

BVGer A-4357/2015 vom 10. Juli 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-07-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4357_2015

FR: TAF A-4357/2015 du 10 juillet 2017

IT: TAF A-4357/2015 del 10 luglio 2017

Regeste

Moyens de surveillance

Erwägungen

E. 1.1

Sur la base de l'art. 31, en relation avec l'art. 33 let. i, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) et de l'art. 74 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40), et sous réserve des exceptions non réalisées en l'espèce de l'art. 32 LTAF, la cour de céans est compétente pour connaître des recours contre les décisions de l'autorité inférieure. La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

E. 1.2.1

Bien qu'elle n'ait pas directement participé à la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante, qui est directement touchée par la décision attaquée, a manifestement qualité pour porter l'affaire devant le tribunal de céans (cf. art. 48 al. 1 PA). La décision attaquée, datée du vendredi 12 juin 2015, a été notifiée à la recourante le 15 juin 2015, de sorte que le délai légal de recours de trente jours (art. 50 al. 1 PA) est arrivé à échéance compte tenu des fêtes (art. 22a al. 1 let. b PA) le dimanche 16 août 2016, échéance reportée au lundi 17 août 2016 (art. 20 al. 3 PA). Posté le 14 juillet 2016, le recours a été formé en temps utile. Muni de conclusions valables et motivées et accompagné d'une copie de la décision attaquée, il répond en outre aux exigences de forme de la procédure administrative (cf. art. 52 al. 1 PA). Le recours est dès lors recevable, sous réserve du considérant qui suit.

E. 1.2.2

Le recours au Tribunal administratif fédéral est ouvert contre les décisions au sens de l'art. 5 PA (art. 31 LTAF), c'est-à-dire contre des mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce. Il n'est en revanche pas ouvert contre les directives générales de la CHS, que le Tribunal administratif fédéral ne peut annuler. Lorsque de telles directives sortent du cadre fixé par la norme supérieure, le juge, constatant leur non-conformité au droit, refusera simplement de les prendre en considération et, le cas échéant, annulera la décision rendue sur cette base (cf. ég. consid. 2.5 ci-après). La conclusion tendant à l'annulation du chiffre 4.2 des directives (D-03/2013) sur l'indépendance des experts en matière de prévoyance professionnelle du 22 octobre 2013 (ci-après : les directives sur l'indépendance des experts) est donc irrecevable, car elle dépasse l'objet du litige, seule la décision de l'autorité inférieure du 12 juin 2015 pouvant être remise en cause dans le cadre de la présente procédure.

E. 1.3

Le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'inopportunité (art. 49 PA ; cf. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7e éd., Zurich/St-Gall 2016, n. marg. 1146 ss ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd., Bâle 2013, n. marg. 2.149). Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. Pierre Moor/Etienne Poltier, *Droit administratif*, vol. II, 3e éd., Berne 2011, ch. 2.2.6.5 p. 300 s.). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal définit les faits d'office et librement (cf. art. 12 PA). Cette maxime doit toutefois être relativisée par son corollaire, à savoir le devoir des parties de collaborer à l'établissement des faits (cf. art. 13 et 52 PA ; ATF 122 V 11 consid. 1b ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 ; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 2013, ch. 1135 s.).

E. 1.4

Après une libre appréciation des preuves en sa possession (cf. art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 [PCF, RS 273], applicable par renvoi de l'art. 19 PA ; cf. ég. arrêts du TF 9C_55/2016 du 14 juillet 2016 consid. 3.2 et 2C_1201/2012 du 16 mai 2013 consid. 4.5), l'autorité judiciaire se trouve à un carrefour. Si elle estime que l'état de fait est clair et que sa conviction est acquise, elle peut rendre sa décision. Dans cette hypothèse, elle renoncera à des mesures d'instruction et à des offres de preuve supplémentaires, en procédant si besoin à une appréciation anticipée de celles-ci (cf. ATF 137 III 208 consid. 2.2 et 134 I 140 consid. 5.2 ; arrêt du TF 2C_109/2015 du 1er septembre 2015 consid. 4.1 ; arrêt du TAF A-704/2012 du 27 novembre 2013 consid. 3.5.2 ; Moser/Beusch/Kneubühler, *op. cit.*, n. marg. 3.144 ; Clémence Grisel, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, thèse Fribourg 2008, n. marg. 170). Une telle manière de procéder n'est pas jugée contraire au droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101 ; cf. ATF 124 V 90 consid. 4b ; arrêt du TAF A-5433/2015 du 2 mars 2017 consid. 1.4.1). En revanche, lorsque l'autorité de recours reste dans l'incertitude après avoir procédé aux investigations requises, elle appliquera les règles sur la répartition du fardeau de la preuve. Dans ce cadre et à défaut de disposition spéciale, le juge s'inspire de l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), en vertu duquel quiconque doit prouver les faits qu'il allègue pour en déduire un droit (cf. René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 3e éd., Bâle 2014, n. marg. 996 ss ; Moor/Poltier, *op. cit.*, p. 299 s. ; Thierry Tanquerel, *Manuel de droit administratif*, Genève 2010, n. marg. 1563 ; arrêt du TAF A-5433/2015 précité consid. 1.4.2).

E. 2.1

Le principe de la légalité exige, comme principe de base de l'action de l'administration, une norme générale et abstraite de droit public (une « loi au sens matériel » ; cf. art. 5 al. 1 Cst.). On parle de délégation législative lorsque le législateur autorise ou charge le pouvoir exécutif d'édicter lui-même de telles dispositions.

E. 2.1.1

On classe habituellement les ordonnances du Conseil fédéral en plusieurs catégories. L'une d'elle distingue entre les ordonnances d'exécution et de substitution, même s'il est vrai que les ordonnances présentent le plus souvent un contenu mixte, fait à la fois de simples règles d'exécution et de règles primaires (cf. Pascal Mahon, in : Aubert/Mahon [édit.], Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, p. 1380 ad art. 182 ; ATAF 2009/6 consid. 5.1 ; pour plus de détails, voir arrêt du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.1.1 et 2.1.2 et réf. cit.). La distinction entre règles primaires et règles secondaires peut prêter à discussion. Elle est néanmoins importante quant à l'exigence de la base légale : une délégation législative est indispensable pour que l'auteur de l'ordonnance puisse adopter des règles primaires (cf. ATF 134 I 322 consid. 2.4 ; arrêts du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.1.2.2 et A-5414/2012 du 19 juin 2014 consid. 2.3.2.2 ; Piermarco Zen-Ruffinen, Droit administratif, Partie générale et éléments de procédure, Bâle 2013, n. marg. 56). Dans une jurisprudence abondante, le Tribunal fédéral a défini les exigences posées par la Constitution pour la délégation de compétences législatives (cf. Zen-Ruffinen, op. cit., n. marg. 55 et jurisp. cit.).

E. 2.2.1

L'art. 164 al. 2 Cst. concrétise le principe de la délégation législative, admis en droit fédéral (cf. ATF 134 I 322 consid. 2.4 ; Zen-Ruffinen, op. cit., n. marg. 218). Le Tribunal fédéral soumet la délégation de compétences législatives horizontale au respect de quatre conditions, qui ont elles-mêmes valeur constitutionnelle. De manière générale, une délégation législative est admissible lorsque : - elle n'est pas exclue par la Constitution fédérale (art. 164 al. 2 Cst.) ; - elle figure dans une loi formelle fédérale (art. 164 al. 2 Cst.) ou cantonale ; - elle se limite à une matière déterminée et bien délimitée ; - elle énonce elle-même les points essentiels sur lesquels doit porter la matière à régler (cf. ATF 118 Ia 245 [traduit in : SJ 1993 76] consid. 3 ; arrêts du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.2.1 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.1 ; Zen-Ruffinen, op. cit., n. marg. 220 ; Andreas Auer et al., Droit constitutionnel suisse, Vol. I, 3e éd., Berne 2013 [ci-après cité: Auer et al., vol. I], n. 1982 ; Ulrich Häfelin et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8e éd., Zürich/Bâle/Genève 2012, p. 601 n. 1856-1857, p. 608 n. 1872).

