

BVGer A-6607/2019 vom 18. November 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-11-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6607_2019

FR: TAF A-6607/2019 du 18 novembre 2021

IT: TAF A-6607/2019 del 18 novembre 2021

Regeste

Liquidation (partielle) des institutions de prévoyance

Erwägungen

E. 1.1

Sous réserve des exceptions - non pertinente en l'espèce - prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), celui-ci connaît, selon l'art. 31 de cette loi, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par les autorités de surveillance en matière de prévoyance professionnelle peuvent être contestées devant le TAF, conformément à l'art. 33 let. i LTAF en combinaison avec 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). La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

E. 1.2

Déposé en temps utile (art. 50 al. 1 PA) et en les formes requises (art. 52 PA) par les destinataires de la décision litigieuse lesquels possèdent un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA), le recours est donc recevable sur ce plan et il peut être entré en matière sur ses mérites sous réserves des considérations suivantes.

E. 1.3.1

Ne peut faire l'objet d'une procédure de recours que ce qui constituait déjà l'objet de la procédure devant l'instance inférieure ou ce qui, selon une interprétation correcte de la loi, aurait dû l'être (objet de la contestation: Streitgegenstand). Les points sur lesquels l'autorité inférieure ne s'est pas prononcée d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision, et sur lesquels elle n'était pas non plus tenue de le faire ne peuvent en principe être examinés par l'autorité supérieure, sans quoi cela amènerait une violation de la compétence fonctionnelle. L'objet du litige (Anfechtungsobjekt) - qui est défini par les conclusions de la partie recourante - peut donc être, sauf exceptions non pertinentes en l'espèce, que réduit par rapport à l'objet de la contestation (ATF 144 II 359 consid. 4.3, 136 II 457 consid. 4.2, 131 V 164 consid. 2.1; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1).

E. 1.3.2

L'origine de la présente affaire est le refus implicite de l'intimée de procéder à la liquidation partielle souhaitée par les recourants. L'objet de la contestation est la décision litigieuse par laquelle l'autorité inférieure a rejeté la plainte des recourants visant à ce qu'elle ordonne une autre liquidation partielle à l'intimée que celle à laquelle celle-ci a procédé. Par conséquent,

la seule question qui peut être clarifiée dans la présente procédure est de savoir si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a refusé d'ordonner une autre mise en liquidation partielle de l'intimée. Toutes les autres questions soulevées par les recourants sur la gestion de l'intimée, notamment sa politique de prêt à certains de ses assurés vont au-delà de l'objet de la contestation et les griefs à cet égard sont irrecevables, ce d'autant plus que les recourants ne formulent aucune conclusion claire à cet égard.

E. 2.1

Selon l'art. 49 PA, le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et l'inopportunité (let. c). Cela étant, le Tribunal exerce son pouvoir d'examen en tenant compte de celui de l'autorité inférieure. Ainsi, lorsqu'il s'agit de trancher de pures questions d'appréciation, de même que lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances de fait spéciales que l'autorité administrative est, vu sa compétence propre ou sa proximité avec l'objet du litige, mieux à même de poser et d'apprécier (cf. ATF 132 II 257 consid. 3.2 ; ATAF 2011/32 consid. 5.6.4), le Tribunal ne substitue pas sans raison suffisante sa propre appréciation à l'appréciation ou à la compétence technique de l'autorité inférieure, il doit au contraire s'appuyer sur des circonstances de nature à faire apparaître sa propre appréciation comme la mieux appropriée (cf. ATF 136 V 351 consid. 5.1.2). A cela s'ajoute que, au sens de l'art. 62 LPP, l'activité de surveillance dans le domaine de la prévoyance professionnelle n'est pas une activité de tutelle ; elle est conçue comme un contrôle de la légalité (cf. ATAF 2007/17 consid. 4 ; arrêts du TAF A-6435/2018 du 18 août 2020 consid. 2.1, A-6693/2018 du 28 avril 2020 consid. 1.8, A-2370/2018 du 16 octobre 2019 consid. 2.4.5; Isabelle Vetter-Schreiber, *Berufliche Vorsorge*, Kommentar, 3e éd., 2013, art. 62 LPP N 1; cf. ég. consid. 5.2.4 infra). Eu égard au fait que la cognition de l'instance supérieure ne peut pas, en vertu du principe de l'unité de la procédure, être plus large que celle de l'autorité inférieure (cf. parmi d'autres : ATF 137 V 71 consid. 5.2), en dérogation à l'art. 49 let. c PA, le pouvoir d'examen du Tribunal se limite à un contrôle de la légalité, lorsque - comme en l'espèce - la cognition de l'autorité inférieure est également restreinte à la légalité (cf. ATF 139 V 407 consid. 4.1.2, 138 V 346 consid. 5.5.1 et 135 V 382 consid. 4.2 ; arrêts du TAF A-7254/2017 du 1er juillet 2020 consid. 2.2, A-1284/2019 du 11 décembre 2019 consid. 2.8, A-6278/2018 du 7 novembre 2019 consid. 2.1.1).

E. 2.2

Le Tribunal constate les faits et applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. 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., 2011, ch. 2.2.6.5 p. 300 s.). Les parties doivent toutefois motiver leur recours (art. 52 PA) et collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. notamment ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2). Le Tribunal peut également mettre un terme à l'instruction si sa conviction est acquise et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, il renonce à leur administration (cf. parmi d'autres : ATF 137 III 208 consid. 2.2, 132 I 13 consid. 5.1). Il n'est pas nécessaire que la conviction de l'autorité confine à une certitude absolue qui exclurait toute autre possibilité. Pour respecter le droit d'être entendu (cf. consid. 3.2 infra), il suffit qu'elle découle de l'expérience de la vie et du bon sens et qu'elle soit basée sur des

motifs objectifs (cf. ATF 130 III 321 consid. 3.2 ; ATAF 2012/33 consid. 6.2.2 ; parmi d'autres : arrêt du TAF A-5357/2019 du 7 mai 2021 consid. 5.2).

E. 3.1

Les recourants se plaignent d'une violation du droit d'être entendu principalement et en substance pour le motif que leurs offres de preuve n'ont pas été prises en compte et que l'autorité inférieure se serait uniquement fiée, pour établir les faits, sur les allégations de l'intimée sans tenir compte des éléments produits ou avancés par eux.

E. 3.2.1

Le droit d'être entendu comprend, en tant que droit de participation du recourant, tous les pouvoirs d'action qui doivent être accordés à une partie afin qu'elle puisse effectivement faire valoir sa position dans la procédure (cf. ATF 146 III 97 consid. 3.4.1, 135 II 286 consid. 5.1 avec réf., arrêt du TF 2C_546/2017 du 16 juillet 2018 consid. 2.2). Ce droit constitutionnel (cf. art. 29 Cst.) est consacré, en procédure administrative fédérale, aux art. 26 à 28 PA (droit de consulter le dossier), 29 à 32 PA (droit d'être entendu stricto sensu), 33 PA (offre de preuves) et 35 PA (droit d'obtenir une décision motivée). L'art. 33 PA prévoit en particulier que l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Cela étant, il n'y a pas de violation du droit d'être entendu si l'autorité renonce à l'obtention des preuves demandées parce qu'elle a formé sa conviction sur la base d'éléments déjà recueillis et peut supposer, sans arbitraire, dans une appréciation anticipée des preuves, que de plus amples mesures d'instruction seraient de toute façon impropres à entamer la conviction qu'elle s'est forgée (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1, 136 I 229 consid. 5.3, 134 I 140 consid. 5.3).

E. 3.2.2

De nature formelle, le droit d'être entendu est une garantie de procédure primordiale dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond, si bien qu'il convient en principe de l'examiner préliminairement. (cf. ATF 135 I 187 consid. 2.2, 126 I 19 consid. 2d/bb). Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1, 135 I 279 consid. 2.6.1, 133 I 201 consid. 2.2, 118 Ib 111 consid. 4b). Toutefois, une telle réparation doit rester l'exception et n'est admissible, en principe, que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée ; cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1, 137 I 195 consid. 2.3.2, 136 V 117 consid. 4.2.2.2, 133 I 201 consid. 2.2).

E. 3.3

Cependant, comme déjà dit, la procédure administrative est aussi gouvernée par la maxime inquisitoire qui veut que l'autorité inférieure établisse les faits (cf. consid. 2.2 supra). Lorsque l'état de fait sur lequel repose la décision attaquée est incomplet, le Tribunal ne dispose pas des éléments suffisants pour se déterminer sur le litige. Dans ce cas, la seule manière de trancher, est de compléter l'état de fait en ordonnant une instruction complémentaire. À teneur de l'art. 61 PA, l'autorité de recours statue en principe elle-même

sur l'affaire, en procédant aux mesures d'instruction nécessaires, et ne la renvoie qu'exceptionnellement avec des instructions impératives à l'autorité inférieure. Selon la jurisprudence, le renvoi à l'administration apparaît en général justifié si celle-ci a constaté les faits de façon sommaire, dans l'idée que le Tribunal les éclaircirait comme il convient en cas de recours (arrêt du TF 9C_162/2007 du 3 avril 2008 consid. 2.3 avec les références citées).

E. 3.4

En l'espèce, comme on le verra, ce cas de figure est réalisé ; le Tribunal étant d'avis que la question de l'existence d'une liquidation partielle (pour ce qui concerne les recourants 1 à 3) n'a pas été suffisamment examinée et que l'état de fait à cet égard est lacunaire. L'autorité inférieure a certes donné l'occasion aux recourants de s'exprimer mais elle n'a pas suffisamment discuté leurs propositions de preuve et leurs arguments, les écartant au profit des allégués de l'intimée sans véritablement en exposer les motifs. Elle n'a pas non plus pris en considération dans l'évaluation des faits, les carences dans la gestion paritaire de l'intimée que les recourants lui ont signalés (cf. à cet égard consid. 5.1.3 et 10.2.2.3 infra). La question de savoir si ces manquements relèvent d'une violation du droit d'être entendu ou d'une violation de la maxime inquisitoire peut rester ouverte dès lors que dans les deux cas la cause doit être renvoyée à l'autorité inférieure pour complément d'instruction (cf. consid. 11.1 infra).

E. 3.5

Le recourant 4 (à l'instar des recourants 1 et 3, cf. consid. 11.2 infra) a requis sa comparution personnelle devant la Cour de Céans. Or le Tribunal s'estime suffisamment renseigné en ce qui le concerne. En effet, il a largement pu s'exprimer dans ses écritures, produisant un grand nombre de pièces. Le Tribunal ne voit pas ce que son audition orale peut apporter de décisif et il ne l'explique pas non plus. A cela s'ajoute que la procédure administrative, régie par la PA, est en principe écrite. Il n'est ainsi procédé à l'audition de parties ou de témoins que si de telles mesures d'instruction paraissent indispensables à l'établissement des faits de la cause (art. 14 al. 1 PA; cf. ATF 130 II 169 consid. 2.3.3 ; arrêt du TF 1C_323/2011 du 12 octobre 2011 consid. 2.2). Le Tribunal renonce ainsi à l'entendre par appréciation anticipée des preuves (cf. consid. 2.2 supra).

