

Arrêt du Tribunal administratif fédéral

Participation et formation de la volonté au sein du conseil de fondation

Le mandat de membre du conseil de fondation est un mandat strictement personnel. Un vote anticipé par écrit ou une représentation sont-ils autorisés ?

Auteurs: **Evelyn Schilter et Carmela Wyler-Schmelzer**

Dans un arrêt récent,¹ le Tribunal administratif fédéral a décidé que l'autorité de surveillance considérait à juste titre comme irrecevable une disposition du règlement d'organisation selon laquelle il était également possible de voter par écrit à l'avance sans participer à la séance.² En l'absence de réglementations spécifiques du droit des fondations, les dispositions du droit des associations relatives au mode de fonctionnement du conseil de fondation sont appliquées par analogie. Dans le droit de la société anonyme (qui est mentionné de manière concrète dans la décision), le vote écrit avant la délibération au sein du conseil d'administration est considéré comme nul.

Le Tribunal administratif fédéral a ensuite rappelé que si quelqu'un ne pouvait pas participer physiquement à la séance, il était possible d'y participer par conférence téléphonique ou au moyen de systèmes de communication électroniques comparables, ce qui permettait une participation et une discussion simultanées malgré une absence physique. Une prise de décision par voie de circulaire est également autorisée si aucun membre n'exige une délibération orale.

Dans cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral a confirmé l'importance des échanges personnels au sein du conseil de fondation pour la formation de la volonté et la décision dans cette instance. L'arrêt n'a pas explicitement abordé la possibilité de se faire représenter par un autre membre du conseil de fondation. Jusqu'à présent, cette question n'est pas en-

tièrement clarifiée. Tant dans le droit des fondations que dans le droit de la société anonyme, la doctrine dominante rejette l'admissibilité d'une représentation en invoquant la nature personnelle du mandat.³

Appréciation juridique

Tout comme un mandat de membre du conseil d'administration, un mandat de membre du conseil de fondation est un mandat ad personam qui, par principe, ne souffre aucune représentation. Le processus de formation de l'opinion et de décision au sein du conseil de fondation repose sur la participation et les contributions des différents membres, avec leurs antécédents professionnels et personnels respectifs et leur expertise. Il s'agit d'une formation interactive et collective de la volonté avec discussion et échange d'opinions au sein de l'organe, le cas échéant en faisant appel à des experts. L'objectif est de garantir la qualité des décisions. Souvent, lors des réunions, des perspectives supplémentaires sont abordées ou des thèmes sont discutés de manière approfondie, ce qui influence la décision. Un membre du conseil de fondation qui aurait donné à l'avance ses instructions de vote ou autorisé un représentant à voter pour lui serait exclu de ce processus, ne pourrait pas tenir compte des arguments supplémentaires et ne pourrait plus s'exprimer. C'est le cas même lorsqu'un représentant des salariés est représenté par un re-

¹ Arrêt du 16 août 2024, C-5797/2020, consid. 4.3.

² Concrètement, le règlement d'organisation était également en contradiction avec l'acte de fondation.

³ P. ex. Peter Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 5^e édition 2022, Cm 176 f.; Harold Grüninger, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 7. A. 2022, art. 83 N 5a; cf. aussi ATF 71 II 277, consid. 1 (le mandat du conseil d'administration est lié par sa nature à la personne, ne peut pas être délégué; il n'était pas nécessaire d'examiner si les statuts pouvaient prévoir une délégation).

présentant des salariés ou un représentant de l'employeur par un représentant de l'employeur. Le déséquilibre des opinions se manifesterait non pas dans la prise de décision, mais dans la discussion. Les représentations multiples accentueraient encore ce déséquilibre.

Il convient donc de renoncer à accorder des possibilités de représentation ou des instructions de vote écrites dans les statuts ou le règlement d'organisation. Avec des dates des séances qui sont généralement planifiées longtemps à l'avance et les possibilités électroniques actuelles qui permettent de participer et de discuter en même temps même en cas d'absence physique, ainsi que la possibilité de prendre des décisions par voie de circulaire, les représentations ne sont pas du tout nécessaires. Les décisions peuvent être prises dans le respect des quorums requis, même en cas d'absence exceptionnelle d'une personne. En cas d'empêchement régulier d'un membre du conseil de fondation, la question se pose de savoir si ce membre est apte à assumer son mandat personnel.

Décisions par voie de circulaire

Le Tribunal administratif fédéral a expressément confirmé la possibilité de prendre des décisions par voie de circulaire. Tous les membres du conseil de fondation doivent participer à une décision par voie de circulaire. Le règlement d'organisation peut en outre exiger l'unanimité pour les décisions par voie de circulaire. C'est souvent le cas dans la pratique, mais cela n'est pas obligatoire d'un point de vue légal. Il y a des arguments pour et contre l'exigence de l'unanimité. L'unanimité peut être judicieuse lorsque seules des affaires incontestées doivent être traitées par voie de circulaire. D'autre part, même si elles n'ont pas été adoptées à l'unanimité, les décisions par voie de circulaire peuvent être judicieuses pour une plus grande flexibilité pour des thèmes moins importants ou déjà discutés au préalable et urgents. D'une manière ou d'une autre, chaque membre du conseil de fondation a le droit impératif d'exiger une délibération orale.⁴

De plus, les décisions par voie de circulaire ne se prêtent pas à des décisions de principe importantes qui exigent une réflexion et une discussion approfondies. Les adaptations du taux de conversion, les modèles de participation ou les décisions relatives à une liquidation partielle ou totale peuvent être cités à titre d'exemples de telles décisions.

Échange personnel

Dans sa décision, le Tribunal administratif fédéral a exposé l'importance de la participation et de la formation de la volonté au sein du conseil de fondation. L'information orale lors d'une séance du conseil de fondation, la possibilité de poser des questions, de discuter et d'échanger : tous ces facteurs sont importants et indispensables pour une gestion de la caisse de pensions équilibrée, professionnelle et axée sur les intérêts de la fondation. L'examen personnel et critique nécessaire des thèmes les plus divers montre à quel point il est important que les membres du conseil de fondation disposent de connaissances spécialisées différentes et s'engagent personnellement afin de pouvoir prendre des décisions fondées.

Selon la taille du conseil de fondation, il peut également être judicieux de discuter au préalable de certains thèmes au sein de commissions ou de donner aux membres du conseil de fondation la possibilité de discuter auparavant de certaines questions dans un cadre informel, p.ex. avec la direction. Cela ne dispense toutefois pas le conseil de fondation d'assumer ses tâches inaliénables et intransmissibles⁵ - cela inclut, outre la prise de décision, aussi la formation de la volonté, comme le montre la décision mentionnée. |

TAKE AWAYS

- La décision du Tribunal administratif fédéral est l'occasion de souligner l'importance de l'échange d'opinions, de l'engagement personnel et de la prise de décision commune au sein du conseil de fondation paritaire.
- Il est recommandé d'examiner l'acte de fondation, le règlement d'organisation et la pratique vécue et d'adapter le cas échéant les dispositions obsolètes et les pratiques incorrectes.
- Il faut par exemple régler les possibilités de participation virtuelle aux séances du conseil de fondation et les décisions par voie de circulaire (le cas échéant sans exigence d'unanimité).

⁴ TAF C-5797/2020 du 16 août 2024, consid. 4.3.2. Voir aussi l'art. 713, al. 2, ch. 3, CO pour le droit de la société anonyme.

⁵ Voir à ce sujet l'art. 51a LPP.