E. 2.2.2

Le contrôle préjudiciel des ordonnances du Conseil fédéral appartient à toutes les autorités, fédérales aussi bien que cantonales, chargées de les appliquer. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une faculté, mais d'une obligation : l'autorité qui refuse d'examiner la régularité d'une ordonnance du Conseil fédéral, alors même que le recourant a soulevé valablement un tel grief, commet un déni de justice. En cas d'admission du recours, le juge ne pourra pas annuler l'ordonnance qu'il estime inconstitutionnelle ou non conforme à la loi. Il refusera simplement de l'appliquer et cassera la décision fondée sur elle. Il appartiendra ensuite à l'auteur de l'ordonnance de la modifier ou de l'abroger formellement, pour rétablir une situation conforme au droit (cf. Auer et al., vol. I, n. 1967 s. ; Häfelin et al., op. cit., p. 686 n. 2096 ; arrêts du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.2.2 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.2).

E. 2.2.3

Le contrôle des ordonnances d'exécution se fait en deux étapes. Tout d'abord, les ordonnances d'exécution doivent être soumises à un contrôle de légalité. L'autorité chargée de les appliquer examine en premier lieu si elles restent dans le cadre de la loi, se contentent

d'en préciser le contenu ou d'en définir les termes. Lorsqu'en revanche une ordonnance d'exécution contient des règles primaires, à savoir des dispositions qui étendent le champ d'application de la loi en restreignant les droits des administrés ou en imposant à ceux-ci des obligations, sans que ces règles puissent se fonder sur une délégation législative spécifique, elle viole le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, de sorte que le juge refusera de l'appliquer et annulera la décision attaquée (cf. ATF 136 V 146 consid. 3.2 et 134 I 313 consid. 5.3 ; arrêts du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.2.3 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.3 ; Auer et al., vol. I, n. 1978 ; Michael Beusch, *Der Untergang der Steuerforderung*, Zürich 2012, p. 17 ss.). Puis, le contrôle de la légalité est suivi d'un contrôle de constitutionnalité. Tout en restant dans le cadre de la loi, il se peut qu'une ordonnance d'exécution contienne une violation originaire de la Constitution, auquel cas le juge doit refuser de l'appliquer. On peut penser à une ordonnance qui consacrerait une inégalité de traitement ou contiendrait une règle contraire à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons (cf. ATF 104 Ib 171 ; arrêt du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.2.3 ; Auer et al., vol. I, n. 1979).

E. 2.2.4

En autorisant le législateur fédéral à déléguer au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles de droit, l'art. 164 al. 2 Cst. confère une base constitutionnelle explicite à ce qui, auparavant, n'était qu'une coutume constitutionnelle, à savoir la délégation législative. C'est par une telle délégation que, selon la formule de l'art. 182 al. 1 Cst., la loi autorise le Conseil fédéral à édicter des règles de droit sous la forme d'ordonnances. Le contrôle préjudiciel des ordonnances de substitution, fondées sur une délégation législative, comporte trois phases : le contrôle des conditions de la délégation législative, celui de la conformité de l'ordonnance avec cette délégation et enfin celui de la constitutionnalité de l'ordonnance (cf. Auer et al., vol. I, n. 1980 s. ; arrêts du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.2.4 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.4).

E. 2.2.4.1

L'admissibilité de la délégation législative en droit fédéral dépend du respect des conditions auxquelles la Constitution et la jurisprudence du Tribunal fédéral la soumettent (art. 164 al. 2 Cst. ; voir consid. 2.2.1 ci-avant). La particularité de la délégation législative en droit fédéral tient à ce que le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer la loi fédérale dans laquelle elle figure. On précisera ici que l'expression « Tribunal fédéral » vise aussi le Tribunal administratif fédéral (cf. Auer et al., vol. I, n. 1934). Selon la formule jurisprudentielle consacrée, l'art. 190 Cst. empêcherait le Tribunal fédéral « de contrôler si la délégation elle-même est admissible ». Le Tribunal fédéral est en principe habilité à examiner, dans un cas particulier, si le législateur a respecté les conditions de la délégation législative. S'il arrive à la conclusion que tel n'est pas le cas, il doit cependant s'en tenir à cette délégation, c'est-à-dire l'appliquer (cf. arrêts du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.2.5 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.5 ; Auer et al., vol. I, n. 1983 ; Häfelin et al., op. cit., p. 686 n. 2096 ss). En effet, conformément à l'art. 190 Cst., le juge ne peut examiner la constitutionnalité des lois fédérales et, par voie de conséquence, des normes de délégation qu'elles contiennent. Ainsi, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une ordonnance dépendante fondée sur une délégation législative prévue dans la loi, le juge se contente d'examiner si le but fixé par la loi peut être atteint par la réglementation adoptée et si le Conseil fédéral et/ou son sous-déléataire a usé de son pouvoir d'appréciation conformément au principe de la proportionnalité (cf. ATF 117 III 44 consid. 2b ; Mahon, op. cit., n° 13 ad art. 190 Cst. ; Häfelin et al., op. cit., p. 93 n.

408a ; arrêts du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.2.5 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.5).

E. 2.2.4.2

Les ordonnances de substitution sont ensuite soumises à un contrôle de légalité. L'autorité chargée de les appliquer vérifie donc si elles restent dans le cadre et dans les limites de la délégation législative. Dans le cas où ladite délégation est relativement imprécise et que, par la force des choses, elle donne au Conseil fédéral - voire, en cas de sous-délégation, au département - un large pouvoir d'appréciation qui lie le Tribunal (art. 190 Cst.), celui-ci doit se limiter à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence ou si, pour d'autres raisons, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution. Dans l'examen auquel il procède à cette occasion, le juge ne doit pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la réglementation en cause. Il doit au contraire se borner à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le plus approprié pour atteindre ce but. Ce contrôle se confond pratiquement avec le contrôle de l'arbitraire de la réglementation ou de la disposition proposée (cf. ATF 136 V 24 consid. 7.1 et 133 V 42 consid. 3.1 ; ATAF 2007/43 consid. 4.4.1 ; arrêts du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.2.6 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.5 s. ; Häfelin et al., op. cit., p. 93 n. 408a ; Auer et al., vol. I, n. 1618 et 1985).

E. 2.2.4.3

Le contrôle de constitutionnalité des ordonnances (dépendantes) de substitution forme la dernière étape du contrôle préjudiciel auquel celles-ci sont soumises. Tout en restant dans le cadre de la délégation législative et sans que cette dernière comporte elle-même une irrégularité, il se peut que l'ordonnance du Conseil fédéral porte directement atteinte à la Constitution ou au droit international, auquel cas le juge doit refuser de l'appliquer. Selon la jurisprudence, il lui incombe d'examiner si l'ordonnance viole l'interdiction de l'arbitraire ou le principe de l'égalité de traitement (art. 9 et 8 al. 1 Cst.), parce qu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité ou qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à réglementer ou ignore au contraire des distinctions qui auraient dû être prévues (cf. ATF 136 V 24 consid. 7.1 et 136 II 337 consid. 5.1 ; arrêts du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.2.7 et A-5414/2012 précité consid. 2.4.7 ; Auer et al., vol. I, n. 1987 et réf. cit.).

