. 89a al. 6 CC dans la mesure de leur applicabilité vu l'octroi de seules prestations discrétionnaires (voir pour le droit actuel l'arrêt du TF 9C_36/2012 du 3 décembre 2012 consid. 2.1 et 5).

5.2. Le but des fondations patronales servant à la prévoyance doit clairement indiquer la vocation de l'institution au sens de l'art. 61 LPP afin de pouvoir bénéficier de l'exonération fiscale au sens de l'art. 80 LPP. Elles ne peuvent du fait de leur vocation fiscalement reconnue effectuer des prestations qui relèveraient par nature de l'employeur (FRANZISKA BUR BÜRGIN, Wohlfahrtsfonds, Vorsorgeeinrichtungen im luftleeren Raum ? in: Hans-Ulrich Stauffer [Edit], Berufliche Vorsorge im Wandel der Zeit, 2009, p. 74). Dans leurs activités elles doivent respecter les règles de la bonne foi, l'interdiction de l'arbitraire, le principe de l'égalité de traitement et ne pas commettre d'abus de droit, principes qui trouvent application en droit privé des fondations (ATF 119 Ib 46 consid. 4c; ATF 110 II 1436 consid. 4; arrêt du TF 2A.402/2005 cité consid. 3.2; BUR BÜRGIN, op. cit., p. 80 ss).

Il est admis que le conseil d'une fondation patronale a un large pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l'activité de la fondation et de prestations non réglementaires versées à ses bénéficiaires selon les statuts de l'entité (cf. arrêt du TF 2A.402/2005 cité consid. 3.2 et les réf.), mais le conseil ne dispose toutefois pas d'un pouvoir entièrement discrétionnaire en matière d'attribution de prestations, plus généralement d'affectation de sa fortune au but de prévoyance conformément à l'art. 84 al. 2 CC (SCHNEIDER in: LPP et LFLP, Intro n° 219). Il est lié par les principes généraux précités qui constituent les bases d'appréciation de l'autorité de surveillance qui se doit toutefois de respecter le principe d'autonomie de la fondation (cf. ATF 108 II 352).

5.3. Le cercle des bénéficiaires des fondations patronales est défini par son acte constitutif ou ses statuts. Il est de règle les salariés et retraités de l'entreprise fondatrice. En cas de restructuration de l'entreprise fondatrice impliquant une liquidation partielle de son institution de prévoyance professionnelle, le principe selon lequel les fonds libres de l'institution de prévoyance suivent le personnel s'applique de règle également aux fondations patronales dans le cadre d'une liquidation partielle (ATF 110 II 436; voir ég. SCHNEIDER in: LPP et LFLP, Intro n° 221; avis moins restrictif: ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Gleichbehandlung bei Teil- und Gesamtliquidationen in: Hans-Ulrich Stauffer [Edit.], Berufliche Vorsorge im Wandel der Zeit, 2009, p. 279, 292) à moins de prestations compensatri-

ces de la part notamment de l'employeur énoncées comme telles en lieu et place de celles de la fondation patronale.

5.4. La fortune d'une fondation patronale ayant un but de prévoyance ne peut qu'être affectée à des fins de prévoyance, la fondation ne peut prévoir d'autres fins. Les fonds ne peuvent en aucun cas être utilisés aux fins de financer des prestations dues par l'employeur du fait des contrats de travail ou résultant d'un plan social, qui par nature relèvent des obligations de l'employeur (indemnités de départ, salaires sur quelques mois, différentiels salariaux sur une période donnée, aides financières au déménagement et de formation professionnelle, etc.) en raison de motifs fiscaux (voir infra consid. 7.4.3).

5.5. Cas échéant, s'il est fait recours aux ressources d'une fondation patronale, ou aux fonds libres d'une institution de prévoyance professionnelle, pour le financement de prestations dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan social (cf. infra consid. 7.4.1), le but de prévoyance des prestations doit être rempli (par ex. s'agissant du financement d'un pont AVS ou d'améliorations de prestations de prévoyance) et les parties concernées (employeur, représentations des salariés, syndicats, directions [paritaires] des institutions de prévoyance) doivent clairement établir selon les règles de transparence les modalités et l'étendue du financement. Ceci résulte du fait que la fondation patronale ne jouit pas d'une totale liberté discrétionnaire quant à l'utilisation des fonds constitués par affectation fiscale privilégiée et dont les destinataires sont exclusivement les salariés et retraités, et non l'employeur (par substitution de débiteur de prestations versées aux salariés), ce qui constituerait un abus de droit à caractère fiscal (cf. SCHNEIDER in: LPP et LFLP, Intro n° 223 et art. 1 LPP n° 11).