E. 4

Avant d'expliquer les raisons ayant conduit le Tribunal au renvoi de la cause à l'autorité inférieure (cf. consid. 9 à 11), il sied d'exposer les principes généraux qui gouvernent l'organisation et la surveillance des institutions de prévoyance (cf. consid. 5) et de rappeler les règles qui régissent leur liquidation partielle (cf. consid. 6 à 8).

E. 5.1.1

Les institutions de prévoyance enregistrées sont des institutions juridiquement indépendantes. Dans les limites de la loi, elles choisissent librement leur mode d'organisation et de financement, ainsi que les prestations fournies (cf. art. 49 al. 1 LPP). Dans la mesure où la LPP ne définit que des exigences minimales (cf. art. 6 LPP), la loi laisse aux institutions de prévoyance une très grande autonomie dans ces domaines (cf. arrêt du TAF A-7254/2017 du 1er juillet 2020 consid. 3.1 ; Thomas Gächter/Kaspar Saner, in : Schneider/Geiser/Gächter [édit.], Commentaire LPP et LFLP, 2e éd., 2020 [ci-après cité Commentaire LPP et LFLP], art. 49 LPP N 6), que l'autorité de surveillance et, partant, l'autorité de recours se doivent de respecter (cf. consid. 5.2.4 infra).

E. 5.1.2

Les institutions de prévoyance doivent faire figurer dans l'acte constitutif, dans les statuts ou dans le règlement, des dispositions au sujet des objets indiqués à l'art. 50 al. 1 LPP. Il leur revient aussi de fixer dans un règlement les conditions et la procédure de liquidation partielle (cf. art. 53b al.1 LPP), lequel doit être approuvé par l'autorité de surveillance (cf. art. 53b al. 2 LPP). Elles doivent également respecter le principe de la transparence et assurer leur devoir d'information (cf. art. 65a et 86b al. 2 LPP).

E. 5.1.3

Les institutions de prévoyance sont gérées paritairement par les salariés et les employeurs, qui ont le droit de désigner le même nombre de représentants dans l'organe suprême de l'institution de prévoyance (art. 51 al. 1 LPP ; cf. ATF 142 V 239 consid. 2.1). Cette disposition, qui s'applique également à la prévoyance étendue (cf. art. 49 al. 2 ch. 7 LPP), est de nature relativement impérative, en ce sens qu'il ne peut y être dérogé au détriment des salariés (cf. arrêt du TAF A-7254/2017 du 1er juillet 2020 consid. 3.3.1 et les réf. citées). La gestion paritaire constitue l'élément principal de la participation dans le domaine de la prévoyance professionnelle (cf. Message du Conseil fédéral du 19 décembre 1975 à l'appui du projet de LPP [MCF LPP], FF 1976 I 117 p. 172 ; voir aussi Hans Michael Riemer, La gestion paritaire selon la LPP des institutions de prévoyance de droit privé et de droit public en faveur du personnel, in : Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [RSAS] 1985 p. 148 ss, p. 158). Son but déterminant pour l'interprétation et l'application de l'art. 51 LPP est de garantir aux salariés le droit de participer à la gestion de leur institution de prévoyance. L'un des objectifs de la 1ère révision de la loi a été de renforcer la participation des représentants des salariés au sein de l'organe paritaire (cf. Message du Conseil fédéral du 1er mars 2000 relatif à la 1ère révision de la LPP [MCF 1ère révision LPP] FF 2000 2495 p.2534 ss ; ATF 142 V 239 consid. 4.2 ; Isabelle Vetter-Schreiber, Umsetzung von Art. 51 BVG in den Sammelstiftungen der Lebensversicherer, in : RSAS 2006 p. 337 ss, p. 345 s.). On observera encore qu'avant la 1ère révision de la LPP, la présidence du conseil de fondation n'était pas réglée dans la loi. Dans la mesure où le président était pratiquement toujours désigné parmi les représentants des employeurs et qu'il avait souvent à trancher en cas d'égalité de voix, la parité n'était pas respectée sur ce point (cf. Thomas Gächter/Maya Geckeler Hunziker, in : Commentaire LPP et LFLP, art. 51 LPP N 57). Désormais, l'art. 51 al. 3 LPP prévoit que la présidence de l'organe paritaire est exercée à tour de rôle par un représentant de l'employeur et un représentant des salariés, pour permettre à ceux-ci d'assumer la présidence aussi souvent que l'employeur et « souligner le caractère paritaire de la gestion, dans l'optique du partenariat social » (cf. MCF 1ère révision LPP p. 2536 et p. 2553). Il est toutefois possible de prévoir un autre mode d'attribution (cf. art. 51 al. 3 i.f. LPP).

E. 5.1.4

Conformément à l'art. 51a al. 1 LPP, l'organe suprême de l'institution de prévoyance en assure la direction générale, veille à l'exécution de ses tâches légales et en détermine les objectifs et principes stratégiques ainsi que les moyens permettant de les mettre en oeuvre (1ère phrase). Il définit l'organisation de l'institution de prévoyance, veille à sa stabilité financière et en surveille la gestion (2ème phrase). Cette disposition énonce, sous forme de principe, les attributions de l'organe suprême. S'il a la possibilité d'en déléguer certaines (cf. art. 51a al. 3 LPP), le second alinéa de l'art. 51a LPP dresse une liste de tâches intransmissibles et inaliénables de l'organe suprême. Si les employeurs ont un droit légitime

à exercer une influence sur la structure du régime de prévoyance, l'organe suprême a un pouvoir de réglementation unilatéral (cf. art. 51a al. 2 let. c LPP). Aussi, hors du cadre de la gestion paritaire de cet organe, la loi n'accorde à l'employeur aucune possibilité d'exercer une influence directe sur la teneur du règlement (cf. arrêt du TAF A-7254/2017 du 1er juillet 2020 consid. 3.3.4 2ème par.)

E. 5.2.1

La compétence de l'autorité de surveillance LPP, désignée conformément à l'art. 61 LPP, repose sur la définition des tâches qui lui sont assignées. Selon l'art. 62 al. 1 LPP, l'autorité de surveillance s'assure que les institutions de prévoyance, les organes de révision dans la prévoyance professionnelle, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les institutions servant à la prévoyance se conforment aux dispositions légales et que la fortune est employée conformément à sa destination. En particulier, elle vérifie que les dispositions statutaires et réglementaires des institutions de prévoyance et des institutions servant à la prévoyance sont conformes aux dispositions légales (let. a) ; elle exige de l'institution de prévoyance et de l'institution qui sert à la prévoyance un rapport annuel, notamment sur leur activité (let. b) ; elle prend connaissance des rapports de l'organe de contrôle et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle (let. c) ; elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (let. d) et elle connaît des contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé (let. e). Pour les fondations, l'autorité de surveillance exerce aussi, les attributions prévues aux art. 85 à 86b CC (cf. art. 62 al. 2 LPP). Selon l'article 89a al. 6 ch. 12 et 19 CC, les dispositions de la LPP relatives à la surveillance et au contentieux s'appliquent également aux fondations de prévoyance en faveur du personnel au sens de l'article 331 du CO actives dans le domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité.

E. 5.2.2

La surveillance des autorités peut être exercée soit à titre préventif, afin de garantir que les institutions de prévoyance se conforment aux dispositions légales et statutaires, soit à titre répressif, pour rétablir une situation conforme au droit (cf. ATF 140 V 348 consid. 2.2 et 126 III 499 consid. 3a ; ATAF 2007/17 consid. 3 ; arrêts du TAF A-7254/2017 du 1er juillet 2020 consid. 3.4.1, A-358/2018 du 10 janvier 2019 consid. 7.1 et A-3479/2016 du 20 août 2018 consid. 2.2.2). Les décisions de l'autorité de surveillance peuvent faire l'objet d'un recours devant le TAF (cf. art. 74 LTF). Les dispositions réglementaires des institutions de prévoyance sont ainsi soumises à un contrôle abstrait, qui intervient en dehors d'un cas d'application (cf. ATF 142 V 239 consid. 3.3, 135 V 382 consid. 4.3).

E. 5.2.3

L'autorité de surveillance jouit d'un grand pouvoir d'appréciation dans le choix de ses moyens d'intervention (cf. décision de la commission de recours LPP du 18 janvier 1995, in : Droit des assurances sociales [SVR] 1995 n° 37, consid. 2 ; Petra Caminada, Staatliche Aufsicht der beruflichen Vorsorge, 2012, p. 34), dont l'art. 62a al. 2 LPP dresse une liste non exhaustive (cf. Christiana Ruggli, in : Commentaire LPP et LFLP, art. 62a LPP N 3 ; Caminada, op. cit., p. 141). Elle peut notamment adresser des instructions contraignantes à l'organe suprême de l'institution en vue de la modification et/ou de l'adoption de dispositions particulières, voire annuler des dispositions non conformes à la loi (cf. arrêt du TAF A-7254/2017 du 1er juillet 2020 consid. 3.4.2 et les réf. citées ; pour ce qui est du règlement de liquidation cf. consid. 7.3 infra). De telles mesures ne peuvent être prises à

l'encontre d'une institution de prévoyance qu'en cas de violation des dispositions légales, statutaires ou réglementaires. L'annulation d'une décision de l'organe suprême de l'institution de prévoyance n'est en principe envisageable qu'après que celui-ci ait été sommé en vain de la modifier (cf. arrêt du TAF A-7254/2017 du 1er juillet 2020 consid. 3.4.2 3ème par. ; Caminada, op. cit., p. 145 s.). Cette surveillance porte également sur le bon fonctionnement de la gestion paritaire. Tout intéressé a la possibilité de se plaindre auprès de l'autorité de surveillance de manquements à ce principe (cf. arrêt du TAF A-7254/2017 du 1er juillet 2020 consid. 3.4.3 et les réf. citées)

E. 5.2.4

Lorsqu'elle est appelée à vérifier la procédure de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance et la répartition de la fortune libre de celle-ci, le pouvoir de l'autorité de surveillance et, partant, de l'autorité judiciaire est également limité à un contrôle de la conformité légale et réglementaire des mesures envisagées (cf. consid. 2.1 infra). Si l'autorité de surveillance intervient dans le cadre du pouvoir d'appréciation de l'organe suprême de la fondation ou procède à un examen plus large de l'activité de celle-ci, elle viole le principe de l'autonomie de la fondation et contrevient au droit fédéral (cf. ATF 140 V 348 consid. 2.2, 138 V 346 consid. 5.5.1, 135 V 382 consid. 4.2 et 128 II 394 consid. 3.3 ; arrêts du TAF A-7254/2017 du 1er juillet 2020 consid. 3.4.2, A-3400/2017 du 12 juin 2019 consid. 3.2 ; Vetter-Schreiber, op. cit., art. 62 LPP N 3).