E. 2.3

Le principe de la proportionnalité exige qu'il y ait un rapport raisonnable entre le but d'intérêt public poursuivi et le moyen choisi pour l'atteindre. Ce principe doit être respecté dans l'ensemble des activités de l'Etat, spécialement lorsque l'activité en cause consiste en une restriction à un droit constitutionnel au sens de l'art. 36 Cst. (cf. consid. 5.4 ci-après). Le principe de la proportionnalité, qui est consacré aux art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst., impose comme condition nécessaire à toute restriction des droits fondamentaux qu'il y ait un rapport raisonnable entre le but d'intérêt public poursuivi et le moyen choisi pour sa réalisation (cf. arrêt du TAF A-6777/2013 précité consid. 3.1 ; Häfelin et al., op. cit., p. 133 ss). Ce principe se décompose en trois maximes : celle de l'aptitude, celle de la nécessité et celle de la proportionnalité au sens étroit (cf. ATF 136 I 17 consid. 4.4 et 135 I 246 consid. 3.1 ; Pierre Moor et al., Droit administratif, vol. I, Berne 2012, n° 5.2.1.3 p. 814 ss). Selon la maxime d'aptitude, le moyen choisi doit être propre à atteindre le but visé. Cette maxime

n'exige cependant pas qu'il soit le plus efficace, de sorte qu'il suffit qu'il contribue à atteindre, dans une mesure plus ou moins effective, un résultat appréciable (cf. ATF 128 I 310 consid. 5b/cc ; Moor et al., op. cit., n° 5.2.1.3 p. 814 s.). La maxime de la nécessité exige qu'entre plusieurs moyens envisageables, soit choisi celui qui, tout en atteignant le but visé, porte l'atteinte la moins grave aux droits et, plus largement, aux intérêts privés touchés (cf. ATF 130 II 425 consid. 5.2 ; Moor et al., op. cit., n° 5.2.1.3 p. 818). Enfin, la proportionnalité au sens étroit met en balance la gravité des effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (cf. ATF 129 I 12 consid. 6 à 9 ; arrêt du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.3.2 ; Moor et al., op. cit., n° 5.2.1.3 p. 819 s.).

E. 2.4

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale), à partir du principe de l'équivalence des trois langues officielles (cf. art. 14 al. 1 i.f. de la loi du 18 juin 2004 sur les publications officielles [LPubl, RS 170.512]; ATF 134 V 1 consid. 6.1). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but et de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Lors de cet examen, il sied de privilégier une approche pragmatique s'inspirant d'une pluralité de méthodes, celles-ci n'étant soumises à aucun ordre de priorité (cf. ATF 140 II 80 consid. 2.5.3 et 139 IV 270 consid. 2.2 ; ATAF 2007/4 consid. 3.1 ; arrêt du TAF A-6777/2013 précité consid. 2.4.1).

E. 2.5

Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des ordonnances administratives (directives, circulaires, instructions ; cf. ATF 121 II 473 consid. 2b ; Moor et al., op. cit., n° 2.8.3.1 s. p. 421 ss). La fonction principale de ces ordonnances est de garantir l'unification et la rationalisation de la pratique. Ce faisant, elles permettent également d'assurer l'égalité de traitement et la prévisibilité administrative et facilite aussi le contrôle juridictionnel (cf. ATF 131 V 42 consid. 2.3 ; ATAF 2009/15 consid. 5.1 ; arrêt du TAF A-6982/2013 du 24 juin 2015 consid. 2.2 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, op. cit., n. marg. 83 ; Moor et al., op. cit., n° 2.8.3.3 p. 425 s.). Les ordonnances administratives n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux. Elles ne dispensent pas l'administration de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce, mais servent tout au plus à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité. Elles ne peuvent en outre sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les ordonnances administratives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 141 V 175 consid. 4.1 et 138 II 536 consid. 5.4.3 ; arrêt du TAF A-6982/2013 précité consid. 2.2). Cela étant, dans la mesure où elles assurent une interprétation correcte et équitable des règles de droit, le juge les prendra en considération (cf. ATF 138 II 536 consid. 5.4.3 et 133 II 305 consid. 8.1 ; arrêts du TAF A-5099/2015 du 20 janvier 2016 consid. 1.6, A-6982/2013 précité consid. 2.2 et A-6142/2012 du 4 février 2014 consid. 4.2 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, op. cit., n. marg. 84 ; Moor et al., op. cit., n° 2.8.3.2 s. p. 424 ss).

E. 2.6

On parle de « pratique » pour désigner la répétition régulière et constante dans l'application d'une norme par les autorités administratives de première instance. Les pratiques ne peuvent être source du droit et ne lient pas le juge. Elles peuvent néanmoins avoir directement un effet juridique, par le biais du principe de la confiance ou de l'égalité de traitement (cf. Moor et al., op. cit., n° 2.1.3.3 p. 89). Une pratique bien établie acquiert en outre un poids certain. De la même manière qu'un revirement de jurisprudence (à cet égard, voir ATF 138 III 270 consid. 2.2.2 et 135 II 78 consid. 3.2; cf. ég. Moor et al., op. cit., n° 2.1.3.2 p. 86), un changement de pratique doit donc reposer sur des motifs objectifs et sérieux, c'est-à-dire rétablir une pratique conforme au droit, mieux tenir compte des divers intérêts en présence ou d'une connaissance plus approfondie de l'intention du législateur, d'un changement des circonstances extérieures ou encore de l'évolution des conceptions juridiques ou des moeurs (cf. ATF 132 II 770 consid. 4 et 126 V 36 consid. 5a ; ATAF 2011/22 consid. 4 ; arrêt du TAF A-6667/2013 précité consid. 2.5.1 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, op. cit., n. marg. 593). Il n'y a en revanche pas de changement de pratique au sens du droit administratif lorsque l'autorité fonde son nouveau point de vue sur une décision rendue par une autorité de recours ou que des précisions sont apportées concernant une question juridique qui n'avait encore jamais été tranchée par la jurisprudence (cf. arrêts du TAF A-6667/2013 précité consid. 2.5.3 et A-1878/2014 du 28 janvier 2015 consid. 3.4.3).

E. 2.7

Le principe de la bonne foi, inscrit à l'art. 2 CC, ainsi qu'à l'art. 5 al. 3 et à l'art. 9 Cst., confère à chacun le droit à la protection de la confiance légitimement placée, notamment dans un renseignement donné par une autorité, lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies : (1) l'autorité a agi dans un cas concret et vis-à-vis d'une personne déterminée, (2) l'autorité était compétente ou censée l'être, (3) le particulier ne pouvait se rendre immédiatement compte de l'inexactitude ou de l'illégalité de l'assurance qui lui a été fournie et (4) a en outre pris sur cette base des mesures dont la modification lui serait préjudiciable ; enfin, (5) la législation applicable ne doit pas avoir été modifiée entre le moment où l'information en cause a été donnée et celui où le principe de la bonne foi a été invoqué (cf. ATF 137 I 69 consid. 2.5.1 ; arrêts du TAF A-4321/2015 du 9 mai 2016 consid. 3.2.1 et A-4673/2014 du 21 mai 2015 consid. 6 ; Andreas Auer et Al., Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3e éd., Berne 2013 [ci-après cité : Auer et Al., vol. II], n. 1173 ss ; Tanquerel, op. cit., p. 196 s., n. 578 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, op. cit., n. marg. 667 ss).

E. 3.1

Conformément à l'art. 52a al. 1 LPP, l'institution de prévoyance désigne pour la vérification un organe de révision et un expert en matière de prévoyance professionnelle. L'art. 52e LPP définit les tâches de ce dernier. Conformément au premier alinéa de cette disposition, l'expert examine périodiquement si l'institution de prévoyance offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements (let. a) et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux dispositions légales (let. b). Selon l'art. 52e al. 2 LPP, l'expert soumet à l'organe suprême de l'institution de prévoyance des recommandations concernant notamment le taux d'intérêt technique et les autres bases techniques (let. a) et les mesures à prendre en cas de découvert (let. b ; cf. ég. art. 41a OPP 2). A cet égard, l'expert a comme avant la réforme structurelle (RO 2011 3393) une fonction consultative (cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision de la LPP in : Feuille fédérale [FF] 2007 5381 ss, 5414). Dans l'accomplissement de son mandat, il doit se

conformer aux directives de l'autorité de surveillance, qu'il est tenu d'informer immédiatement si la situation de l'institution exige une intervention rapide, si l'organe suprême ne suit pas ses recommandations et que la sécurité de l'institution de prévoyance est compromise, ou encore si son mandat prend fin (art. 52e al. 3 LPP et art. 41 OPP 2 ; cf. FF 2007 5411 et 5414 ; Francine Oberson, *La prévoyance professionnelle : principes et fondements*, Genève/Zurich/Bâle 2013, p. 107 ; Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, n. marg. 1647 ss ; cf. ég. consid. 4.1 ci-après).