6.

6.1. Les procédures de licenciements collectifs intervenant dans des entreprises d'une certaine importance, telles que visées à l'art. 335d CO, s'accompagnent généralement, et obligatoirement depuis le 1^{er} janvier 2014 si certaines conditions sont remplies (art. 335h-k CO in casu non applicables), d'un plan social. Le CO n'impose cependant pas à l'employeur le paiement de prestations supplémentaires autres que celles qui sont ordinairement prévues par les contrats individuels de travail. En effet le plan social tant avant que depuis la révision n'était / n'est pas expressément régi quant à son contenu par la législation (ATF 133 III 213 consid. 4.3; CHRISTINE SATTIVA SPRING, Quelle nature juridique pour le plan

social? in: Rémy Wyler [Edit], Panorama en droit du travail, 2009, p. 247 s., 250 et les actuels art. 335h-k CO).

6.2. Les prestations d'un plan social tendent à l'allocation de prestations volontairement offertes par l'employeur ou négociées avec la représentation des travailleurs ou un syndicat en vue d'atténuer les conséquences économiques d'un licenciement collectif pour motifs économiques (ATF 133 III 123 consid. 4.3, ATF 132 III 32 consid. 6.1; SATTIVA SPRING, op. cit., p. 248). Il porte sur des aides diverses et des moyens financiers généralement directement utilisables. Les prestations résultant d'un plan social doivent être établies, de règle, conformément au principe de l'égalité de traitement. Ce qui signifie que les critères d'allocation de prestations doivent être définis de manière objective en traitant de manière égale les travailleurs qui se trouvent dans une situation comparable et de manière différenciée ceux qui se trouvent dans des situations économiques d'âges, d'ancienneté, de position hiérarchique, de statut salarial, de statut familial différents (RÉMY WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., 2008, p. 481 s.; il n'est pas fait référence dans cet arrêt à la 3^{ème} éd. 2014 de WYLER/HEINZER de cette publication vu l'état de fait déterminant de 2008 et le droit réviser des plans sociaux au 1^{er} janvier 2014).

7.

7.1. Le contenu d'un plan social fait l'objet en pratique d'un document écrit dont les prestations sont diverses. Comme la législation ne régit pas le plan social quant à son contenu, celui-ci est laissé à la libre volonté des parties contractantes. Il n'existe pas de plan social type du fait de leurs grandes diversités et de leur caractère facultatif. La norme minimale de la loi alors en vigueur (art. 335f CO) était uniquement que la représentation des travailleurs pouvait proposer la négociation d'un plan social dans le cadre de la procédure de consultation qui accompagne un licenciement collectif (ARTHUR ANDERMATT ET ALII, Droit collectif du travail, 2010, p. 149). Sans être un devoir, le plan social s'inscrivait alors dans les modalités d'assistance de l'employeur dont on peut économiquement attendre un soutien financier dans le cadre d'une restructuration (ANDERMATT ET ALII, loc. cit. se référant à l'ATF 132 III 115 et à l'arrêt du TF 4C.77/2007 du 26 juin 2007 consid. 3.2 non publié à l'ATF 133 III 512). Le plan social peut comprendre par exemple des prestations portant sur une assistance au réemploi et à la formation professionnelle, des modalités de résiliation anticipée du contrat de travail favorables aux reclassements des travailleurs, des aides matérielles au déménagement, le paiement de différentiels

salariaux pendant un certain temps, le paiement d'indemnités de licenciement en fonction de l'âge, de la situation familiale et des années de service, le paiement de ponts AVS, un plan de retraites anticipées (cf. ATF 133 III 213 consid. 4.3, 130 V 18 consid. 3.2 i.f. et les réf.; ANDERMATT ET ALII, op. cit., p. 150).