E. 6.1

En cas de liquidation partielle d'une institution de prévoyance, un intérêt à la pérennité lui est reconnu. A ce titre, elle constitue les réserves et les provisions dont elle a besoin compte tenu des risques de placement et des risques actuariels après la liquidation partielle, afin de poursuivre la prévoyance des assurés restants. Il s'agit notamment de réserves de fluctuation de risque, de réserves de fluctuation de valeur sur les actifs, de réserves d'intérêt (intérêt minimal légal sur les avoirs de vieillesse), de réserves dues à l'augmentation de l'espérance de vie, de réserves pour l'adaptation des rentes actuelles au renchérissement ainsi que de réserves pour les impôts différés et les prélèvements sur les biens immobiliers (cf. ATF 144 V 264 consid. 4.3.2, 131 II 525 et les réf. citées ; notamment : arrêts du TAF A-662/2018 du 13 février 2019 consid. 3.1.1, A-387/2017 du 20 novembre 2018 consid. 4.1).

E. 6.2

Outre l'intérêt à la pérennité, il convient de respecter le principe de l'égalité de traitement (cf. art. 53d al. 1 LPP), selon lequel la fortune de prévoyance doit suivre les bénéficiaires précédents, afin que certains groupes d'assurés ne profitent pas au détriment d'autres en raison de la rotation du personnel (cf. notamment : ATF 143 V 200 consid. 4.2.3). Le principe de l'égalité de traitement s'oppose à ce que l'institution de prévoyance constitue toutes les réserves et provisions possibles en faveur de la continuation de l'institution de prévoyance, alors qu'elle ne transfère aux assurés sortants qu'une partie de la fortune libre restante, en plus de la prestation de libre passage légale ou réglementaire. En d'autres termes, une institution de prévoyance doit pouvoir constituer les réserves et provisions actuarielles nécessaires dont elle a besoin après la liquidation partielle sans pour autant que l'intérêt à sa pérennité ne prime sur les prétentions à l'égalité de traitement du personnel sortant par rapport au personnel restant (cf. ATF 144 V 120 consid. 2.2, 140 V 121 consid. 4.3, 131 II 514 consid. 5.4; arrêts du TAF C-5858/2019 du 23 juin 2021 consid. 8.7.4, A-662/2018 du 13 février 2019 consid. 3.1.2, A-387/2017 du 20 novembre 2018 consid.

4.2). En effet, les principes d'égalité de traitement et de pérennité doivent être considérés comme équivalents et pondérés au cas par cas (cf. ATF 131 II 514 consid.5 ; arrêt du TF 9C_756/2009 du 8 février 2010 consid. 7.5). Selon Kieser, il n'est pas envisageable de conserver des fonds qui devraient être distribués en application du principe de l'égalité de traitement alors que la pérennité de l'institution n'est pas effectivement menacée. Le principe de l'égalité de traitement impose en effet de procéder à une répartition permettant d'assurer l'égalité de traitement à long terme ; il faut en effet veiller à ce que des liquidations partielles ultérieures puissent également se faire selon les mêmes critères. Dans ce sens, il conviendrait d'admettre que, dans les domaines d'application de l'art. 53d LPP, le principe de l'égalité de traitement l'emporte sur l'intérêt à la pérennité (cf. Ueli Kieser, in : Commentaire LPP et LFLP, art. 53d LPP N 15 s. ; cf. ég. ATF 140 V 121 consid. 4.2).

E. 7.1

Aux termes de l'art. 53b al. 1 LPP, les institutions de prévoyance fixent dans leurs règlements les conditions et la procédure de liquidation partielle. Les conditions pour une liquidation partielle sont présumées remplies lorsque l'effectif du personnel subit une réduction considérable (let. a), qu'une entreprise est restructurée (let. b) ou que le contrat d'affiliation est résilié (let. c). L'énumération de ces trois états de fait est exhaustive et alternative (cf. ATF 143 V 200 consid. 2.1, 138 V 346 consid. 6.1, 136 V 322 consid. 8.2; Kieser, op. cit., art. 53b LPP N 11); les institutions de prévoyance n'ont pas la possibilité d'en prévoir de nouveaux dans leurs règlements (cf. notamment : arrêt du TAF A-2730/2016 du 23 avril 2018 consid. 2.2. et les réf. citées). S'il s'agit là de principes généraux applicables à toutes les institutions de prévoyance (y compris dans le champ de la prévoyance étendue, cf. art 49 al. 2 ch. 11 LPP), les conditions énoncées à l'art. 53b al. 1 LPP - ainsi que cela ressort du texte légal - ne constituent que des présomptions (légales), réfragables dans un cas concret. Autrement dit, il est possible qu'en fonction des particularités de l'institutions de prévoyance, la survenance d'une situation prévue à l'art. 53b al. 1 LPP n'entraîne pas de liquidation partielle (cf. ATF 143 V 200 consid. 4.1, 138 V 346 consid. 6.2 et 136 V 322 consid. 10.2 ; ATAF 2008/53 consid. 6.2.1 ; arrêts du TAF A-5191/2017 du 29 août 2019 consid. 2.2, A-2730/2016 du 23 avril 2018 consid. 2.1, A-2907/2015 du 23 mai 2016 consid. 1.3 et 5.1.2 ; Kieser, op. cit., art. 53b LPP N 13-14). Dans tous les cas, les (différentes) présomptions légales doivent être précisées dans les règlements de liquidation. Il ne suffit pas d'adopter la formulation de l'art. 53b al. 1 LPP ; il revient aux institutions d'adapter concrètement les conditions de liquidation partielle à leurs spécificités (cf. parmi d'autres : ATF 138 V 346 consid. 6.2).

E. 7.2

En effet, afin qu'elles ne procèdent pas à des liquidations de façon arbitraire mais selon des principes uniformes et légaux, les conditions et la procédure de liquidation partielle doivent être fixées au préalable de la manière la plus objective et exhaustive possible, dans le règlement de l'institution, lequel doit être approuvé par l'autorité de surveillance conformément à l'art. 53b al. 2 LPP (cf. ATF 136 V 322 consid. 8.2 ; arrêt du TF 9C_109//2017 du 19 septembre 2017 consid. 3.1.2 ; arrêt du TAF A-5191/2017 du 26 août 2019 consid. 2.4 avec les réf. citées). Les institutions de prévoyance jouissent à cet égard d'une certaine latitude de jugement, en particulier dans l'application des notions juridiques indéterminées de « réduction considérable de l'effectif du personnel » et de « restructuration » (cf. ATF 136 V 322 consid. 10.1 et 10.2 ; arrêt du TAF A-2720/2016 du 31 mai 2018 consid. 2.2; Office fédéral des assurances sociales [OFAS], Bulletin de la prévoyance

professionnelle n° 100 du 19 juillet 2007 [ci-après cité : Bulletin LPP n° 100], ch. 590), que l'autorité de surveillance se doit de respecter (cf. consid. 2.1 2ème par. et 5.2.4 supra ; parmi d'autres : ATAF 2008/53 consid. 4.2, arrêt du TAF A-2730/2016 du 23 avril 2018 consid. 2.2).

E. 7.3

Dans le cadre de l'approbation du règlement, le rôle de l'autorité de surveillance consiste uniquement à vérifier si les dispositions réglementaires adoptées sont conformes à la loi et aux principes reconnus (cf. ATF 139 V 72 consid. 2.2.2 ; Sabina Wilson, Die Erstellung des Teilliquidationsreglements einer Vorsorgeeinrichtung und weitere Einzelfragen zur Durchführung einer Teilliquidation, 2016, N 78 et 394 ss ; aussi consid. 5.2.4 supra). A l'issue de son contrôle, l'autorité de surveillance ne peut que donner ou refuser son approbation ; elle ne peut en revanche pas intervenir directement dans le contenu du règlement de liquidation partielle pour le modifier (cf. ATF 139 V 72 consid. 2.2.2). Il s'agirait en effet d'une atteinte illicite au pouvoir d'appréciation dont l'organe suprême de l'institution jouit dans le cadre de l'élaboration du règlement (cf. consid. 5.1.1 et 7.2 supra). Tout au plus l'autorité de surveillance a-t-elle la possibilité, dans le cas où cela s'avère nécessaire, de donner à l'institution de prévoyance des instructions impératives à ce sujet (cf. consid. 5.2.3 supra ; arrêt du TAF A-5191//2017 du 26 août 2019 consid. 2.4 ; Wilson, op. cit., N. 402). L'approbation du règlement de liquidation partielle a un effet constitutif. Cette approbation n'empêche pas un contrôle de légalité incident, dans un cas concret d'application (cf. parmi d'autres : ATF 139 V 72 consid. 4). Toute illégalité constatée dans ce cadre ne conduit pas à l'annulation du règlement en question, mais en principe à sa non-application dans le cas concret litigieux (ATF 143 V 200 consid. 5.1, 140 II 194 consid. 5.8).

E. 8.1

S'agissant de l'art 53b al. 1 let. a LPP, la jurisprudence a posé pour principe qu'une réduction de l'ordre de 10 % de l'effectif du personnel devait être considérée, de façon générale, comme une réduction considérable donnant lieu à liquidation partielle de l'institution de prévoyance, étant toutefois précisé que ce principe ne saurait être appliqué de manière schématique à toute entreprise, indépendamment de sa taille. En effet, pour une entreprise comptant peu de personnel, le chiffre de 10 % apparaît manifestement trop faible puisqu'il faudrait procéder à une liquidation partielle chaque fois que quelques collaborateurs quittent l'entreprise. A l'inverse, il serait contraire au but de la loi d'attendre qu'une grande société multinationale licencie plusieurs centaines, voire plusieurs milliers de collaborateurs avant d'opérer une liquidation partielle (cf. ATF 136 V 322 consid. 8.3 et les réf. citées, arrêt du TF 9C_109//2017 du 19 septembre 2017 consid. 3.1.3 ; cf. Kieser, op. cit., art. 53b LPP N 22). La période admise pour considérer qu'il y a une réduction considérable de l'effectif est généralement de trois ans, durée qui peut exceptionnellement être étendue à cinq ans au maximum (cf. ATF 128 II 394 consid. 6.4 mentionne 5 ans ; arrêt du TAF C-3268/2009 du 29 septembre 2011 consid. 7.2 a admis moins de 3 ans dans un cas spécifique). Il faut toutefois qu'il existe un lien entre ces réductions de personnels successives qui s'étalent sur plusieurs années, à défaut duquel, ces diminutions doivent être considérées séparément. L'objectif est d'empêcher que l'employeur mette en échec la mise en oeuvre d'une liquidation partielle en réduisant son effectif de manière progressive (cf. ATF 145 V 22 consid. 4.2, 128 II 394 consid. 6.4 et 6.5 ; arrêts du TF 9C_747/2019 du 27 août 2020 consid. 4.2, 9C_53/2016 du 20 septembre 2016 consid. 7.2.1, Kieser, op. cit., art.

53b LPP N 20).

E. 8.2.1

Quant à la notion de « restructuration d'entreprises » au sens du droit de la prévoyance (cf. art. 53b al. 1 let. b LPP), elle contient deux aspects qui doivent être remplis de manière cumulative (cf. parmi d'autres : ATF 136 V 322 consid. 8.3 ; Kieser, op. cit., art. 53b LPP N 24). D'un point de vue qualitatif, on entend par restructuration une réorganisation stratégique de l'entreprise caractérisée soit par l'établissement de nouvelles activités de base, soit par l'abandon, la vente ou toute autre modification d'un ou de plusieurs domaines d'activité. Il peut également y avoir restructuration lorsqu'une entreprise abandonne certains services internes et les externalise. En revanche, le seul réaménagement des structures de direction, sans réduction du personnel, ne saurait être interprété comme une restructuration (ATF 136 V 322 consid. 8.3 ; arrêt du TAF C-1193/2012 du 16 mars 2017 consid. 5.4; Vetter-Schreiber, op. cit., art. 53b LPP N 14 ss; Fritz Steiger, Die Teilliquidation nach Art. 53b BVG, in : Pratique Juridique Actuelle [PJA] 2007, p. 1055 s.).