E. 3.2

A son alinéa 4, l'ancien art. 53 LPP abrogé avec effet au 1er janvier 2012 (RO 2011 3393) chargeait expressément le Conseil fédéral de fixer les conditions auxquelles les organes de contrôle et les experts agréés doivent satisfaire, de manière à garantir qu'ils exercent leurs fonctions convenablement. Sur cette base et celle, plus générale, de l'art. 97 al. 1 LPP, qui confère au Conseil fédéral la compétence de prendre les mesures propres à assurer la mise en oeuvre de la prévoyance professionnelle, le Conseil fédéral a arrêté l'art. 40 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2, RS 831.441.1 ; cf. renvoi de l'art. 40 OPP 2, dans sa version en vigueur au 31 décembre 2011, à l'art. 53 al. 4 LPP ; arrêt du TF 2A.508/2003 du 12 novembre 2004 consid. 4.6 ; cf. ég. Patrick Sutter, in : *Schneider/Geiser/Gächter* [édit.], LPP et LFLP, Commentaire bernois, 2010, n° 11 ad art. 53 LPP). Initialement, cette disposition prévoyait que l'expert doit être indépendant et ne peut être soumis aux directives de personnes responsables de la gestion ou de l'administration de l'institution de prévoyance (cf. Sutter, op. cit. n° 39 ad art. 53 LPP). Dans le cadre de la réforme structurelle, qui visait notamment à renforcer la surveillance des institutions de prévoyance et à améliorer la gouvernance (cf. FF 2007 5393 ; Meinrad Pittet/Claude Chuard, *La prévoyance professionnelle suisse depuis ses origines*, Genève 2013, p. 343 s.), l'art. 40 OPP 2 a été modifié par ordonnance des 10 et 22 juin 2011, entrée en vigueur le 1er janvier 2012 (RO 2011 3435). Dans sa nouvelle version, cette disposition prévoit, à son premier alinéa, que l'expert en prévoyance professionnelle doit être indépendant, qu'il doit former son jugement et émettre ses recommandations en toute objectivité et que son indépendance ne doit être restreinte ni dans les faits, ni en apparence. Le second alinéa de cette disposition dresse en outre une liste d'incompatibilités non exhaustive, comme l'utilisation des termes « en particulier » l'indique. L'indépendance de l'expert n'est ainsi pas conciliable notamment avec : a) l'appartenance à l'organe suprême ou à l'organe de gestion de l'institution de prévoyance, d'autres fonctions décisionnelles au sein de l'institution ou des rapports de travail avec elle ; b) une participation directe ou indirecte à l'entreprise fondatrice ou à l'organe de gestion de l'institution de prévoyance ; c) une relation familière ou économique étroite avec l'un des membres de l'organe suprême, l'un des membres de l'organe de gestion ou une autre personne ayant des fonctions décisionnelles ; d) la collaboration à la gestion ; e) l'acceptation d'un mandat qui entraîne une dépendance économique à long terme ; f) la conclusion d'un contrat à des conditions non conformes aux règles du marché ou d'un contrat par lequel l'expert acquiert un intérêt au résultat du contrôle ; g) l'existence d'un lien de subordination avec l'employeur, pour les institutions de prévoyance d'entreprise (cf. Stauffer, op. cit. n. marg. 1652).

E. 4.1

Selon l'art. 62 al. 1 LPP, l'autorité de surveillance désignée par les cantons (cf. art. 61 LPP) s'assure que les institutions de prévoyance, les organes de révision, les experts en matière de

prévoyance professionnelle et les institutions servant à la prévoyance se conforment aux dispositions légales (let. a) ; le cas échéant, elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (let. d). Pour remplir ses tâches, l'autorité de surveillance se fonde sur les rapports des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision, auxquels elle peut au besoin donner des instructions dans des cas d'espèce (art. 62a al. 1 et 2 let. b LPP ; cf. ég. FF 2007 5397 ss). Il lui appartient également de décider de la suite à donner quand l'organe suprême ne suit pas les recommandations de l'expert et qu'il s'avère que la sécurité de l'institution de prévoyance est compromise (cf. consid. 3.1 ci-avant).

E. 4.2

La CHS exerce la haute surveillance sur les autorités de surveillance (cantonales ou régionales) et peut notamment émettre des directives à l'intention des experts en prévoyance professionnelle et des organes de révision (art. 64a al. 1 let. f LPP ; cf. FF 2007 5395 et 5399 ss). Sur cette base, la CHS a édicté les directives sur l'indépendance des experts, entrées en vigueur le 1er janvier 2014, dont le but est de concrétiser les dispositions de l'art. 40 OPP 2. A leur ch. 4.2, ces directives prévoient que l'indépendance de l'expert d'une institution de prévoyance est incompatible avec la qualité de destinataire de cette institution ; si l'expert d'une institution de prévoyance est une personne morale, son indépendance est incompatible avec son affiliation à cette institution pour la mise en oeuvre de la prévoyance professionnelle. Selon le ch. 8 des directives en question, les experts en prévoyance professionnelle avaient jusqu'au 31 décembre 2015 pour adapter les contrats comportant des clauses contraires à ces directives.

E. 5.1

Le principe de l'égalité de traitement, garanti par l'art. 8 Cst., s'adresse tant au législateur (égalité dans la loi) qu'aux autorités administratives et judiciaires (égalité dans l'application de la loi), qui sont tenus de traiter de la même manière des situations semblables et de manière différente celles qui ne le sont pas. Ainsi, un arrêté de portée générale ou une décision est contraire au principe de l'égalité lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances. Il faut que le traitement injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (cf. ATF 139 V 331 consid. 4.3 et 137 V 334 consid. 6.2.1 ; arrêt du TAF A-6139/2912 du 8 juillet 2014 consid. 3 ; Moor et al., op. cit., ch. 6.2.1.1 p. 839 ss et ch. 6.2.1.2 p. 846 s.).

E. 5.2

L'art. 23 Cst. garantit la liberté d'association (al. 1 ; cf. ég. art. 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [CEDH, RS 0.101]). Dans son aspect positif, cette liberté comprend le droit de créer des associations, d'y adhérer ou d'y appartenir et de participer aux activités associatives (art. 23 al. 2 Cst. ; cf. Auer et al., vol. II, n° 737 ss). La liste des aspects protégés par la liberté d'association n'est pas exhaustive (cf. ATF 140 I 201 consid. 6.5.2). Dans son aspect négatif, elle garantit le droit de ne pas être contraint d'adhérer à une association ou d'y appartenir (art. 23 al. 3 Cst. ; cf. ATF 124 I 107 consid. 4 ; Auer et al., vol. II, n° 744 s.). Contrairement à l'interprétation retenue sous l'empire de l'art. 56 de l'ancienne Constitution fédérale de la Confédération

suisse du 29 mai 1874 (aCst., RO 1 1), qui réservait la titularité de ce droit aux seules personnes physiques (cf. ATF 100 Ia 277 consid. 5 et 97 I 116 consid. 4), une personne morale peut en principe se prévaloir de la liberté d'association (cf. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, in : FF 1997 I 1, 169 s. ; ATF 140 I 201 consid. 6.5.2 ; Auer et al., vol. II, n° 732).