7.2. La nature juridique des plans sociaux dépend des parties contractantes. S'il est négocié et conclu par l'entreprise avec une association de travailleurs, telle qu'un syndicat, il constitue une convention collective de travail au sens de l'art. 356 CO (ATF 130 V 18 consid. 2.3); s'il est conclu avec une représentation des travailleurs instituée conformément à la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation des travailleurs, RS 822.14), laquelle ne dispose pas de la personnalité juridique, il est un engagement bilatéral obligatoire assimilable à un règlement d'entreprise et fait partie intégrante du contrat individuel de travail de chacun des travailleurs, duquel l'employeur et les travailleurs représentés peuvent déduire des droits et des obligations; s'il est conclu avec un ou plusieurs travailleurs collectivement représentés, il peut prendre la forme d'un accord bilatéral se greffant aux contrats individuels de travail; s'il est conclu par une délégation librement élue de travailleurs conformément à l'art. 37 al. 4 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr, RS 822.11), il prend la forme d'un règlement d'entreprise une fois rendu public, conformément à l'art. 39 al. 2 LTr, et ses dispositions complètent les contrats individuels de travail; enfin le plan social peut également résulter d'un engagement unilatéral de l'employeur, dans ce cas ses dispositions, si elles sont acceptées par les travailleurs, font partie intégrante de leur contrat individuel de travail (voir ATF 133 III 213 consid. 4.3.1, 4.3.2 et 6.1; WYLER, op. cit., p. 484, SATTIVA SPRING, op. cit. p. 254 ss, 271 ss; ANDERMATT ET ALII, op. cit., p. 149 s.).

7.3. Dans tous les cas, le plan a un effet normatif et les travailleurs peuvent alors faire valoir des prétentions fondées sur le plan directement contre leur employeur (WYLER, op. cit., p. 483; SATTIVA SPRING, op. cit., p. 255). Sa nature juridique a principalement des effets quant aux modalités d'interprétation du plan social, lequel s'interprétera en tant que convention collective, soit, comme une loi, en tant que cadre normatif, ou en tant que dispositions contractuelles accessoires aux contrats individuels de travail (voir ATF 133 III 213 consid. 4.2; ATF 130 V 18 consid, 4.2; WYLER, op. cit. p. 485 et les

réf.; SATTIVA SPRING, op. cit., p. 269). La distinction doit toutefois être relativisée dans le sens que l'interprétation selon la volonté doit toujours être compatible avec une interprétation objective (ATF 133 III 213 consid. 5.2; ANDERMATT ET ALII, op. cit., p. 151).

7.4.

7.4.1. Un plan social peut avoir pour conséquence de faire naître des droits de prévoyance professionnelle dont les conditions d'octroi sont fixées par le règlement de la caisse de pensions dès l'instant où le travailleur opte pour être mis au bénéfice d'une retraite anticipée (WYLER, op. cit., p. 485; ANDERMATT ET ALII, op. cit. p. 150 note 99; SATTIVA SPRING, op. cit., p. 259). Les prestations qui s'ensuivent, vu l'anticipation de la retraite prise, seront moins élevées en principe que les prestations ordinaires de prévoyance. A cet égard le plan social peut prévoir des compensations s'inscrivant dans le cadre de prestations de prévoyance versées par l'employeur ou éventuellement par une fondation de prévoyance ou patronale si une convention de porte-fort (art. 111 CO) a été insérée dans le plan social (WYLER, op. cit., p. 485; ATF 131 III 606 consid. 4.2.2) ou encore de débiteur solidaire. Mais dans tous les cas un plan social ne peut prévoir le versement de prestations par un fonds patronal ou de bienfaisance qui par nature ressortissent aux obligations de l'employeur (cf. supra consid. 5.4; BUR BÜRGIN, op. cit, p. 84, 86; à noter que les exemples de financement de prestations d'outplacement et de formation proposées par Bur Bürgin (p. 86) paraissent trop larges si la fondation est au bénéfice d'une exemption fiscale).