E. 8.2.2

D'un point de vue quantitatif, on entend par restructuration une modification de l'effectif des assurés. Lorsque la restructuration affecte à la baisse l'effectif du personnel, on se trouve dans une situation de « réduction considérable de l'effectif du personnel ». Une restructuration peut cependant aussi conduire à des remplacements sans diminution de l'effectif du personnel. Elle peut même conduire à une augmentation de celui-ci (cf. Kieser, op. cit., art. 53b LPP N 26, cf. MCF 1ère révision LPP p. 2554, apparemment contra Prise de position de l'OFAS Bulletin LPP n° 100, qui affirme « Par contre, une augmentation de personnel suite à une reprise d'entreprise ou à une fusion n'entraîne pas de liquidation partielle »). C'est le cas par exemple d'une réorganisation impliquant, d'une part, la vente d'une unité de l'entreprise et, d'autre part, le rachat d'une autre unité. Contrairement à l'état de fait visé par l'art. 53b al. 1 let. a LPP, la restructuration d'une entreprise n'exige donc pas une réduction considérable de l'effectif du personnel (cf. ATF 136 V 322 consid. 8.3 et les réf. citées ; arrêt du TF 9C_109/2017 du 19 septembre 2017 consid. 3.1.3). Dans un cas concret, en tenant compte du règlement de liquidation partielle applicable, la jurisprudence a admis qu'une fluctuation de personne de 0,11% constituait une restructuration (cf. arrêt du TF 9C_10/2013 du 4 mars 2014 consid. 4). En revanche, il n'y a pas de restructuration du seul fait d'une réduction du temps de travail ayant entraîné une modification du plan des contributions et des prestations de l'institution de prévoyance (cf. décision de la commission de recours LPP du 22 mars 1999 in : SVR 2001 LPP n° 13). Plus que le nombre de collaborateurs ou collaboratrices avant et après la restructuration, ce sont les mouvements de personnel qui sont déterminants car il s'agit de ne pas compromettre les attentes des anciens ou des nouveaux assurés (cf. MCF 1ère révision LPP p. 2554; c'est dans ce sens qu'il faut comprendre la prise de position de l'OFAS précitée).

E. 8.2.3

Pour l'évaluation quantitative, on retient également une période d'observation rétroactive d'un an dès la décision de l'organe compétent de l'entreprise employeuse. En présence d'une réduction progressive du personnel, une période plus longue doit être prise en compte ; les mêmes principes qui régissent la réduction considérable du personnel s'appliquent (cf. arrêts du TAF A-2646/2018 du 30 septembre 2019 consid. 6.6 [décision confirmée par l'arrêt du TF 9C_747/2019 du 27 août 2020] pour la détermination de la période ; C-498/2012 du 16

mai 2013 consid. 8.3 qui a retenu une période de restructuration de 18 mois ; Wilson, op. cit., N 142 ; ég. Martina Stocker, Die Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, thèse 2012, p. 103).

E. 8.3

Le dernier motif de liquidation, prévu à l'art. 53b al. 1 let. c LPP, est celui de la résiliation du contrat d'affiliation.

E. 8.4.1

En principe, les départs volontaires ne sont pas pris en compte dans une liquidation partielle. Il en va différemment d'un départ apparemment volontaire qui résulterait d'une situation économique difficile motivant l'anticipation d'une résiliation des rapports de travail et la recherche active d'un nouvel emploi. Dans ce cas, il faut que le départ soit dicté par des événements survenus au niveau de l'entreprise ou de l'activité et non par des raisons individuelles. Seules les résiliations qui sont imputables au même événement économique ayant déclenché la liquidation partielle doivent être considérés (cf. ATF 145 V 22 consid. 4.2, 133 V 607 consid. 4.2.2, 128 II 394 consid. 6.5 ; arrêt du TF 2A.48/2003 du 26 juin 2003 consid. 2.2 ss et 3.1 ; arrêts du TAF A-2646/2018 du 30 septembre 2019 consid. 4.2.2 [décision confirmée par l'arrêt du TF 9C_747/2019 du 27 août 2020], A-2946/2017 du 26 juillet 2018 consid. 3.4.1, C-5397/2011 du 13 janvier 2014 consid. 5.4.2). En revanche, ne sont pas pris en considération les congés donnés parce que la personne ne veut pas s'accommoder de la nouvelle organisation ou d'un nouveau responsable (cf. arrêt du TF 2A.48/2003 du 26 juin 2003 ; Kieser, op. cit., art. 53d LPP N 7). Il en va en principe de même pour les départs par consentement mutuel (accord de résiliation ou convention de départ), dans la mesure où la personne concernée a été dédommagée de façon substantielle (cf. arrêt du TF 2A.410/2013 du 26 février 2014 consid. 3.5 ; Kieser, op. cit., art. 53b LPP N 18). Toutefois, si des postes sont devenus superflus à la suite d'une réorganisation et que les titulaires de ces postes sont confrontés au choix de conclure l'accord de résiliation ou d'être licenciés, le départ peut difficilement être considéré comme volontaire (cf. ATF 132 V 149 consid. 5.1). Les circonstances du cas concret doivent être évaluées (cf. arrêt du TAF A-2646/2018 du 30 septembre 2019 consid. 4.2.5 [décision confirmée par l'arrêt du TF 9C_747/2019 du 27 août 2020]).

E. 8.4.2

Wilson, soutient toutefois en substance que dans l'évaluation de l'état de fait donnant lieu à une liquidation partielle pour réduction considérable des effectifs, il faut considérer tous les départs, quelle qu'en soit la raison, car la loi ne fait pas de distinction (Wilson, op. cit., N 122). En revanche, en cas de restructuration, cette auteure part du principe que seuls les départs pour des raisons économiques ou organisationnelles doivent être pris en compte pour l'appréciation la situation sur le plan quantitatif (Wilson, op. cit., N 143). Le Tribunal de céans a également jugé, à plusieurs reprises, qu'il n'est pas déterminant de savoir, en cas de restructuration, si l'employé a donné son congé ou si c'est l'employeur qui l'a donné (cf. arrêts du TAF C-498/2012 du 16 mai 2013 consid. 5.4, C-2272/2011 du 25 février 2013 consid. 5.3.3 et C-2352/2006 du 28 janvier 2008 consid. 5.4.1), du moment que la résiliation des rapports de travail est directement en relation avec la restructuration (cf. arrêt du TAF C-6903/2013 du 9 mars 2015 consid. 6.4 [confirmé par l'arrêt du TF 9C_297/2015 du 6 novembre 2015] ; ég. arrêt du TF 9C_107/2017 du 19 septembre 2017 consid. 3.4).

E. 8.5.1

Les modifications structurelles d'une société - diminution importante de l'effectif ou restructuration non limitée à des changements internes - entraînent généralement des conséquences pour l'institution de prévoyance, qui doit se défaire d'une partie de son patrimoine en proportion des droits des assurés quittant l'institution indépendamment de leur volonté, ceci en vertu du principe de la bonne foi (art. 2 al. 2 CO), qui exige que la fortune de prévoyance suive le personnel (cf. ATF 136 V 322 consid. 10.1 et 128 II 394 consid. 3.2 ; parmi d'autres : arrêts du TAF A-5191/2017 du 27 août 2019 consid. 4.1 et A-1130/2016 du 17 novembre 2017 consid. 2.1 et les réf. citées).

E. 8.5.2

Selon l'art. 53d al. 1 LPP, lors de la liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance, le principe de l'égalité de traitement et les principes techniques reconnus doivent être respectés. Cette disposition réserve en outre la compétence du Conseil fédéral pour définir les principes. Les fonds libres doivent être calculés en fonction de la fortune, dont les éléments sont évalués sur la base des valeurs de revente (art. 53d al. 2 LPP). L'organe paritaire désigné ou l'organe compétent fixe, dans le cadre des dispositions légales réglementaires, le moment exact de la liquidation, les fonds libres et la part à répartir lors de la liquidation, le montant du découvert et la répartition de celui-ci, ainsi que le plan de répartition (art. 53d al. 4 let. a-d LPP). Les assurés et les bénéficiaires de rentes ont le droit de faire vérifier par l'autorité de surveillance compétente les conditions, la procédure et le plan de répartition et de lui demander de rendre une décision (art. 53d al. 6 LPP).

E. 8.6

Sur la base de la compétence conférée par l'art. 53d al. 1 LPP, le Conseil fédéral a arrêté les art. 27g et 27h OPP 2, qui règlent le droit à des fonds libres et le droit collectif aux provisions et aux réserves de fluctuation en cas de liquidation partielle ou totale.

E. 8.6.1.1

L'art. 27g al. 1 OPP 2 reprend en substance l'art. 18a (anciennement art. 23) al. 1 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP, RS 831.42), selon lequel en cas de liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. Dans ce cadre, le principe de la bonne foi impose que la fortune de prévoyance suive les personnes jusqu'alors destinataires, tandis que le principe de l'égalité de traitement interdit d'en faire profiter certains groupes de destinataires au détriment d'autres (cf. ATF 136 V 322 consid. 10.1 ; arrêt du TF 9C_319/2010 du 31 mars 2011 consid. 4.1). Il s'agit de tenir compte de cet aspect par une répartition de la fortune de la fondation qui soit adaptée à la situation (cf. ATF 133 V 607 consid. 4.2.1 et 128 II 394 consid. 3.2). L'idée générale est que la fortune libre d'une institution de prévoyance doit revenir, en cas de liquidation, à ceux pour lesquels l'institution de prévoyance a été créée. Réserver ces fonds libres exclusivement aux destinataires restants porterait atteinte aux attentes justifiées de prestations discrétionnaires futures (cf. arrêt du TF 9C_319/2010 du 31 mars 2011 consid. 4.1 ; arrêt du TAF A-1130/2016 du 17 novembre 2017 consid. 2.3.1).

E. 8.6.1.2

Selon l'art. 27g al. 1bis OPP 2, les institutions de prévoyance qui satisfont aux exigences en matière de capitalisation complète constituent des fonds libres lorsque leurs réserves de fluctuation de valeur ont atteint leur valeur cible (cf. ég. art. 72a al. 4 LPP). Au sens de la

LPP et de la LFLP, les fonds libres sont des actifs de l'institution de prévoyance non liés à la couverture des prétentions des assurés actifs et des bénéficiaires de rente. Ainsi, une institution de prévoyance ne peut constituer des fonds libres que lorsqu'il ressort de son bilan un excédent d'actifs sur ses engagements et ses provisions et réserves nécessaires (cf. arrêts du TAF A-1130/2016 du 17 novembre 2017 consid. 2.3.1, A-2668/2015 19 mai 2017 consid. 3.5 et C-432/2011 du 4 mars 2013 consid. 8.2 ; Wilson, op.cit., N 185 ; Kieser, op. cit., art. 53d LPP N 25; Jacques-André Schneider, Fonds libres et liquidation de caisses de pensions, éléments de jurisprudence, p. 454 ; cf. ég. art. 44 al. 1 OPP 2).