E. 5.3

La liberté économique individuelle garantie par l'art. 27 al. 1 Cst. comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu. Elle peut être invoquée par les personnes tant physiques que morales (cf. ATF 137 I 190 consid. 3.1 et 132 I 97 consid. 2.1 ; arrêt du TAF A-2495/2016 du 20 janvier 2017 consid. 6.5.1 ; Auer et al., vol. II, n° 904). La garantie de la liberté économique ne revêt cependant pas un caractère absolu, la Confédération et les cantons pouvant y apporter des dérogations ainsi que des restrictions (cf. art. 104 al. 4 Cst. ; arrêt du TAF A-2495/2016 précité consid. 6.5.1 ; cf. ég. consid. 5.4 ci-après).

E. 5.4

Conformément à l'art. 36 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale (al. 1), être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2), être proportionnée au but visé (al. 3 ; cf. consid. 2.3 ci-avant) et ne pas porter atteinte à l'essence même du droit fondamental en question (al. 4 ; cf. ATF 142 I 195 consid. 5.1 et 140 I 381 consid. 4.3 ; arrêts du TAF A-4941/2014 du 9 novembre 2016 consid. 10.1 et A-4659/2010 du 14 juin 2011 consid. 6.4 ; cf. ég. Auer et al., vol. II, n° 138 et 177 ss).

E. 6.1

En l'espèce, il s'agit d'examiner si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a d'une part considéré que la recourante, du fait de sa qualité d'expert de B. _____ et de son affiliation à cette institution pour la mise en oeuvre de la prévoyance professionnelle, ne remplissait pas les exigences relatives à l'indépendance des experts et, d'autre part, l'a sommée soit d'éliminer la cause qui compromet actuellement son indépendance envers B. _____, soit de mettre un terme à son mandat d'expert. Pour ce faire, après être brièvement revenu sur la compétence de l'autorité inférieure (consid. 6.2 ci-après), il sera dans un premier temps traité des dispositions sur l'indépendance de l'expert en matière de prévoyance professionnelle édictées par le Conseil fédéral (consid. 6.3 ci-après). Dans un deuxième temps, la conformité des directives sur l'indépendance des experts aux dispositions susmentionnées sera examinée (consid. 6.4 ci-après).

E. 6.2

A titre liminaire, compte tenu des doutes émis par l'autorité inférieure quant à sa compétence de rendre la décision attaquée (cf. let. C et D ci-avant), il sied de rappeler qu'il appartient à celle-ci de s'assurer que les experts en matière de prévoyance professionnelle se conforment aux dispositions légales et de prendre si nécessaire les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (cf. consid. 4.1 ci-avant). Contrairement à ce que l'autorité inférieure semble penser (cf. not. ch. 23 de la décision attaquée), il lui revenait dès lors bien de se prononcer, sous l'angle de l'exigence légale de l'indépendance, sur la compatibilité de l'affiliation de la recourante à B. _____ avec le mandat d'expert en

prévoyance professionnelle de cette institution, le cas échéant par le biais d'une décision formelle susceptible de recours. L'autorité inférieure était donc bien compétente pour rendre la décision entreprise. La recourante ne le conteste pas, au demeurant.

E. 6.3.1

Concernant ensuite le critère de l'indépendance de l'expert introduit à l'art. 40 OPP 2 par le Conseil fédéral, on rappellera en premier lieu que l'art. 53 al. 4 LPP, qui chargeait ce dernier de fixer les conditions auxquelles doivent satisfaire les organes de contrôle et les experts agréés de manière à garantir qu'ils exercent leurs fonctions convenablement, a été abrogé dans le cadre de la réforme structurelle de la LPP (cf. consid. 3.2 ci-avant). Selon le commentaire des modifications de la loi, l'art. 53 pouvait être abrogé du fait du remplacement de ses dispositions par celles des nouveaux art. 52a à 52e LPP (cf. FF 2007 5414). Aucune disposition équivalente à celle de l'art. 53 al. 4 n'a cependant été introduite à cette occasion. Dans ces circonstances, la question de la compétence du Conseil fédéral de fixer les conditions, respectivement des conditions supplémentaires, auxquelles les organes de contrôle et les experts agréés doivent satisfaire pourrait se poser. A cet égard, on relèvera que l'art. 40 OPP 2 n'a pas été abrogé et qu'aucune disposition équivalente concernant l'indépendance des experts en prévoyance professionnelle n'a été introduite dans la loi à l'occasion de la modification de celle-ci. Il en va par ailleurs de même s'agissant des dispositions de l'art. 34 OPP 2 sur l'indépendance de l'organe de révision. En outre, il ne ressort nullement des travaux préparatoires que le législateur ait eu la volonté d'abandonner le critère de l'indépendance dont la légalité a été implicitement reconnue par le Tribunal fédéral (cf. not. ATF 141 V 71 consid. 6.1.1 ; arrêt du TF 9C_421/2009 du 29 septembre 2009 consid. 5.3) ni qu'il ait voulu retirer au Conseil fédéral le pouvoir d'édicter des règles à ce sujet. Il s'agit par conséquent de retenir que dans le cadre de la modification de l'OPP 2 consécutive à la réforme structurelle de la loi, ce dernier conservait la compétence, sur la base générale de l'art. 97 al. 1 LPP (cf. consid. 3.2 ci-avant), d'édicter des dispositions sur l'indépendance de l'expert agréé et, partant, de modifier celles de l'ancien art. 40 OPP 2. Ce point n'est du reste pas litigieux.

E. 6.3.2

Ainsi qu'il a été exposé (cf. consid. 3.2 ci-avant), l'art. 40 OPP 2 a été complété par modification des 10 et 22 juin 2011. Dans sa nouvelle teneur, cette disposition prévoit d'une part que l'indépendance de l'expert en prévoyance professionnelle ne doit être restreinte ni dans les faits, ni en apparence (al. 1). Selon l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), c'est l'impression du commun des mortels qui est déterminante (cf. Rapport explicatif sur les modifications d'ordonnances dans le cadre de la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle ainsi que du financement des institutions de prévoyance de corporations de droit public [ci-après cité : Rapport explicatif], OFAS, juin 2011, p. 23). Cela apparaît justifié, dans la mesure où il s'agit de créer des conditions propres à susciter la confiance des destinataires des prestations d'assurance. L'objectif visé est en effet non seulement d'empêcher les tentatives de pression du mandant, mais aussi de préserver l'image de l'expert en prévoyance professionnelle, dont la fonction s'apparente à celle des autorités (cf. Rapport explicatif, p. 23). D'autre part, l'art. 40 OPP 2 dresse désormais une liste non exhaustive d'incompatibilités avec l'indépendance de l'expert (al. 2 ; cf. consid. 3.2 ci-avant), sur le modèle des dispositions des art. 34 al. 2 OPP 2 et 728 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220) concernant toutes deux l'indépendance de l'organe de révision. Il apparaît ainsi que les exigences relatives à l'indépendance de l'expert

ont été renforcées dans le cadre de la modification de l'art. 40 OPP 2. Il s'ensuit que, contrairement à ce que soutient la recourante (cf. not. ch. 11 et 17 du recours), les critères développés à ce propos par la jurisprudence sous l'égide de l'ancien droit ne sont plus applicables sans autre (cf. ég. consid. 7.2 ci-après). Pour exemple, alors que le Tribunal fédéral avait jugé que l'indépendance de l'expert en matière de prévoyance professionnelle n'était pas compromise du seul fait de son appartenance au cercle des salariés de l'employeur, qui se confondait dans ce cas avec le fondateur (cf. arrêt du TF 2A.508/2003 précité consid. 4.7), l'art. 40 al. 2 OPP 2 prévoit désormais expressément, pour les institutions de prévoyance d'entreprise, qu'un tel lien de subordination est incompatible avec l'indépendance de l'expert (let. g).