7.4.2. A défaut d'insertion dans le plan social d'une convention de porte-fort (art. 111 CO) ou de débiteur solidaire, se pose la question de la légitimation matérielle du paiement d'un tiers non connu lors de la négociation et conclusion du plan social. Si le paiement d'un tiers (par exemple un riche actionnaire) est sans conséquence sur les droits et expectatives des travailleurs, il est manifeste que le paiement par un tiers substitué ressortit à la liberté contractuelle de l'employeur et du tiers payeur. Si le paiement par le tiers substitué affecte les droits et les expectatives des travailleurs, comme c'est le cas si le paiement des prestations du plan social intervient par les fonds libres d'une caisse de pensions ou par une fondation patronale, alors le paiement par le biais de la personne substituée qui était inconnue intervient en violation du plan social, car le paiement diminue, sur une base non ouvertement énoncée et acceptée par les parties contractantes du

plan social, les attentes des travailleurs et rentiers envers leur institution de prévoyance ou patronale.

7.4.3. Le paiement de prestations par une institution de prévoyance, normalement dues par l'employeur du fait de la nature des prestations en question (prestations de type salarial), intervient de plus en violation des art. 59 al. 1 let. b de la LIFD (RS 642.11) et 10 al. 1 let. d de la LHID (RS 642.14) prévoyant pour les entreprises la déduction à titre de charges ordinaires des versements à des institutions de prévoyance en faveur du personnel de l'entreprise (conformément à l'art. 81 al. 1 LPP) à condition que toute utilisation contraire à leur but soit exclue. Or un paiement de prestations dues par un employeur en sa qualité, bien qu'ayant un but louable d'assistance en période de difficultés économiques, va à l'encontre d'un but exclusivement de prévoyance. Le paiement en lieu et place de l'employeur obligé par le plan social à des prestations découlant du droit du travail viole le principe selon lequel les fonds au bénéfice de déductions fiscales versés aux institutions de prévoyance exonérées selon l'art. 56 let. e LIFD ne peuvent faire retour de quelque manière que ce soit à l'employeur (cf. DANON/LAFFELY MAILLARD in: Yersin/Noël [Edit.], Impôt fédéral direct, Commentaire romand, 2008, art. 52 n° 12; NOËL, op. cit., art. 27 n° 37 i.f., 38; LAFFELY MAILLARD, op. cit., art. 56 n° 43, 47). Ce principe de non retour est applicable tant aux institutions de prévoyance enregistrées au registre de la prévoyance professionnelle (art. 48 LPP) qu'aux institutions non enregistrées, telles de financement et de bienfaisance de type patronal, du fait de l'exonération desdites fondations découlant de leur but de prestations de prévoyance professionnelle. L'exonération des fondations patronales est justifiée par le fait que leur fortune est assimilée à la fortune libre des institutions de prévoyance (LAFFELY MAILLARD, op. cit., art. 56 n° 47) sous réserve toutefois d'une grande liberté discrétionnaire d'affectation dans le cadre statutaire car les fonds existant n'ont été constitués que par l'employeur (SCHNEIDER in: Schneider et alii [Edit.], LPP et LFLP, Intro, n° 220).

7.5. Un licenciement collectif d'envergure peut, outre le fait de donner lieu à un plan social destiné à amoindrir les conséquences économiques des personnes concernées, entraîner une liquidation partielle de l'institution de prévoyance de l'entreprise et, cas échéant, de son institution patronale. Dans ces circonstances, il est admissible de tenir compte des prestations versées ou qui pourraient être versées tant par l'institution de prévoyance professionnelle, la fondation

patronale et l'employeur en application d'un plan social pour certaines catégories de travailleurs. Dans ce cadre il est ainsi possible de privilégier ou priver, cas échéant, certaines catégories de travailleurs de prestations de l'une ou l'autre source compte tenu de l'ensemble des prestations versées dans le respect du principe de l'égalité de traitement en application de critères pondérés entre les salariés licenciés, les salariés maintenus éventuellement à d'autres conditions d'engagement et les salariés partis en retraite anticipée (arrêts du TF 2A.501/2002 du 20 mars 2003 consid. 5.3, 2A.402/ 2005 du 15 février 2006 consid. 3.2; SATTIVA SPRING, op. cit., p. 259; NATHALIE BORNOZ in: Wyler (Edit.), Panorama en droit du travail, 2009, p. 718). En d'autres termes, des prestations de sources diverses peuvent être coordonnées en application du principe d'égalité de traitement (voir arrêt du TF 2A.46/2007 du 20 septembre 2007 et ATF 133 III 512). Le Tribunal fédéral a par ailleurs précisé que l'intérêt à la pérennité de l'institution de prévoyance pour le personnel restant ne primait pas sur les prétentions à l'égalité de traitement du personnel sortant par rapport au personnel restant, les deux principes coexistant au même rang (arrêt du TF 2A.699/2006 du 11 mai 2006).