E. 8.6.1.3

Enfin, conformément à l'art. 27g al. 2 OPP 2, les fonds libres à transférer doivent être adaptés en conséquence en cas de modifications importantes des actifs ou des passifs entre le jour déterminant pour la liquidation partielle ou totale et celui du transfert des fonds.

E. 8.6.2.1

Selon l'art. 27h al. 1 OPP 2, lorsque plusieurs assurés passent ensemble dans une autre institution de prévoyance (sortie collective), un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation s'ajoute au droit de participation aux fonds libres. Dans la détermination de ce droit, on tient compte de la mesure dans laquelle le collectif sortant a contribué à la constitution des provisions et des réserves de fluctuation. Le droit aux réserves de fluctuation correspond au droit au capital d'épargne et de couverture au prorata. Cette disposition réglementaire se fonde sur la volonté du législateur d'instaurer une égalité de traitement en cas de sortie collective (cf. arrêt du TF 9C_109/2017 du 19 septembre 2017 consid. 4.1.1 et réf. cit.). Conformément en outre à l'art. 27h al. 4 OPP 2, qui reprend le principe posé à l'art. 27g al. 2 OPP 2, les provisions et les réserves de fluctuation à transférer doivent être adaptées en conséquence en cas de modifications importantes des actifs ou des passifs entre le jour déterminant pour la liquidation partielle ou totale et celui du transfert des fonds. Le droit collectif sur les provisions et les réserves de fluctuation s'éteint lorsque le groupe qui sort collectivement est à l'origine de la liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance (cf. art. 27h al. 5 OPP 2).

E. 8.6.2.2

Constatant que la formulation de l'art. 27h al. 5 OPP 2 est relativement ouverte et large dans la mesure où elle ne précise pas ce qui, dans le détail, doit être compris comme provoquant une liquidation partielle par le collectif sortant et qu'elle ne distingue pas explicitement entre les retraits volontaires et involontaires, le Tribunal de céans a été amené récemment à en préciser la portée (cf. arrêt du TAF C-5858/2019 du 23 juin 2021 consid. 8.6). Dans ce cadre, il a rappelé qu'en adoptant l'art. 53d al. 1 LPP, le législateur a voulu (entre autres) qu'en cas de liquidation partielle, les sortants et les restants soient traités de manière égale en ce qui concerne la répartition des réserves et des provisions et que l'art. 27h OPP 2 était la concrétisation de cette exigence d'égalité (cf. arrêt C-5858/2019 du TAF précité consid. 8.7.1 et 8.8.1). Citant plusieurs auteurs, le TAF a retenu qu'une interprétation purement littérale de l'art. 27h al. 5 OPP 2 ou un respect strict du texte de l'ordonnance aurait pour conséquence que le transfert des provisions et des réserves de fluctuation pourrait régulièrement être refusé parce qu'en règle générale la liquidation est « causée » par le retrait d'un groupe, alors que, précisément, cela ne semble pas correspondre au but de cette disposition et contredirait le principe de l'égalité de traitement et le droit collectif

fondamental aux provisions et réserves de fluctuation qui en découle (cf. arrêt du TAF C-5858/2019 précité consid. 8.9 et les réf. citées). Il a procédé à l'interprétation de l'art. 27h al. 5 OPP 2, notamment à la lumière de l'arrêt DIASAN (ATF 119 Ib 46 ; arrêt du TAF C-5858/2019 précité consid. 8.9.2 et 8.10) pour conclure que cet article tolère une exception à l'égalité de traitement si le collectif sortant est touché par une mesure qu'il a lui-même provoquée. Il s'agit en particulier d'empêcher une revendication abusive de la prétention collective aux réserves et aux réserves de fluctuation (arrêt du TAF C-5858/2019 précité consid. 8.12 et les réf. citées). Le Tribunal a ainsi jugé que ce n'est que dans le cas d'un retrait collectif volontaire, provoquant des changements pertinents pour la liquidation partielle chez l'ancien employeur, que la prétention du collectif sortant aux provisions et aux réserves de fluctuation peut être refusée (cf. arrêt du TAF C-5858/2019 précité consid. 8.13 ; é.g. Marc Hürzeler, *Berufliche Vorsorge*, 2020, N 43; Kieser, *op. cit.*, art. 53d LPP n 104 ; Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, 3e éd. 2019, N 1590 ; Lucrezia Glanzmann-Tarnutzer, *Bekanntes und Neues zur Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen*, in: PJA 2019 p. 597-608, 607; Stocker, *op. cit.*, p. 143 s)

E. 8.6.2.3

Nonobstant la formulation de la première phrase de l'art. 27h al. 1 OPP 2, l'existence de fonds libres n'est, en vertu du principe de l'égalité de traitement, pas une condition du droit de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation (cf. arrêt du TAF A-1130/2016 du 17 novembre 2017 consid. 2.3.2 ; à cet égard Wilson, *op. cit.*, N 205 s.). Il n'est ainsi pas obligatoire, concernant les institutions de prévoyance qui satisfont aux exigences en matière de capitalisation complète, que les réserves de fluctuation aient atteint leur valeur cible pour que les assurés sortants bénéficient d'un tel droit. On notera par ailleurs que la loi n'instaure un droit de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation qu'en cas de sortie collective (cf. arrêts du TAF A-1130/2016 du 17 novembre 2017 consid. 2.3.2, A-707/2015 du 19 décembre 2016 consid. 3 [confirmé par arrêt du TF 9C_109/2017 du 19 septembre 2017] ; Kieser, *op. cit.*, art. 53d LPP N 37). L'obligation de verser une part proportionnelle des provisions et réserves de fluctuation aux assurés sortants à titre individuel entraînerait en effet dans de nombreux cas une charge administrative excessive. La question de savoir si les institutions de prévoyance peuvent néanmoins librement prévoir dans leur règlement, qu'un droit de participation existe également en cas de départs individuels est contestée. Wilson le reconnaît mais ne le soutient pas (cf. Wilson, *op. cit.*, N 208 ; cf. arrêt du TAF A-1130/2016 du 17 novembre 2017 consid. 2.3.2 qui la cite) ; Kieser est d'avis que la répartition en cas de départ individuel ne permettrait pas à ces réserves et provisions de remplir leur objectif qui consiste à couvrir les risques liés à des actifs spécifiques ou à des garanties sur le financement (Kieser, *op. cit.*, art. 53d LPP N 41).

E. 8.6.2.4

Il revient donc aux règlements de liquidation partielle de préciser ce qui constitue une sortie collective. A cet égard, les autorités de surveillance de certains cantons avaient émis des lignes directrices. Par exemple à Zürich, un groupe, soit une sortie collective, existait en tous les cas à partir de 10 personnes ; à Bâle ce groupe devait être composé d'au moins 5 assurés. L'autorité de surveillance du canton de Berne, en revanche, indiquait dans sa fiche d'information que ce n'était pas un nombre d'assurés qui devait être déterminé, mais les faits qui conduisaient à une sortie collective ; elle citait en exemple l'externalisation d'une partie de l'entreprise vers une autre société et la résiliation du contrat d'affiliation (exemples cités

par Petra Caminada/Laurence Uttinger, Rechtliches Umfeld und reglementarische Voraussetzungen der Teilliquidation, in : Gesamt- und Teilliquidation von Pensionskassen, 2013, p. 9 ss, p. 21). La Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations a édité un mémento qui a visiblement remplacé les fiches cantonales. Cet aide-mémoire n'indique aucun seuil numérique ; sous la lettre c « Sortie collective » du chapitre 4 « Contenu minimal des dispositions réglementaires au sujet de la liquidation partielle (liste de contrôle) », il est prescrit que le règlement doit prévoir, outre quand les fonds sont remis de manière collective et quand ils le sont de manière individuelle, la description complète de ce que comprend la notion de groupe d'assurés (cf. Mémento « Liquidation partielle d'institutions de prévoyance accordant des prestations réglementaires », état mars 2017, disponible à l'adresse Internet : <https://www.konferenz-bvg-aufsicht-stiftungen.ch/fr/>>Mémentos et formulaires Prévoyance professionnelle, dernière consultation le 2 novembre 2021). La Cour de céans a jugé qu'il n'était pas arbitraire de considérer qu'une sortie collective devait au moins concerner un groupe de deux personnes (cf. arrêt du TAF A-1427/2019 du 15 janvier 2020 consid. 2.4.2 et 6.3).

E. 9.1

Dans le cas d'espèce, le RLP est daté du 26 novembre 2013 et est entré en vigueur avec effet rétroactif au 1er janvier 2013, après approbation de l'autorité de surveillance. Aux termes de l'art. 1 RLP : En cas de liquidation partielle de la Fondation, les personnes sortantes ont, en sus de leur prestation réglementaire, un droit individuel ou collectif aux fonds libres disponibles à la date déterminante (article 3). Si le degré de couverture de la Fondation au sens de l'article 44 OPP 2 est inférieur à 100 pour-cent à la date déterminante (article 3), le découvert est déduit proportionnellement de la prestation de chaque personne sortante, pour autant que l'avoir de vieillesse minimum selon l'article 15 LPP ne soit pas réduit. L'art. 2 RLP prévoit que les conditions d'une liquidation partielle sont présumées remplies lorsque :

- 1) L'effectif global des assurés cotisants subit une réduction considérable. Tel est le cas lorsque, dans un intervalle d'une année au plus, le nombre d'assurés cotisants diminue : * d'au moins 5 unités si la Fondation comptait moins de 20 cotisants au début de l'intervalle d'une année, ou * d'au moins 10 unités si la Fondation comptait moins de 100 cotisants au début de l'intervalle d'une année, ou * d'au moins 10 pour-cent si la Fondation comptait au moins 100 cotisants au début de l'intervalle d'une année.
- 2) Une entreprise affiliée à la Fondation est restructurée. Tel est le cas lorsque, du fait d'une réorganisation stratégique d'une entreprise, le nombre d'assurés cotisants de la Fondation se modifie dans un intervalle d'une année : * d'au moins 3 unités si la Fondation comptait moins de 20 cotisants au début de l'intervalle d'une année, ou * d'au moins 5 unités si la Fondation comptait moins de 100 cotisants au début de l'intervalle d'une année, ou * d'au moins 5 pour-cent si la Fondation comptait au moins 100 cotisants au début de l'intervalle d'une année. L'entreprise a l'obligation d'annoncer sans retard à la Fondation toute réduction de l'effectif du personnel ou restructuration susceptibles d'entraîner une liquidation partielle.
- 3) L'affiliation d'une entreprise à la Fondation est résiliée.
- 4) L'affiliation d'un assuré affilié en qualité d'indépendant est résiliée, ou cet assuré quitte la Fondation pour une cause autre que la retraite ou le décès.