E. 6.3.3

Suite à l'abrogation de l'art. 53 al. 4 LPP, qui conférait expressément au Conseil fédéral la compétence de régler les conditions auxquelles les experts en matière de prévoyance professionnelle doivent satisfaire (cf. consid. 3.2 et 6.3.1 ci-avant), l'on pourrait se demander, au vu de la formulation très générale de l'art. 97 al. 1 LPP, si la délégation demeure admissible quant à son contenu (cf. consid. 2.2.1 ci-avant). Dans la mesure où le Tribunal ne peut examiner la constitutionnalité et la légalité des lois fédérales et, par voie de conséquence, des normes de délégation qu'elles contiennent, la réponse à cette question n'a toutefois pas de réelle portée pratique (cf. consid. 2.2.4.1 ci-avant), de sorte que celle-ci peut demeurer ouverte dans le cadre du présent litige. Par ailleurs, la conformité au droit du critère de l'indépendance ayant été implicitement reconnue par la jurisprudence rendue sous l'égide de l'ancien droit (cf. consid. 6.3.1 ci-avant), il y a uniquement lieu de contrôler la constitutionnalité et la légalité de l'art. 40 OPP 2 dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2012. En d'autres termes, il s'agit d'examiner, au vu du renforcement des exigences relatives à l'indépendance de l'expert, si la disposition en cause reste d'une part dans le cadre et les limites de la délégation législative et si elle respecte d'autre part les principes de l'interdiction de l'arbitraire et de l'égalité de traitement (cf. consid. 2.2.4.2 et 2.2.4.3 ci-avant). A cet égard, on rappellera en premier lieu que, lorsque la délégation législative est relativement imprécise et donne au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation qui lie le Tribunal comme c'est en l'occurrence le cas, le contrôle de la légalité se confond pratiquement avec le contrôle de l'arbitraire de la disposition proposée (cf. consid. 2.2.4.2 ci-avant). Dès lors, dans la mesure où l'exigence d'indépendance en apparence introduite à l'art. 40 al. 1 OPP 2 et la liste des cas d'incompatibilité pour cause de conflit d'intérêts dressée à l'art. 40 al. 2 OPP 2 apparaissent propres à « assurer la mise en oeuvre de la prévoyance professionnelle » et, en particulier, à « garantir [que les experts] exercent leurs fonctions convenablement », il sied de constater que cette disposition reste dans le cadre et les limites de la délégation conférée. C'est également le lieu de rappeler que la réforme structurelle de la loi avait précisément pour but entre autres de renforcer la gouvernance des institutions de prévoyance et, partant, l'indépendance des experts (cf. consid. 3.2 ci-avant ; cf. ég. Pittet/Chuard, op. cit., p. 346 et 348). Enfin, dans la mesure où l'art. 40 OPP 2 vise à prévenir de potentiels conflits d'intérêts et à empêcher les tentatives de pression du mandant sur l'expert, mais aussi, en introduisant l'exigence d'indépendance en apparence, à préserver l'image de ce dernier (cf. consid. 6.3.2 ci-avant), il apparaît que cette disposition est fondée sur des motifs sérieux et objectifs et qu'elle n'est pas dépourvue de sens et d'utilité. Par ailleurs, on notera que l'organe de révision, dont les tâches s'apparentent également à celles des autorités, est soumis à des dispositions similaires (cf. art. 34 OPP 2). Dans ces circonstances, il n'apparaît pas que l'art. 40 OPP 2 contrevienne au principe de l'interdiction

de l'arbitraire ou à celui de l'égalité de traitement (cf. consid. 2.2.4.3 ci-avant ; cf. ég. consid. 7.3 ci-après). Sur la base de ce qui précède, rien ne laisse ainsi à penser que la disposition de l'art. 40 OPP 2 serait inconstitutionnelle ou contraire à la loi. Il ne semble d'ailleurs pas que la recourante prétende le contraire.

E. 6.4

Ayant établi la conformité au droit de l'art. 40 OPP 2 et du renforcement des exigences en matière d'indépendance de l'expert en prévoyance professionnelle, il convient à présent d'examiner si le ch. 4.2 des directives litigieuses, qui prévoit que l'indépendance de l'expert d'une institution de prévoyance est incompatible notamment avec la qualité d'affilié de cette même institution (cf. consid. 4.2 ci-avant), reste dans le cadre fixé par cette disposition (cf. consid. 2.5 ci-avant). Au préalable, il convient de rappeler que les directives de l'administration, dans la mesure où elles sont destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, ne constituent pas des normes de droit fédéral et, par voie de conséquence, n'ont pas à reposer sur une délégation de compétence valablement conférée par le législateur. Le fait qu'en l'occurrence, l'art. 64a al. 1 let. f LPP octroie à la CHS la possibilité d'émettre des directives à l'intention des experts en matière de prévoyance professionnelle n'y change rien. En particulier, les directives sur l'indépendance des experts ne lient pas l'autorité de céans et ne sauraient prévoir autre chose que ce qui découle de la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser, à savoir l'art. 40 OPP 2 (cf. consid. 2.5 ci-avant). Concernant l'interprétation de cette disposition (voir à cet égard consid. 2.4 ci-avant), on observera qu'elle introduit la notion juridique imprécise d'« indépendance », qui laisse une certaine marge d'appréciation à l'autorité chargée de l'appliquer. Le fait que, selon la lettre de l'art. 40 al. 1 OPP 2, l'indépendance ne doit être restreinte « ni dans les faits ni en apparence » plaide en outre clairement en faveur d'une interprétation large de cette notion et, partant, d'un degré d'exigences élevé en la matière. Il sied également de rappeler que la liste des incompatibilités dressée par l'art. 40 al. 2 OPP 2 n'est pas exhaustive, mais simplement exemplative, et qu'elle peut être complétée, afin de prévenir d'autres situations de potentiels conflits entre les tâches de l'expert et ses intérêts privés, qui seraient susceptibles d'influencer la manière dont il exerce son mandat et de remettre en cause sa neutralité et son impartialité. S'agissant de l'interdiction prévue par le ch. 4.2 des directives sur l'indépendance des experts, on notera que le fait que l'expert en matière de prévoyance professionnelle désigné par une institution de prévoyance compte dans le même temps parmi les destinataires de cette institution, respectivement soit dans le même temps affilié auprès de celle-ci pour la mise en oeuvre de la prévoyance professionnelle, est de nature à fonder une suspicion de partialité, qui est à même de porter atteinte à la confiance des assurés à l'égard de l'expert et de compromettre l'indépendance en apparence de ce dernier. Pour cette raison déjà, l'indépendance de l'expert d'une institution de prévoyance est incompatible avec son affiliation à cette institution, respectivement avec la qualité de destinataire de celle-ci (cf. consid. 3.2 ci-avant). Comme le relève en outre la CHS dans sa prise de position du 12 octobre 2016 (cf. § III.A.a p. 3 s.), dans le cadre de son mandat, l'expert assume notamment des tâches en lien avec l'établissement des tableaux de rachat et des plans d'assainissement et de liquidation totale ou partielle, de même qu'avec la fixation du taux de conversion et du taux d'intérêt technique (cf. ég. consid. 3.1 et 4.1 ci-avant ; Directives concernant les mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle du 27 octobre 2004, in : FF 2004 6383 ss, 6384 ; Message concernant les mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle du 19 septembre 2002, in : FF 2003 5835 ss, 5843 s.). Aussi, l'expert affilié à l'institution de

prévoyance qu'il contrôle pourrait théoriquement chercher à améliorer sa situation personnelle au travers des tâches qu'il exerce, par exemple en soumettant à l'organe suprême de celle-ci des recommandations concernant le taux de conversion ou en établissant des tableaux de rachat qui lui seraient personnellement favorables. Dans son rapport explicatif de juin 2011, l'OFAS considérait ainsi que l'expert ne peut être affilié à l'institution de prévoyance qu'il vérifie, « puisqu'il pourrait alors avoir un intérêt au résultat du contrôle » (cf. Rapport explicatif, p. 23 ; cf. ég. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 123 du 19 juillet 2011, p. 64). Il apparaît par conséquent que l'affiliation de l'expert à l'institution de prévoyance qu'il contrôle compromet son indépendance non seulement en apparence, mais également dans les faits. Il suit de ce qui précède que le ch. 4.2 des directives sur l'indépendance des experts ne sort pas du cadre fixé par l'art. 40 OPP 2, mais qu'il procède au contraire d'une interprétation correcte et équitable de cette disposition. Partant, c'est a priori à bon droit que l'autorité inférieure en a tenu compte (cf. consid. 2.5 ci-avant) et qu'elle a en conséquence considéré que la recourante, du fait de son affiliation à l'institution qu'elle vérifie, ne remplissait pas les exigences relatives à l'indépendance des experts en matière de prévoyance professionnelle.