8.

En l'espèce le plan social du 10 juillet 2007 a été selon sa page de garde conclu par E._____, assistée par Swissmem, d'une part, et les représentations des ouvriers et des employés de E._____, représentées par les délégués d'Unia et d'Employés Suisse, d'autre part. Les représentations des ouvriers et des employés, parties contractantes avec E._____, n'ayant pas la personnalité juridique, le plan social est un engagement bilatéral obligatoire assimilable à un règlement d'entreprise et fait partie intégrante du contrat de travail individuel de chacun des travailleurs représentés (cf. supra consid. 7.2). Le plan social a toutefois aussi été signé par le syndicat Unia et l'association Employés Suisse à un titre semblable à celui de Swissmem qui a assisté E._____ dans les négociations du plan social. La question de savoir si ces co-signataires, qui ont assisté les parties contractantes sans être expressément désignées parties contractantes, font du plan social un accord de la nature juridique d'une convention collective au sens de l'art. 356 CO, comme le soutient l'autorité inférieure dans sa réponse au recours (supra M), peut toutefois restée ouverte car la présente cause ne soulève pas de question dont la réponse dépendrait de la nature juridique in casu du plan social. En effet les prestations du plan social sont dues par l'employeur qui en est le débiteur, l'étendue des prestations ne demandent pas d'interprétation selon la nature juridique du plan social et seule est litigieuse la question de savoir

si la Fondation A._____ peut se substituer aux obligations de l'employeur envers les salariés et préretraités.

9.

9.1. Dans ses écritures, la Fondation A._____ fait valoir, à titre liminaire et principal, qu'elle s'est valablement substituée à E._____ dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire d'allocation de ses actifs du fait que ses buts statutaires recoupaient les prestations du plan social conclu par l'employeur dont elle est une fondation patronale pour l'ensemble de ses salariés des sites de X._____ et Y._____. La motivation de la Fondation A._____ pose le problème de la validité de substitution du débiteur du plan social, du champ ratione personae d'allocation des prestations et du bien-fondé des prestations versées compte tenu du but de prévoyance des versements alloués par une fondation patronale.

9.2.

9.2.1. En tant que tel un plan social peut prévoir le versement de prestations ayant un but de prévoyance strictu sensu (prestations de vieillesse, d'invalidité et allouées aux survivants) financées par les fonds libres d'une institution de prévoyance professionnelle ou financées par une fondation patronale pour autant que les parties au plan social en aient convenu ainsi par une convention de porte-fort au sens de l'art. 111 CO ou de débiteur solidaire (cf. supra consid. 7.4). Deux conditions doivent toutefois être remplies. La première condition est que les prestations relèvent de la prévoyance strictu sensu (nouvellement depuis la jurisprudence de l'ATF 138 V 346: les prestations doivent également s'inscrire dans les modalités d'un règlement de liquidation partielle/totale), car à défaut les prestations versées le seraient contrairement au but de prévoyance de la fondation. La deuxième condition est que l'accord de financement de prestations de prévoyance strictu sensu procède d'une convention de porte-fort ou de débiteur solidaire passée par toutes les parties au plan social. En effet, à défaut de cet accord unanime, les travailleurs et rentiers, bénéficiaires exclusifs de la fondation patronale, seraient lésés par une diminution d'expectatives de droits pour le futur sans avoir été préalablement informés de cette incidence pro futuro couplée avec le plan social.

9.2.2. En l'espèce la substitution de débiteur du plan social est un élément essentiel nouveau dans le cadre dudit plan et ne ressortit pas au pouvoir discrétionnaire de la Fondation A._____ dans la mesure où ce faisant la fondation diminue sensiblement ses actifs au détriment des expectatives de droits pro futuro des travailleurs et rentiers et à l'avantage de l'employeur qui selon le plan social devait être le débiteur des prestations. En tout état de cause une telle substitution de débiteur, et pour autant qu'elle soit licite dans la mesure de prestations de prévoyance strictu sensu, aurait dû faire l'objet d'une indication par modification du plan social en application de l'art. D3 dudit plan car les travailleurs sont économiquement concernés par cette substitution du fait d'une diminution sensible d'expectatives de droits découlant des prestations ainsi versées.