Le Conseil de fondation décide si les conditions d'une liquidation partielle sont remplies. Selon l'art. 3 RLP : La date déterminante pour la détermination des assurés concernés par la liquidation partielle correspond à la date, respectivement à la période, à laquelle l'une des conditions pour une liquidation partielle est réalisée. Elle est définie par le Conseil de fondation. La date de référence pour l'établissement du bilan de

liquidation partielle est fixée au 31 décembre le plus proche du début de la période, respectivement de la date précitée. Quant à l'art. 7 RLP, il dispose au sujet du partage entre les ayants droits : Le cumul des parts de chaque ayant droit aux fonds libres, respectivement des déductions dues au découvert, est considéré pour l'effectif restant comme un droit collectif et ne fait l'objet d'aucune répartition individuelle. Pour l'effectif sortant, le droit aux fonds libres, respectivement la déduction due au découvert, est : 1) collectif pour les ayants droit affiliés collectivement auprès de la(des) même(s) nouvelle(s) institution(s). Dans un tel cas, un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation au sens de l'art. 48e OPP 2 s'ajoute au droit aux fonds libres. Dans la détermination de ce droit, le Conseil de fondation tient compte de la mesure dans laquelle le collectif sortant a contribué à la constitution des provisions et des réserves de fluctuation. Le droit aux provisions n'existe que dans la mesure où les risques actuariels sont également transférés. Le droit aux réserves de fluctuation correspond au droit au capital d'épargne et de couverture au prorata. Un contrat de transfert ou un contrat de reprise entre la Fondation et la(les) nouvelle(s) institution(s) règle alors les modalités. Lorsque la liquidation partielle est causée par le groupe qui sort collectivement, le droit collectif aux provisions et aux réserves de fluctuation s'éteint. 2) individuel pour les autres ayants droit.

E. 9.2

La décision litigieuse a retenu l'absence de fonds libres à distribuer à la date déterminante, que celle-ci soit fixée au 31 décembre 2015 ou au 31 décembre 2016. Ce point n'étant pas litigieux, les prétentions des recourants ne concernent ainsi que les provisions et les réserves de fluctuation, soit des éléments sur lesquels le droit des personnes sortantes ne peut être que collectif, à teneur de l'art. 7 RLP. Pour qu'un droit collectif existe, il faut tout d'abord qu'un cas de liquidation partielle soit admis. Il s'agit donc d'examiner si, hormis la sortie du recourant 4, laquelle a déclenché une liquidation partielle en application de l'art. 2 al. 4 RLP - ce qui n'est pas contesté -, une autre situation de liquidation partielle s'est produite.

E. 10.1.1

Le Tribunal observe tout d'abord que l'art. 2 al. 4 RLP, en prévoyant que la résiliation de l'affiliation d'un assuré affilié à titre indépendant provoque une liquidation partielle, concrétise l'art. 53b al.1 let. c LPP. On peut se demander si, en ajoutant que provoque aussi une liquidation partielle le départ de la Fondation d'un tel assuré pour une cause autre que la retraite ou le décès - quand bien même on ne voit pas à quelle situation il est fait référence - le règlement n'a pas introduit une nouvelle cause de liquidation, en violation du caractère exhaustif de l'art. 53b al. 1 LPP (cf. consid. 7.1 supra). Cela étant, cette question n'a pas à être tranchée dans la présente cause du moment qu'il semble incontesté que le recourant 4 est un indépendant qui était affilié à titre facultatif auprès de l'intimée pour la prévoyance professionnelle, ainsi que les art. 4 et 44 LPP le prévoient (cf. sur l'affiliation des indépendants arrêt du TAF A-3424/2016 du 7 septembre 2017 consid. 5) et qu'il a résilié son contrat d'affiliation.

E. 10.1.2

Le recourant 4 a quitté l'Etude GA car sa vision pour l'avenir de la société divergeait de celle des autres associés. En sa qualité d'associé appartenant au cercle des employeurs, il ne pouvait être licencié ni contraint à partir. Il a décidé seul de dénoncer le contrat de société, peu importe le contexte de tension dans lequel son choix s'est inscrit. Son départ a été annoncé en février 2015 pour la prochaine échéance prévue par l'accord d'association le

liant aux autres avocats de l'Etude, soit le 31 janvier 2016. Il n'est pas abusif de considérer que son départ a précipité les changements au sein de la société, peu importe aussi que ceux-ci aient été discutés depuis plusieurs années déjà. La question de savoir s'il faut assimiler ces changements ultérieurs à une restructuration provoquant une autre liquidation partielle est précisément l'objet des considérants suivants. Dans tous les cas, son départ, volontaire, est indépendant de ceux qui vont avoir lieu par la suite et ne saurait être inclus dans l'évaluation d'un autre état de faits ayant déclenché une liquidation partielle distincte. En effet, s'il fallait admettre que les mesures qui ont été décidées par la suite, liquidation de GA et création de FASA, sont assimilables à une restructuration au sens de la LPP, il ne devrait pas être compté comme un employé ayant quitté l'entreprise pendant la période de restructuration, laquelle resterait à définir. Outre le fait que cette période débute en tout état de cause après l'annonce de son départ, il n'occupait pas le poste d'un employé susceptible de craindre pour son avenir, mais appartenait à la catégorie des employeurs en mesure d'influencer de façon importante la formation de la volonté de l'entreprise (sur la notion d'employeur de salarié dans la LPP, cf. arrêt du TAF A-7254/2017 du 1er juillet 2020 consid. 3.3.2 et les réf. citées). Le fait qu'il se soit retrouvé minorisé au sein de la société GA et qu'il ait opté en conséquence pour la dénonciation du contrat d'association, ne fait pas de sa sortie le départ forcé qu'il prétend.

E. 10.1.3

Partant, c'est à juste titre que l'autorité inférieure a confirmé que son départ constituait une sortie individuelle et qu'à ce titre il n'avait aucun droit aux provisions et aux réserves de fluctuation. En conséquence, son recours doit être rejeté.

E. 10.2.1

S'agissant des recourants 1 à 3, le Tribunal relève que l'organe de révision a indiqué au point 9.1 de l'Annexe aux comptes 2015 que la baisse de l'effectif constaté en 2015 (diminution de 10 assurés lesquels sont passés de 93 à 83) conduit à une situation de liquidation partielle au sens de l'art. 2 al. ch. 1 RLP. Constatant toutefois que d'une part la diminution est la conséquence de sorties individuelles et, d'autre part, l'absence de fonds libres, l'organe de révision a estimé que la liquidation partielle reste sans conséquence selon le règlement de liquidation partielle applicable. On peut s'étonner de cette marque dans la mesure où aucune indication ne figure au dossier sur les motifs de ses départs (volontaires ou licenciements) et leur contexte, alors que selon la jurisprudence et la doctrine précitées, la condition de la réduction considérable de l'effectif ne tient compte que de la diminution du personnel imputable à l'employeur (cf. consid. 8.4 supra). Cela étant, si l'on devait retenir que ces sorties ont provoqué une liquidation partielle, les départs des recourants 1 à 3 ne sont pas intervenus dans le cadre de celle-ci, puisqu'ils ont tous pris effet en 2016.

E. 10.2.2

Si les départs des recourants 1 à 3 ne s'inscrivent pas dans le même complexe de faits ayant entraîné l'hypothétique liquidation partielle pour réduction considérable de l'effectif en 2015, il s'agit alors d'examiner si ces départs prennent place dans un autre cas de liquidation partielle au sens de l'art. 2 ch.2 RLP, lequel concrétise l'art. 53b al. 1 let. b LPP. Il convient donc d'évaluer si l'on se trouve dans une situation de restructuration, laquelle se caractérise par deux éléments qui doivent être cumulativement réalisés (cf. consid. 8.2 supra).

E. 10.2.2.1

Sur le plan qualitatif, l'art. 2 ch. 2 RLP définit la restructuration comme une « réorganisation stratégique ». En l'espèce, la société de personnes GA a été liquidée et une nouvelle société de capitaux a été créée conjointement avec l'Etude I._____. Outre les modifications sur le plan juridique que cette création a induit, elle a manifestement également permis d'élargir l'offre de services avec des prestations dans les domaines commercial, bancaire et financier ; ce que l'autorité a d'ailleurs retenu (ch. 94 de la décision litigieuse du 6 novembre 2019) et que l'intimée admet (p. 9 de la réponse au recours), sans en tirer de conséquences. Or, s'il est vrai que, à moins que le règlement le prévoit, une simple modification de la structure de direction ou des changements organisationnels ne peuvent être interprétés comme une restructuration, en revanche, une réorganisation n'implique pas forcément fermeture, abandon ou vente d'un secteur ; elle peut aussi consister en l'établissement de nouvelles activités (cf. consid 8.2.1 supra). De plus, par la suite, une nouvelle société a été créée sous la raison sociale F._____ Services SA, inscrite au RC-GE le (...) 2019, avec pour but la « fourniture des prestations de services liées à l'établissement des déclarations d'impôts, à la tenue de comptabilité, à la gestion des salaires, des employés de maison et des paiements, ainsi que prestations de services analogues. » Cette société est présidée par M._____, par ailleurs l'un des associés de FASA, l'un des liquidateurs de GA et président de l'intimée. On ne sait si les prestations qu'elle offre sont nouvelles ou si elles ont été cédées, éventuellement avec du personnel, par FASA voire GA, étant rappelé qu'il est notoire que GA proposait aussi ce genre de services (Family Office, para-fiscal, etc.). On ignore également si ses employés sont assurés auprès de l'intimée ou d'une autre institution de prévoyance, alors qu'il ressort du registre du commerce qu'en tous les cas les trois administrateurs travaillent également auprès de FASA. Il faut rappeler à cet égard qu'une restructuration peut s'étendre sur plusieurs années. Ce n'est par ailleurs pas la date effective de la restructuration qui est pertinente mais bien celle à partir de laquelle celle-ci déploie des effets sur l'entreprise. (cf. consid. 8.2.3 supra). Les développements de l'autorité inférieure, comme ceux de l'intimée, ne sont, sur cette question, pas consistants. Les deux excluent la réalisation de l'élément qualitatif de la restructuration sans expliquer en détail en quoi les changements dans la réorganisation de l'employeur ne sont pas d'ordre stratégique. L'intimée s'emploie essentiellement à démontrer que la création de FASA n'est pas issue de la fusion de GA et de I._____. Elle perd de vue que la qualification d'une restructuration sur le plan civil n'est pas forcément la même que sur celui de la prévoyance. Quant à l'autorité inférieure, comme déjà dit, elle retient à tort que l'élargissement des activités ne constitue pas une réorganisation stratégique. Pour le surplus, elle prétend essentiellement que l'employeur n'a jamais eu l'intention de licencier du personnel. Or, cet aspect relève plutôt du volet quantitatif de la restructuration, volet qu'il s'agit dès lors d'examiner.

E. 10.2.2.2

Aux termes de l'art. 2 ch. 2 RLP, le critère quantitatif est notamment satisfait lorsque le nombre d'assurés cotisants de la Fondation se modifie dans un intervalle d'une année d'au moins 5 unités si la Fondation comptait moins de 100 mais plus de 20 cotisants au début de l'intervalle d'une année. A cet égard, les recourants prétendent que dans l'intervalle de douze mois (du 18 novembre 2015 au 31 octobre 2016), au moins onze collaborateurs, travaillant tous dans l'équipe du recourant 4 du temps de GA, ont quitté GA (six personnes dont les quatre recourants entre le 18 novembre 2015 et 31 mars 2016) ou par la suite FASA (cinq personnes entre le 30 juin 2016 et le 31 octobre 2016). Ils soutiennent que ces départs sont en lien avec la restructuration de GA, autrement dit, ont été provoqué par le même

événement économique (cf. recours p. 42). Dans le cadre de la procédure devant elle, l'autorité inférieure affirme avoir instruite cette question afin de déterminer la cause des départs précités. Le Tribunal relève qu'elle n'a pas hésité à s'adresser à ce propos à l'intimée pour lui demander des informations concernant l'employeur et que l'intimée lui a répondu sans réserve, alors que l'une et l'autre se défendent par ailleurs devant le TAF de pouvoir exiger quoique ce soit de l'employeur qu'elles considèrent comme un tiers à la procédure. Ainsi, en date du 28 août 2018, l'autorité inférieure sous le libellé « Liquidation partielle de 2016 » a requis de l'intimée la communication de la liste des employés de GA qui n'ont pas souhaité conclure un nouveau contrat avec FASA au 1er février 2016, ainsi que celle des employés qui ont été licenciés par GA en raison de sa liquidation et de la création de FASA, avec indication des dates d'annonce et de fin de contrat (cf. pce AI 6 duplique du 3 décembre 2020). Dans sa réponse du 19 septembre 2018, l'intimée a indiqué que seul un employé, K. _____, a refusé de conclure un nouveau contrat avec la nouvelle étude FASA et qu'en conséquence son contrat avec FASA a été résilié le 28 janvier 2016 avec effet au 31 mars 2016. Elle rappelle par ailleurs que le recourant 2 a été licencié par courrier du 30 novembre 2017 (lapsus calami : 2015), soit avant l'annonce publique et à l'interne de la création de FASA et pour des raisons étrangères à la cessation des activités de GA (cf. pce AI 12), quand bien même la lettre de licenciement donnait comme raison « la restructuration de notre Etude » (cf. pce AI 13.8). Ce licenciement a pris effet au 31 mars 2016. Selon les termes mêmes de l'intéressé, son congé lui a tout d'abord été signifié par oral, le matin du 3 novembre 2015, au motif du départ prochain du recourant 4 pour lequel il travaillait de manière prépondérante (cf. pce AI 13.7). Dans ses déterminations du 31 mai 2019, l'intimée, en réponse à la plainte des recourants alors requérants, ont confirmé qu'outre ces derniers et K. _____, six autres personnes avaient quitté l'étude en 2016, mais seulement deux avaient été licenciés, l'une par GA et l'autre par FASA, pour des raisons d'adéquation au poste respectivement de taux d'activité incompatible avec l'organisation du travail (cf. pce AI 8 p. 16). Se fiant aux allégations de l'intimée qui n'est pourtant pas l'employeur, l'autorité inférieure a retenu dans sa décision litigieuse qu'une seule personne - en dehors des recourants 1 et 3 - n'avait pas souhaité poursuivre sa collaboration au sein de FASA. Elle a également retenu que seuls trois licenciements pourraient être en lien avec la création de FASA si bien que si l'on devait considérer que le critère qualitatif de la restructuration est donné, l'aspect quantitatif fait défaut. Le Tribunal ne peut pas suivre sans autre le raisonnement de l'autorité inférieure, laquelle s'est fiée aux allégations de l'intimée sans vérifier auprès de l'employeur et des employés concernés le motif de leur départ. De plus, contrairement à ce que soutient tant l'intimée que l'autorité inférieure, l'art. 2 ch. 2 RLP ne pose pas la condition d'une diminution de l'effectif de 5 unités mais bien d'une modification du nombre des assurés cotisants de 5 unités (à comparer avec l'art. 2 ch. 1 RLP qui exige lui, à juste titre, une diminution ; cf. ég. consid. 8.2.2 supra). Un cumul des critères visés par l'art. 53 al. 1 let. a et b LPP serait par ailleurs contraire au système légal (cf. ATF 136 V 322 consid. 10.4). En effet, ce qui est déterminant lors d'une restructuration, c'est la fluctuation du personnel. Or, l'évolution de l'effectif total pour 2016 indique selon le rapport de l'organe de révision de l'intimée, la sortie de dix-sept assurés et l'arrivée de seize autres, étant rappelé que FASA est active depuis le 1er février 2016 et que cette société a sans doute intégré non seulement le personnel de GA mais aussi celui de l'Etude I. _____, sans que l'on puisse l'affirmer puisque rien ne figure au dossier de l'autorité inférieure à ce sujet, lequel ne contient pas la liste nominative des dix-sept assurés sortants et des seize nouveaux assurés. C'est le lieu de rappeler qu'en cas de restructuration, les circonstances

exactes des départs, volontaires ou non, importent peu dans la mesure où elles ont relevé de la restructuration (cf. consid 8.4.2 supra).

E. 10.2.2.3

On peut ainsi légitimement se demander si ces questions ont été suffisamment examinées et documentées par l'autorité inférieure. Il faut bien reconnaître avec les recourants que celle-ci a établi les faits en accordant crédit à l'exposé proposé par l'intimée, sans instruire scrupuleusement la cause, en particulier les points que vient de relever le Tribunal (cf. aussi consid. 3.4 supra). Or, un devoir accru s'applique en l'espèce si l'on considère que le président de l'intimée, qui co-signé toutes les positions de celle-ci, s'exprime également en qualité de liquidateur de GA, était l'un des associés gérants de GA et à ce titre a signé la lettre de licenciement du recourant 2 et est aussi l'un des organes de FASA. Cette pluralité de fonctions n'est pas contraire au droit du moment que les principes régissant la gestion paritaire sont garantis, notamment ceux qui limitent l'influence directe de l'employeur et qui instaure une alternance au niveau de la présidence (cf. consid. 5.1.3 et 5.1.4 supra). Or, selon le RC-GE, le président actuel est en place depuis 2008 alors que les statuts ne prévoient aucune dérogation au tournus prescrit par la loi.

E. 10.3

Le Tribunal n'est ainsi pas en mesure d'établir avec certitude si un cas de liquidation partielle s'est produit en dehors de celui provoqué par le départ du recourant 4, faute d'un état de fait clairement établi. Si l'on suit le raisonnement de l'autorité inférieure et de l'intimée, cette question pourrait souffrir de rester ouverte compte tenu de l'absence de conséquences attachées à l'existence d'une liquidation partielle. En effet, outre qu'il n'y a pas de fonds libres, elles soutiennent que les conditions d'une sortie collective ne sont pas satisfaites. Sans donner de définition de la notion de « sortie collective » ni prétendre qu'un certain seuil dépassant le nombre de deux assurés est nécessaire, l'intimée et l'autorité inférieure excluent en effet que puisse en constituer un cas d'application la situation de l'espèce qui voit trois assurés (rappelons que le recours du recourant 4 a été rejeté, cf. consid. 10.1 supra) choisir librement de s'affilier à une nouvelle caisse de prévoyance. L'autorité inférieure est d'avis qu'il n'y a pas non plus de « départ collectif » dès lors que le recourant 2 n'a rejoint que plus tard le recourant 1 et 3. Là encore le Tribunal ne peut pas se rallier sans autre à l'avis de l'intimée et de l'autorité inférieure.

E. 10.4.1

Tout d'abord, il faut constater que le RLP ne décrit pas ce qu'il faut entendre par « sortie collective », ni en terme de nombre ni en terme de circonstances. L'art. 7 al. 1 RLP se contente de prévoir que le droit aux fonds libres et celui, proportionnel, aux provisions et aux réserves est collectif « pour les ayants droit affiliés collectivement auprès de la(des) même(s) nouvelle(s) institution(s). » Pour le surplus, cet article reprend en substance les conditions de la loi, notamment en précisant que « lorsque la liquidation partielle est causée par le groupe qui sort collectivement, le droit collectif aux provisions et aux réserves de fluctuation s'éteint ». Or, il revenait à l'intimée de concrétiser la notion de « sortie collective » dans son règlement et à l'autorité inférieure de le vérifier avant de donner son approbation. Les institutions de prévoyance doivent exercer leur latitude de jugement et préciser les notions juridiques indéterminées dans leur règlement (cf. consid. 7.2 et 8.6.2.4 supra). En effet, l'un des buts poursuivis par la 1ère révision de la LPP était notamment de simplifier la procédure de surveillance applicable à la liquidation partielle d'institutions de prévoyance,

afin de décharger les autorités de surveillance. Sous le régime de l'ancien droit, celles-ci devaient dans chaque cas examiner si les conditions d'une liquidation partielle ou totale étaient réunies et approuver le plan de répartition établi par l'institution de prévoyance (cf. arrêt du TAF A-5191/2017 du 26 août 2019 consid. 2.1 et les réf. citées). Désormais, l'institution de prévoyance fixe elle-même les conditions et la procédure qui régissent les liquidations partielles, dans un règlement soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance. Il lui appartient ensuite de décider seule si, dans un cas concret, les conditions de la liquidation partielle sont réalisées et, le cas échéant, de mettre en oeuvre la procédure ad hoc, sans le concours de l'autorité de surveillance, laquelle n'interviendra que si elle est saisie d'une demande par les assurés ou les bénéficiaires de rentes. Dès lors, que la procédure de liquidation se déroule en principe sous la seule responsabilité de l'institution de prévoyance, il est important que le règlement de liquidation soit exhaustif afin d'éviter des décisions d'application arbitraires qui diffèrent d'une situation à l'autre.

E. 10.4.2

Le texte de l'art. 27h OPP 2 n'est pas d'un grand secours dans la mesure où il se contente de décrire la sortie collective comme la situation où « plusieurs assurés passent ensemble dans une autre institution de prévoyance » (« mehrere Versicherte gemeinsam in eine andere Vorsorgeeinrichtung über » ; « più assicurati aderiscono in gruppo a un altro istituto di previdenza »). Cela étant si l'on se réfère à l'analyse récente effectuée par le TAF sur l'origine de cette disposition, il ressort qu'en application du principe de l'égalité de traitement, il existe un droit fondamental aux provisions et aux réserves de fluctuation et que celui-ci ne peut être nié que de manière exceptionnelle (cf. consid. 8.6.2.2 supra). Partant, on ne voit pas ce qui ferait obstacle à ce que les provisions et les réserves de fluctuation soient transférées à la nouvelle institution de prévoyance que des assurés ont choisie librement de rejoindre à la suite d'un départ lié aux mêmes circonstances chez leur ancien employeur. Wilson est du même avis : relevant que la formulation de l'ordonnance permet une interprétation large et que la charge administrative n'est pas plus conséquente dans ce cas que lors du transfert d'une partie de l'entreprise (cas typique de sortie collective), elle soutient qu'une définition restrictive de la notion de collectif ne se justifie pas au regard du droit au transfert des provisions et réserves de fluctuation (cf. Wilson, op.cit., N 204 ; ég. arrêt du TF 9C_109/2017 du 19 septembre 2019 consid. 4.2 ss [refus de reconnaître une sortie collective en raison du pourcentage de personnes prévu par le règlement non atteint et non parce que les personnes ont rejoint fortuitement le même nouvel employeur] ; cf. toutefois : arrêt du TAF A-1427/2019 du 15 janvier 2020 consid. 6). Le TAF est arrivé à la même conclusion s'agissant de la portée de l'art. 27h al. 5 OPP 2, rejetant toute interprétation trop stricte de cette disposition (cf. consid. 8.6.2.2 supra). Certes, en l'espèce la sortie collective ne concernerait que trois assurés mais l'intimée était libre de fixer un nombre plus élevé d'assurés dans son règlement. Du moment que celui-ci ne prévoit rien, on peut en déduire que le départ conjoint de deux assurés passant ensemble dans une nouvelle institution de prévoyance est suffisant (cf. consid. 8.6.2.4 2ème par. i.f supra ; ég. Wilson, op.cit., N 202).

E. 10.4.3

En définitive, le Tribunal ne peut donc pas exclure qu'il existe une prétention collective aux provisions et aux réserves de fluctuation, à tout le moins pour les deux assurés qui ont quitté GA à la même date et rejoint E._____ au même moment (cf. arrêt du TAF A-707/2015 du 19 décembre 2016 consid. 3.2 [confirmé par arrêt du TF 9C_109/2017 du 19 septembre

2017] pour des départs échelonnés pendant une période de restructuration). Dans ces circonstances, on ne peut pas faire l'impasse sur la question de l'existence d'une liquidation partielle. Cela étant, et afin de ne pas donner de vains espoirs aux recourants, il faut préciser à cet égard, qu'à ce stade, il n'y a pas encore de droit subjectif aux provisions et aux réserves de fluctuation. Il s'agit d'une simple expectative qui ne peut se transformer en droit que lorsqu'un plan de répartition est devenu juridiquement contraignant (cf. parmi d'autres : ATF 144 V 369 consid. 4.1.3) ; avant d'en arriver là, il faut encore que soit avérée l'existence d'une liquidation partielle.

E. 11.1

Il s'ensuit que la décision de l'autorité inférieure doit être partiellement annulée en ce qu'elle concerne les recourants 1 à 3 et confirmée à l'égard du recourant 4. La cause doit lui être renvoyée afin qu'elle examine si les conditions d'une liquidation partielle autre que celles liées au départ du recourant 4 sont satisfaites. Dans ce contexte, elle devra déterminer si la liquidation de GA et la création de FASA, puis de la société F._____ Services SA constituent une « réorganisation stratégique » au sens du règlement de l'intimée. Elle devra également fixer, cas échéant, la période de restructuration afin d'identifier quels sont les départs concernés par celle-ci, étant rappelé que peu importe que ces derniers soient volontaires ou non du moment qu'ils sont en lien avec la restructuration. A cet égard, la date de l'annonce de la restructuration n'est pas forcément celle qui est déterminante. En effet, la restructuration déploie des effets le plus souvent avant d'être publiquement dévoilée. L'employeur peut en effet, dans l'optique de la future réorganisation, déjà prendre des décisions, ordonner des mesures ou effectuer des aménagements en amont de la date effective. Cas échéant, elle devra ordonner à l'intimée d'élaborer le bilan de liquidation et le plan de répartition. C'est à cette étape que devra être examinée la question de l'éventuelle sortie collective à l'aune des critères prévus par le règlement et la loi et dans le respect des principes applicables à cette opération (cf. consid. 6 supra).

E. 11.2

Compte tenu de cette issue et du fait qu'il revient à l'autorité inférieure et non au Tribunal de céans - qui fonctionne comme une autorité de recours et non comme une Cour d'appel - d'instruire en premier la présente cause, il n'y a pas lieu de donner suite aux demandes de comparution personnelle des recourants 1 et 3 (pour celle du recourant 4, cf. consid. 3.5 supra) devant le TAF, demandes devenues sans objet. Cela ne signifie pas encore que l'autorité inférieure devra les entendre ; outre que la procédure administrative est en principe écrite (cf. consid. 3.5 supra), l'autorité n'est en effet pas liée par les offres de preuves des parties mais doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les éléments à disposition permettent de porter un jugement valable sur la situation litigieuse (cf. parmi d'autres : ATAF 2013/9 consid. 3.8.1). C'est l'appréciation arbitraire des preuves qui est inadmissible et elle ne l'est pas du seul fait qu'une autre appréciation serait concevable voire préférable, mais seulement lorsqu'elle est manifestement insoutenable ou contredit clairement la situation de faits (cf. arrêts du TAF A-3371/2017 du 28 octobre 2020 consid. 7.5.1, A-3193/2018 du 7 mai 2019 consid. 8.2.1).

E. 12

Il reste encore à examiner la requête de l'intimée relative à une demande d'anonymisation accrue au motif que la révélation de certains éléments lui serait préjudiciable ainsi qu'à GA

et FASA.

E. 12.1

La publication des arrêts des tribunaux fait face à des intérêts contradictoires. D'une part, la publicité des décisions au-delà du cercle des parties à la procédure est un principe de droit constitutionnel (art. 30 al. 3 Cst., art. 6 § 1 CEDH, art. 14 du Pacte ONU II) ; elle appartient au droit de procédure auquel la loi fédérale sur la protection des données (art. 2 al. 2 let. c LPD) n'est pas directement applicable. Le principe de la transparence oblige ainsi une publication aussi exhaustive que possible de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (cf. ég. art. 6 du Règlement du TAF du 21 février 2008 sur l'information [ci-après : RInfo], RS 171.320.4). En conséquence, toute personne qui saisit le Tribunal doit s'attendre à ce que son affaire soit rendue publique. La protection des données et de la personnalité limitée, d'autre part, le contenu de la publication : l'art. 29 al. 2 LTAF prévoit dans cette optique que les décisions sont « en principe » publiées sous forme anonyme (cf. ég. art. 8 al. 1 du RInfo). La publication des noms des parties est autorisée, notamment lorsqu'ils sont déjà connus, qu'aucun intérêt digne de protection n'est manifestement touché ou que les parties ont donné leur accord ; la Conférence des présidents (ci-après : CP) règle les compétences, la procédure et les modalités relatives à l'anonymisation (cf. art. 8 al. 2 du RInfo). La CP a adopté les Directives pour la rédaction, la citation des sources et l'anonymisation des arrêts dont la dernière version est entrée en vigueur le 1er avril 2014 (dernier état au 1er septembre 2020). Selon l'art. 7.1 des Directives, les règles régissant l'anonymisation des arrêts ont été adoptées par la CP lors de sa séance du 17 avril 2007. Elles précisent que l'anonymisation a pour but la sauvegarde d'intérêts privés et publics dignes de protection grâce à la confidentialité de certaines informations. Du point de vue du droit de la personnalité, font partie de ces informations en particulier les noms des parties à la procédure et d'autres personnes concernées ainsi que toutes les autres informations permettant d'identifier ces personnes. L'anonymisation vise ainsi à empêcher qu'une partie à la procédure puisse sans autre être reconnue. Cela étant pour respecter le principe de la transparence, le Tribunal met à la disposition du public la page de garde et le dispositif de ses arrêts pendant 30 jours à compter de leur notification (cf. art. 42 LTAF et art. 4 al. 1 RInfo). Dans sa séance du 17 avril 2007 précitée, la CP a décidé que le numéro du dossier ne devait pas apparaître sur cette version publique.

E. 12.2

En l'espèce, tous les noms et les éventuels autres éléments d'identification de l'arrêt seront occultés conformément aux règles qui viennent d'être exposées. Cela signifie que sur la version web, ces noms et éléments de fait seront anonymisés mais le numéro du dossier sera publié alors que sur la version publique ces noms et éléments de faits seront publiés alors que le numéro de dossier sera supprimé. Le Tribunal ne voit aucun motif de déroger à sa pratique. Outre le fait que l'intimée se prévaut d'intérêts de tiers en demandant l'anonymisation accrue d'autres noms que le sien et d'éléments sans rapport avec elle, elle n'explique pas en quoi la publication de sa raison sociale sur la version publique mis à disposition pendant 30 jours l'exposerait à des préjudices. Si une partie entend obtenir une exception aux règles sur l'information du Tribunal, elle doit fonder sa demande de manière circonstanciée en évitant de recourir à des motifs généraux (cf. ATF 147 II 227 consid. 8 et les réf. citées, arrêt du TF 5A_512/2018 du 26 septembre 2018 consid. 4 ; arrêt du TAF A-2102/2021 du 6 octobre 2021 consid. 4.2.2).

E. 13

Il reste à examiner la question des frais et dépens.

E. 13.1.1

Aux termes de l'art. 63 al. 1 PA, en général, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits. A titre exceptionnel, ils peuvent être entièrement remis. La partie qui a formé recours est réputée avoir obtenu gain de cause lorsque la cause est renvoyée à l'autorité inférieure pour instruction complémentaire et nouvelle décision (cf. ATF 137 V 210 consid. 7.2, 132 V 215 consid. 6.2). En principe, les autorités inférieures ne supportent aucun frais de procédure (cf. art. 63 al. 2 PA).

E. 13.1.2

En l'espèce les frais de la cause sont fixés à 5'000 francs compte tenu de l'ampleur et de la difficulté de la cause ainsi que de la manière de procéder des parties (cf. art. 2 al.1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Le recours du recourant 4 étant entièrement rejeté en ce qui le concerne, il doit en supporter le ¼, soit 1'250 francs. Les recourants 1 et 3 l'emportent en revanche dans la mesure où la cause est renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle examine si hormis la liquidation partielle provoquée par le départ du recourant 4, un autre cas de liquidation partielle est survenu en raison d'une restructuration de l'employeur. Cela étant, certains de leurs griefs étant irrecevables, il y a lieu d'en tenir compte dans la répartition des frais et ils doivent en supporter à eux trois, solidairement, également ¼, soit 1'250 francs. Ce montant total de de 2'500 francs sera prélevé sur l'avance de frais de 5'000 francs déjà versée par les recourants ; à leur charge de désigner un ou des comptes bancaires où le solde leur sera restitué une fois le présent jugement entré en force. Le solde des frais de procédure doit donc être supporté par l'intimée, à hauteur de 2'500 francs. Ce montant devra être versé sur le compte du Tribunal dans les 30 jours qui suivent l'entrée en force du présent arrêt.

E. 13.2.1

A teneur de l'art. 64 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés.

E. 13.2.2

En l'espèce, les recourants 1 à 3 se sont défendus eux-mêmes et ils n'ont pas démontré ni prétendu avoir subi de ce fait des frais considérables. Partant, il ne leur est pas alloué de dépens. En principe, les institutions de prévoyance, en tant qu'institution chargée de l'exécution de tâches publiques n'ont pas droit à une indemnité de partie lorsqu'elles obtiennent gain de cause, sauf si le comportement de la partie adverse est téméraire (cf. ATF 128 V 124 consid. 5b, 126 V 150 consid. 4). On ne peut pas dire que ce soit le cas en l'espèce du recourant 4 même si certains arguments avancés par ce dernier ont un caractère téméraire. Il n'y a donc pas lieu de s'écarter de cette règle et il ne sera pas alloué de dépens à l'intimée qui de plus n'a pas fait appel à un mandataire. L'autorité inférieure, en tant qu'« autre autorité » au sens de l'art. 7 al. 3 FITAF, n'a pas droit aux dépens.

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