E. 7

Concernant les arguments de la recourante qui n'ont pas encore été traités, il y a lieu de considérer ce qui suit.

E. 7.1

La recourante fait valoir que dans son cas, le risque de perte d'indépendance doit être considéré comme nul (cf. ch. 9 du recours). Elle met en avant que B. _____, en tant qu'institution de prévoyance commune, assure plus de 38'000 assurés alors qu'elle-même n'en compte qu'une vingtaine, n'offre pas de plan de prévoyance « sur mesure » et ne propose que des contrats type d'affiliation, avec des choix de prévoyance distincts, qui sont identiques pour tous les employeurs. Il convient d'abord de rappeler à cet égard que l'expert assume de très nombreuses tâches, notamment en lien avec la fixation du taux de conversion et du taux d'intérêt technique, de même qu'en cas de découvert et de liquidation totale ou partielle (cf. consid. 3.1, 4.1 et 6.4 ci-avant), et qu'il participe en règle générale à l'élaboration des contrats d'affiliation et peut donc influencer sur le contenu de ceux-ci. Comme le relève par ailleurs la CHS dans sa prise de position du 12 octobre 2016 (cf. § III.A.a p. 4.), si l'expert n'a certes en théorie qu'une fonction consultative, ses recommandations sont dans les faits largement suivies par les personnes chargées de gérer ou d'administrer l'institution de prévoyance, qui ne disposent le plus souvent pas des connaissances approfondies de l'expert et peuvent voir leur responsabilité engagée sur le fondement de l'art. 52 LPP. Ce d'autant plus qu'à défaut et s'il s'avère que la sécurité de l'institution est compromise, l'expert a l'obligation d'en informer l'autorité de surveillance (cf. consid. 3.1 ci-avant) qui, pour remplir ses tâches, se fondera en règle générale sur les rapports de l'expert (4.1 ci-avant). Dans ces circonstances, il s'agit de constater que, même dans le cas de figure de la recourante, l'expert conserve, dans les faits, un certain pouvoir d'influence sur la gouvernance de l'institution de prévoyance. Par surabondance, il sied de redire ici qu'il ne suffit pas que l'indépendance de l'expert ne soit pas restreinte dans les faits ; encore faut-il qu'elle ne le soit pas non plus en apparence (cf. consid. 3.2 ci-avant). Or, le simple fait que l'expert soit affilié auprès de l'institution de prévoyance qu'il vérifie est en soi susceptible de faire douter de son indépendance et de porter atteinte à la confiance des assurés à son égard (cf. consid. 6.4 ci-avant). Dès lors, même dans l'hypothèse où, dans un

cas de figure particulier, il s'agirait de considérer que l'expert n'a aucune possibilité d'influer sur la gouvernance de l'institution qui l'a mandaté, l'interdiction visée par le ch. 4.2 des directives n'en demeurerait pas moins valable. L'exigence abstraite d'indépendance en apparence, qui exclut toute exception à cette interdiction, s'oppose en d'autres termes à ce que l'on tienne compte des circonstances concrètes du cas d'espèce. L'argument de la recourante ne résiste donc pas à l'examen et doit être écarté.

E. 7.2

Se référant à l'arrêt 2A.508/2003 précité, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré que l'autonomie de l'expert d'une institution de prévoyance n'était pas altérée par la qualité d'assuré à cette institution (cf. consid. 4, en particulier consid. 4.7 de l'arrêt en question), la recourante avance en outre que le ch. 4.2 des directives sur l'indépendance de l'expert instaure un changement de pratique contraire au principe de la bonne foi (cf. ch. 14 p. 10 et ch. 17 p. 11 du recours). Elle met en avant que dans l'hypothèse où elle devrait ré-affilier son personnel auprès d'une nouvelle institution, une réserve de santé pourrait être émise à l'encontre de certains de ses employés, entraînant une violation de leurs droits acquis. Ainsi qu'il a déjà été exposé (cf. consid. 6.3.2 ci-avant), dès lors que les exigences relatives à l'indépendance de l'expert ont été renforcées dans le cadre de la modification de l'art. 40 OPP 2, la jurisprudence rendue à ce sujet sous l'ancien droit n'est plus applicable sans autre. La recourante ne saurait donc s'y référer pour en tirer argument sous l'angle du principe de la confiance (cf. consid. 2.7 ci-avant). Dans l'arrêt susmentionné, la Haute Cour relevait d'ailleurs que l'adaptation de cette disposition réglementaire à l'évolution du domaine qu'elle régit « relève de la compétence du législateur, en l'espèce le Conseil fédéral en vertu de l'[ancien] art. 53 al. 4 LPP. » (arrêt 2A.508/2003 précité consid. 4.6). Or, précisément, le Conseil fédéral a entretemps modifié l'ordonnance sur ce sujet. En d'autres termes, dès lors que l'interdiction faite à l'expert d'une institution de s'assurer auprès de celle-ci résulte d'une modification de la loi, il ne peut être question d'un quelconque changement de pratique ou de jurisprudence et la recourante ne saurait donc se prévaloir du principe de la bonne foi (cf. consid. 2.6 et 2.7 ci-avant). Le recours est mal fondé sur ce point. Concernant d'autre part la question des éventuelles réserves de santé qui pourraient être émises à l'encontre de certains employés de la recourante à l'occasion d'un changement d'institution de prévoyance, il convient de relever, à la suite de la CHS (cf. prise de position du 12 octobre 2016, § III.C.a p. 6), que cette circonstance résulte de la loi et qu'il en va toujours ainsi en cas de changement d'affiliation (cf. art. 14 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [LFLP, RS 831.42]). Dans un tel cas de figure, le risque que des employés se retrouvent avec une couverture d'assurance inférieure ne peut être écarté. Il ne saurait en conséquence être question de droits acquis des assurés à ce propos. L'argument de la recourante doit donc être rejeté. On observera par ailleurs que cette dernière a la possibilité de rester affiliée auprès de B._____, à la condition toutefois qu'elle renonce au mandat d'expert en prévoyance professionnelle que cette institution lui a confié.

E. 7.3

La recourante se plaint encore d'une violation du principe de l'égalité de traitement (cf. ch. 24 p. 14 et ch. 28 p. 15 du recours). Elle fait en substance valoir qu'aucun motif sérieux et objectif ne justifie que l'expert en prévoyance professionnelle, qui exerce une fonction essentiellement consultative, soit soumis à des exigences plus strictes en matière d'indépendance que l'organe de révision, dont une grande partie des tâches ressortit au

domaine du contrôle. A cet égard, on notera d'abord qu'aux termes de l'art. 52a al. 1 LPP, l'organe de révision et l'expert sont tous deux désignés aux fins de « vérification » (cf. consid. 3.1 ci-avant). Par ailleurs, s'il est vrai que la fonction de l'expert est en théorie essentiellement consultative (cf. consid. 3.1 ci-avant), on rappellera que, dans les faits, il dispose d'un réel pouvoir d'influence sur la gouvernance de l'institution de prévoyance qu'il contrôle (cf. consid. 7.1 ci-avant). Il convient en outre de relever que les art. 34 et 40 OPP 2, concernant l'indépendance respectivement de l'organe de révision et de l'expert, sont désormais rédigés de manière semblable. Ainsi, selon le premier alinéa de ces dispositions, tant l'organe de révision que l'expert doivent être indépendants et former leur jugement en toute objectivité, étant précisé que leur indépendance ne doit être restreinte ni dans les faits, ni en apparence. De plus, les incompatibilités prévues par chacune de ces dispositions sont quasiment identiques (cf. ég. consid. 6.3.2 ci-avant). Les critères d'indépendance applicables à l'expert en matière de prévoyance professionnelle et à l'organe de révision sont ainsi dans une large mesure analogues (cf. ég. Rapport explicatif, p. 23). Dès lors, il y a lieu de suivre la recourante, lorsqu'elle considère que l'organe de révision et l'expert exercent des fonctions semblables vis-à-vis de l'institution de prévoyance et que rien ne justifie en conséquence une différence de traitement quant aux exigences d'indépendance auxquelles l'un et l'autre sont soumis. La recourante se méprend en revanche lorsqu'elle affirme que l'organe de révision jouit d'une liberté totale de s'affilier auprès d'une institution de prévoyance qu'il révisé. En effet, comme cela vaut pour l'expert en matière de prévoyance professionnelle (cf. consid. 6.4 ci-avant), il résulte en particulier de l'exigence d'indépendance apparente introduite à l'art. 34 OPP 2 que l'organe de révision ne peut être affilié à l'institution de prévoyance qui l'a mandaté, une telle situation étant en soi susceptible de faire douter de son indépendance. Peu importe en outre qu'aucune directive de la CHS qui partage au demeurant l'analyse du tribunal de céans (cf. prise de position du 12 octobre 2016, § III.B p. 6) ne prévoient expressément cette incompatibilité. De telles directives n'ont en effet pas vocation à compléter la loi, mais à en préciser le contenu, et ne sauraient donc prévoir autre chose que ce qui découle déjà de la législation (cf. consid. 2.5 ci-avant). Ainsi, il n'apparaît pas que des situations semblables soient traitées de manière différente ni, partant, que la décision de l'autorité inférieure établisse des distinctions juridiques injustifiées. Partant, le grief de la violation du principe de l'égalité de traitement est mal fondé (cf. consid. 5.1 ci-avant) et doit être également rejeté.

E. 7.4

La recourante dénonce enfin une violation de sa liberté économique, de sa liberté d'association et du principe de la proportionnalité. Elle considère en somme que les directives de la CHS ne constituent pas une base légale suffisante au sens de l'art. 36 Cst. et que la mesure envisagée n'est pas dans un rapport raisonnable avec le résultat recherché. A cet égard, il convient de rappeler que la garantie des libertés fondamentales ne revêt pas un caractère absolu et que des restrictions sont admissibles pour autant qu'elles reposent sur une base légale, qu'elles soient justifiées par un intérêt public et proportionnées au but visé et qu'elles ne portent pas atteinte à l'essence même de la liberté en cause (cf. consid. 5.4 ci-avant). Concernant en premier lieu l'exigence d'une base légale, c'est certes à raison que la recourante considère que les directives édictées par la CHS ne constituent pas une base suffisante pour restreindre ses libertés fondamentales. Cela étant, elle perd toutefois de vue que la restriction résulte en l'occurrence non pas des directives en question, mais de la loi elle-même et, en particulier, de la notion d'indépendance en apparence qu'elle introduit à l'art. 40 OPP 2 (cf. consid. 3.2 et 6.4 ci-avant). On remarquera en passant au sujet de cette

disposition, dont la légalité a déjà été examinée et tranchée dans le cadre du présent litige (cf. consid. 6.3 ci-avant), qu'elle est une norme d'exécution de la LPP, qui repose elle-même sur une base constitutionnelle (cf. art. 113 Cst.). S'agissant en second lieu de l'intérêt public sur lequel repose la restriction aux libertés de la recourante, il consiste en la nécessité de préserver l'indépendance de l'expert en prévoyance professionnelle, afin de garantir qu'il exerce sa fonction convenablement et de susciter la confiance des assurés (cf. consid. 6.3.2 ci-avant). Cet intérêt s'avère en outre suffisamment important pour justifier des restrictions proportionnées de la liberté économique et de la liberté d'association de la recourante (cf. ég. ci-après). Concernant ensuite la proportionnalité entre le moyen employé et le but d'intérêt public poursuivi, il apparaît que l'interdiction faite à l'expert d'une institution de prévoyance de s'affilier auprès de celle-ci est propre à atteindre ce but. Au vu de ce qui précède (cf. not. consid. 6.4 et 7.1 ci-avant), il y a en outre lieu de considérer que cette mesure est nécessaire pour garantir l'indépendance, dans les faits et en apparence, des experts en prévoyance professionnelle, dont la fonction il est important de le rappeler s'apparente à celle des autorités. Comme il a été exposé (cf. consid. 7.1 ci-avant), compte tenu du haut degré d'exigence requis, aucune exception ne saurait être tolérée et ce, indépendamment du type d'institution en cause (collective ou commune, n'assurant que la prévoyance obligatoire ou allant au-delà, etc.) ou de la qualité de l'expert (personne physique ou morale). Enfin, il n'apparaît pas que l'atteinte qui en résulte pour la recourante soit disproportionnée. Cette dernière demeure en effet libre de rester membre de C._____. Elle conserve en outre la possibilité de rester affiliée auprès de B._____ et de profiter ainsi des avantages de son appartenance à l'association C._____ en renonçant à son mandat d'expert. A l'inverse, elle peut décider de conserver son mandat auprès de B._____ et de s'affilier auprès de toute autre institution de son choix. Il est également à noter qu'un délai au 31 décembre 2015 lui avait été laissé pour rétablir une situation conforme au droit, délai qui a été prolongé par la présente procédure. Dans ces conditions, la mesure choisie n'apparaît pas disproportionnée et les intérêts privés de la recourante ne sauraient donc primer l'intérêt public poursuivi. Il suit de ce qui précède que l'obligation faite à la recourante, soit d'éliminer la cause qui compromet actuellement son indépendance auprès de B._____, soit de mettre fin à son mandat d'expert pour le compte de cette institution, est fondée sur une base légale et qu'elle est en outre justifiée par un intérêt public prépondérant et proportionnée au but visé. Il n'apparaît pas, au surplus, que cette mesure porte atteinte à l'essence même de la liberté d'association et de la liberté économique de la recourante. Partant, le recours est également mal fondé sur ce point.

E. 8

Dans son écriture, la recourante sollicite finalement « la possibilité de déposer un mémoire ampliatif, une fois que l'autorité inférieure aura pu se déterminer ». Cette possibilité à laquelle la recourante a toutefois tacitement renoncé lui a été donnée par ordonnance du 17 décembre 2015, par laquelle la réponse de l'autorité inférieure du 17 novembre 2015 lui a été communiquée. La prise de position de la CHS du 12 octobre 2016 a également été portée à sa connaissance par ordonnance du 17 octobre 2016, de sorte que la recourante, bien qu'elle s'en soit abstenue, a eu l'opportunité de déposer des observations spontanées sur cette écriture. En d'autres termes, il appartenait à la recourante, le cas échéant, d'exercer spontanément son droit de réplique à la prise de position de la CHS (cf. not. arrêts du TF 5A_178/2015 du 29 mai 2015 consid. 4.2 et 2A.275/2006 du 9 janvier 2007 consid. 3.2 ; cf. ég. consid. 1.4 ci-avant).

E. 9

Les considérants qui précèdent conduisent le Tribunal administratif fédéral à rejeter le recours dans la mesure de sa recevabilité. Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, d'un montant de Fr. 2'500.--, sont mis à la charge de la recourante, en application de l'art. 63 al. 1 PA et des art. 1 ss du Règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2). L'autorité de recours impute, dans le dispositif, l'avance de frais déjà versée, d'un montant équivalent. Une indemnité à titre de dépens n'est allouée ni à la recourante (art. 64 al. 1 PA a contrario, respectivement art. 7 al. 1 FITAF a contrario), ni à l'autorité inférieure (art. 7 al. 3 FITAF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.