9.2.3. Aucune clause du plan social ne prévoit l'éventualité d'une substitution de débiteur des prestations du plan social et les formulations indiquant la mise à disposition de moyens pour la réalisation du plan social ne laissent en aucun cas envisager une substitution de débiteur en la personne juridique de la Fondation A._____. Il s'ensuit que la substitution de débiteur décidée unilatéralement par le conseil de fondation, portant atteinte aux intérêts futurs des travailleurs et rentiers, ayant pour effet une liquidation partielle de l'institution vu l'importance des montants en jeu, doit être invalidée.

9.3.

9.3.1. S'agissant du champ d'allocation razione personae de la fortune de la Fondation A._____, le principe applicable est celui selon lequel les fonds suivent le personnel (supra consid. 5.3). Les travailleurs et rentiers de l'usine de A._____ sont les seuls bénéficiaires, en principe, des fonds de la Fondation qui à l'origine a été constituée pour eux par l'entreprise fondatrice. Que le site de X._____ n'ait pas de personnalité juridique est nullement déterminant car les bénéficiaires de la Fondation sont les travailleurs et anciens travailleurs (cas échéant leurs ayants-droit) du site et non la succursale en tant que telle. Aujourd'hui encore le nom de la Fondation fait référence à l'Usine de X._____ (Usine C._____) en tant que site et son règlement de liquidation partielle adopté le 28 novembre 2008 et avalisé le 30 avril 2009 par l'Autorité de surveillance fait clairement référence aux travailleurs de l'usine de X._____. Le rapport de gestion pour l'exercice 2012 mentionne de même cette limitation razione personae.

9.3.2. Les fondations patronales sont de base des fondations au sens des art. 80 ss CC. L'interprétation de leur but et implicitement la détermination du cercle de leurs bénéficiaires relève de la recherche de la réelle intention du fondateur sans recourir aux règles valables pour l'interprétation des contrats, notamment à la théorie dite de la confiance (cf. ATF 108 II 393). Le but d'une fondation ne peut être modifié que dans une mesure très restreinte (ATF 120 Ib 474, 112 Ib 99). La fondation cesse de répondre aux intentions du fondateur lorsque le but primitif paraît absurde ou complètement dépassé, ou lorsque les moyens de la fondation deviennent disproportionnés au but en raison des changements importants intervenus, ou encore lorsque le cercle des destinataires doit être redéfini (ATF 133 III 167). Selon l'art. 86 al. 1 CC, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006, l'autorité fédérale ou cantonale compétente peut, sur requête de l'autorité de surveillance ou de l'organe suprême de la fondation, modifier le but de celle-ci, lorsque le caractère ou la portée du but primitif ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur. Cette disposition est applicable dans le cadre de fusion de fondations (art. 78 al. 2 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine [LFus, RS 221.301]).

9.3.3. En l'espèce il n'est nullement manifeste que le but de la Fondation A. _____ ne serait plus adapté à la situation de fait et de droit des travailleurs de l'usine de X. _____ qui en sont les destinataires. Le fait qu'il y aurait, selon la Fondation A. _____, quelques difficultés à établir la liste des personnes travaillant sur le site de X. _____ ne saurait constituer un motif à l'extension des bénéficiaires de cette fondation patronale aux travailleurs du site de Y. _____. L'existence de quelques difficultés n'emporte pas l'impossibilité. Preuve en est le tableau récapitulatif des versements par la Fondation A. _____ établi en application du plan social (pce TAF 43). Le règlement de liquidation de la Fondation A. _____ ne comprend d'ailleurs pas de dispositions particulières tendant à clarifier la qualité de travailleur du site de X. _____ par rapport au site de Y. _____. Le règlement en question énonce clairement ses destinataires en se référant en première page au personnel de l'Usine C. _____, succursale de D. _____. C'est dire que les personnes bénéficiaires sont déterminées ou déterminables selon des critères objectifs. Depuis le 1^{er} janvier 2006 la modification du but d'une fondation est possible à certaines conditions énoncées par les art. 86 s. CC. Or, la Fondation A. _____ n'a pas initié une telle démarche. Il s'ensuit que son cercle de bénéficiaires ne saurait être étendu à celui des travailleurs de l'usine de Y. _____ par une interprétation extensive et « actuelle » de son but au détriment de ses actuels bénéficiaires clairement définis.

9.3.4. Il convient de relever que même après la vente du site de X._____ le cercle des destinataires de la Fondation A._____ est toujours une notion actuelle, il est constitué au moins des travailleurs et des retraités du site de X._____, de l'ancienne D._____. Le fait que les travailleurs des sites de X._____ et de Y._____ aient été repris par la filiale suisse du groupe I._____ n'a pas d'incidence car dans tous les cas les travailleurs actuels du site de X._____ de ladite filiale du groupe I._____ avec les retraités au moins du site de X._____ constituent le cercle toujours actuel des destinataires de la Fondation A._____. L'allégué de la recourante selon lequel le cercle de ses destinataires serait limité aux retraités du site de X._____, voire de Y._____ également si l'on se réfère à ses premières écritures, est erroné.

9.4. S'agissant de la nature des prestations in casu allouées, comme on l'a vu, un plan social peut prévoir des prestations, en vertu d'une clause de porte-fort (art. 111 CO) ou de débiteur solidaire clairement énoncée, d'une tierce fondation de prévoyance (par recours à des fonds libres) et/ou d'une tierce fondation patronale dans la mesure où les prestations sont de pure prévoyance strictu sensu. Dans ses écritures la Fondation A._____ distingue un montant de 325'150.- francs sur le montant total de 1'891'320.- francs qui serait de pure prévoyance strictu sensu. Le Tribunal de céans n'a pas à se prononcer sur le bien-fondé de ce montant versé par la Fondation A._____ du fait qu'il ne résulte pas d'une convention de porte-fort ou de débiteur solidaire passée d'entente entre les parties contractantes. Il s'ensuit que sur ce montant aussi le recours contre la décision de l'Autorité de surveillance doit être rejeté.

10.

S'agissant du montant de 2'834.- francs qui selon la décision attaquée ne doit pas faire l'objet d'un remboursement de la part de l'employeur, le Tribunal de céans ne se prononcera pas sur le bien-fondé de l'allocation de ce montant par la Fondation A._____ en lieu et place de l'employeur étant donné que celui-ci n'est pas litigieux selon la décision attaquée, que l'Autorité inférieure n'est pas revenue sur ce montant dans ses écritures et qu'il n'appartient pas au Tribunal de céans de se substituer à l'autorité de surveillance, même si sous l'angle du défaut de convention de porte-fort ou de débiteur solidaire (cf. supra 9.2) le montant en question ne devrait pas être assumé par la Fondation A._____.

11.

Vu ce qui précède le recours est rejeté et la décision de remboursement à la Fondation A._____ confirmée à hauteur des montants effectivement versés, soit 1'673'420.30 francs. Le montant de 250'000.- francs que la Fondation A._____ aurait déjà perçu en remboursement selon ses dernières écritures est à déduire. La question des intérêts sur le montant à remboursé est laissée ouverte du fait que ni la décision attaquée ni les parties ne se sont exprimées sur ce point. Enfin les frais mis à la charge de la Fondation A._____ par l'Autorité inférieure, vu la confirmation dans son principe de la décision attaquée et le fait que lesdits frais ne sont pas contestés quant à leur hauteur, sont confirmés.

12.

12.1. 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 la recourante. Ils sont fixés à 8'000.- francs et sont compensés par l'avance effectuée de même montant requise par le Tribunal de céans.

12.2. Vu l'issue de la cause, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, étant précisé qu'il ne se justifie pas de s'écarter de la règle selon laquelle les autorités parties n'ont pas droit aux dépens (cf. art. 7 al. 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

(Le dispositif figure sur la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**1.**

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 8'000.- francs, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de même montant.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. _ ; Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales à Berne (Recommandé)
- à la Commission de haute surveillance en matière de prévoyance professionnelle à Berne (Recommandé)

Le président du collège :

Le greffier :

Christoph Rohrer

Pascal Montavon

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 fédérale 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :