

# **BVGer A-707/2015 vom 19. Dezember 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-12-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-707\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-707_2015)

FR: TAF A-707/2015 du 19 décembre 2016

IT: TAF A-707/2015 del 19 dicembre 2016

## **Regeste**

Liquidation (partielle) des institutions de prévoyance

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Sous réserve des exceptions - non réalisées 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), le TAF connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prononcées par les autorités de surveillance des institutions de prévoyance (art. 31 et 33 let. i LTAF en relation avec l'art. 74 al. 1 LPP).

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Pour le surplus, déposé en temps utile (art. 50 al. 1 et 20 al. 1 PA) et en les formes requises (art. 52 PA), par deux 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.

#### **E. 1.4.1.1**

L'autorité inférieure a statué à la suite des trois arrêts de renvoi du TAF prononcés le 16 mai 2013 (C-498/2012, C-541/2012 et C-543/2012) et était ainsi liée par les considérants de droit émis par l'autorité supérieure. De même, lorsqu'un recours est formé contre une nouvelle décision rendue par l'autorité inférieure à la suite d'un arrêt de renvoi, l'autorité de recours ne revoit en principe pas les questions qui ont déjà été définitivement tranchées (art. 61 PA ; arrêts du TAF A-4998/2015 du 17 novembre 2016 consid. 1.5.1, A-3465/2015 du 15 septembre 2016 consid. 3, A-5870/2014 du 22 février 2016 consid. 1.3.4, A-5411/2012 du 5 mai 2015 consid. 1.4.1 ; Jacques Dubey/Jean-Baptiste Zufferey, *Droit administratif général*, Bâle, 2014, n. 984 s.). Ce principe découle de la constatation que l'autorité supérieure - en l'espèce le TAF - n'est pas autorité de recours contre ses propres décisions et, logiquement, de la hiérarchie des juridictions (cf. ATF 140 III 466 consid. 4.2.1). Ainsi, en rendant la décision attaquée, l'autorité inférieure devait se conformer à l'arrêt de renvoi du TAF et celui-ci - saisi d'un nouveau recours - est lié par ses propres considérants de son arrêt de renvoi (cf. Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, n°1158 in fine, p. 405 ; Philippe Weissenberger/Astrid Hirzel, in : Waldmann/Weissenberger [éd.],

Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [Praxiskommentar VwVG], 2ème éd., Zürich/Bâle/Genève 2016, n°28 ad art. 61 et réf. citées ; cf. ATF 129 II 286 consid. 4.2 ; arrêt du TAF A-3697/2014 du 9 juin 2015 consid. 2.1).

#### **E. 1.4.1.2**

Il s'ensuit également que les parties ne peuvent plus faire valoir, dans le cadre de leurs recours, les moyens de droit que le TAF avait expressément rejetés dans son arrêt de renvoi (art. 61 al. 1 PA ; cf. arrêts précités du TAF A-4998/2015 consid. 1.5.2 et A-5411/2012 consid. 1.4.2) ou qu'il n'avait pas eu à connaître, les parties ayant omis de les invoquer dans la première procédure de recours, alors qu'elles pouvaient - et devaient - le faire (ATF 111 II 94 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_588/2012 du 11 février 2013 consid. 3.1 et les réf. cit.).

#### **E. 1.4.2.1**

In casu, les recourants articulent principalement trois griefs à l'encontre de la décision litigieuse. D'une part, ils contestent l'existence d'un cas de liquidation partielle au sens de l'art. 2.1 let. b du règlement FCT en relation avec l'art. 53 b al. 1 let. b LPP. En substance, selon eux, seul le nombre de membres - et non le pourcentage des capitaux - est déterminant pour évaluer la diminution du personnel. Ils sont d'avis que la diminution de l'effectif ne constitue pas une réduction considérable au sens de l'art. 53b LPP, ni une restructuration au sens de cette même disposition. Ils allèguent également que les départs volontaires ne peuvent être compris dans la réduction de l'effectif. D'autre part, ils estiment que l'autorité inférieure aurait dû constater que l'employeur avait violé son obligation d'annonce au sens de l'art. 2.2 du règlement FCT en ne saisissant la Fondation que le 3 février 2009. Finalement, à titre subsidiaire, si un cas de liquidation partielle pour 2008 devait être retenu, les recourants prétendent à la reconnaissance d'un droit à des fonds libres et d'un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation lors de la liquidation partielle.

#### **E. 1.4.2.2**

Or, dans ses trois arrêts du 16 mai 2013 qui avaient pour objet le même état de fait, le Tribunal de céans s'est déjà prononcé au sujet des deux premiers griefs. Il a retenu que, sur la période considérée, l'employeur avait connu 20 départs sur un effectif de 28 personnes au 1er janvier 2008, soit 13 départs en 2008 et 7 en 2009, pour 11 engagements en 2008 et 3 en 2009. Le TAF a jugé que pour admettre l'existence d'une restructuration, l'effectif final du personnel n'est pas déterminant. Une restructuration peut être admise même si les départs sont compensés par des nouveaux engagements. Ainsi, du point de vue de la prévoyance professionnelle, est déterminant le mouvement des capitaux de prévoyance, y compris les fonds libres ou cas échéant la prise en compte de découverts, qui doivent suivre les flux de personnel (cf. arrêts du TAF précités consid. 5.4 et 8.1). Par ailleurs, l'arrêt a précisé que tant sous l'angle de la restructuration (art. 2.1 let. b du règlement FCT) que sous celui du critère des 30 % des capitaux de prévoyance par référence à ceux liés aux membres de la caisse au 1er janvier de chacune des années 2008 et 2009 (art. 2.1 let. a du règlement FCT), l'existence d'un cas de liquidation partielle portant sur ces deux années devait être admise. En effet, le TAF a retenu une situation de restructuration résultant de la mise en place d'une nouvelle direction, de l'abandon d'un secteur d'activités et d'une situation financière réellement incertaine tant en 2008 qu'en 2009. De plus la réduction des capitaux de prévoyance avait été d'au moins 30% ainsi que le requiert le règlement FCT (cf. arrêts du

TAF précités consid. 8.2). Dans ce contexte, le Tribunal a déclaré que le fait que la situation de restructuration n'ait été annoncée que le 3 février 2009 n'était pas déterminant car l'employeur avait connu une situation objective de restructuration (arrêts du TAF précités consid. 8.2 avec renvoi au consid. 7.3). Au consid. 9, le TAF a examiné la question du cercle des assurés concernés par la liquidation partielle et décidé que toute personne qui avait quitté l'entreprise durant la période de restructuration devrait être prise en compte dans le plan de répartition. En effet, dans un cadre de restructuration, même les départs apparemment volontaires, mais résultant d'une situation économique difficile motivant l'anticipation d'une résiliation des rapports de travail et la recherche active d'un nouvel emploi doivent être assimilés aux départs induits par la restructuration.

### **E. 1.4.3**

On peut se demander dans quelle mesure les recourants n'auraient pas dû entreprendre l'arrêt A-498/2012 par devant le Tribunal fédéral, avec pour conséquence l'irrecevabilité de ces griefs formulés dans la présente procédure devant le Tribunal de céans. En effet, s'ils n'étaient pas formellement parties à la procédure en 2013, ils en avaient toutefois connaissance en qualité d'assurés de l'intimée, recourante à l'époque, laquelle aurait dû à tout le moins leur transmettre, en application de l'art. 53d al. 5 LPP, la décision du TAF du 16 mai 2013. Les recourants s'étaient par ailleurs opposés en 2010 - alors qu'ils avaient déjà quitté l'employeur - au premier rapport de liquidation, celui même que l'arrêt du TAF du 16 mai 2013 a jugé applicable. Par cet arrêt, qui certes renvoie l'affaire à l'autorité inférieure, le TAF avait rendu une décision finale tranchant définitivement certaines questions. Le recours en matière de droit public était manifestement recevable contre une telle décision qui n'avait dans cette mesure pas un caractère incident au sens de l'art. 93 LTF (cf. ATF 141 II 14 consid. 1.1, ATF 141 II 353 consid. 1.1, ATF 134 V 141 consid. 1.1). Cette question peut toutefois souffrir de rester ouverte. En effet, quoi qu'il en soit, le Tribunal de céans est de toute manière lié par les considérants de son propre arrêt de renvoi (cf. infra consid. 1.4.1.1). Il s'ensuit que l'ensemble des griefs des recourants ayant trait à l'existence d'un cas de liquidation partielle, aux conséquences d'une annonce tardive et aux cercles des assurés est rejeté pour autant que recevable.

### **E. 2**

Le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 49 let. a PA), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA) ainsi que l'inopportunité (art. 49 let. c PA). Le TAF dispose d'un plein pouvoir de cognition (art. 49 PA). Il constate les faits et applique le droit d'office (art. 62 al. 4 PA). Néanmoins, il se limite en principe aux griefs invoqués et n'examine les autres points que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 122 V 157 consid. 1a, ATF 121 V 204 consid. 6c).

### **E. 3**

Les seules questions qui restent à trancher, du moment que l'existence d'un cas de liquidation partielle ne peut plus être revue par le TAF, sont donc celles relatives la reconnaissance d'un droit à des fonds libres et d'un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation lors de la liquidation partielle. A l'appui de ce dernier grief, les recourants soutiennent que lors de la période considérée qui s'étend du 1er janvier 2008 au 31 décembre 2009, huit assurés sont passés auprès du même employeur X. \_\_\_\_\_ S.A. pour être assurés auprès de l'institution de prévoyance de

ce nouvel employeur. Il y aurait donc lieu de considérer qu'il s'agit là d'un cas de sortie collective. S'agissant du droit à des fonds libres, les recourants prétendent encore que l'autorité inférieure aurait dû faire constater par la Fondation l'évolution des fonds libres entre le jour déterminant pour la liquidation partielle et celui du transfert des fonds.

### **E. 3.1.1**

Selon l'art. 53b al. 1 LPP, les institutions de prévoyance fixent dans leurs règlements les conditions et la procédure de liquidation partielle. Les prescriptions réglementaires concernant les conditions et la procédure de liquidation partielle doivent être approuvées par l'autorité de surveillance (art. 53b al. 2 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. Le Conseil fédéral définit les principes (art. 53d al. 1 LPP). Sur cette base, le Conseil fédéral a arrêté les art. 27g et 27h de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2, RS 831.441.1) qui règlent le droit à des fonds libres en cas de liquidation partielle ou totale, respectivement le droit collectif aux provisions et aux réserves de fluctuation lors de liquidation partielle ou totale. L'art. 27g OPP2 a la teneur suivante : « 1Lors d'une liquidation partielle ou totale, il existe un droit individuel à une part des fonds libres en cas de sortie individuelle ; en cas de sortie collective, ce droit peut être individuel ou collectif. 1bisLes institutions de prévoyance qui satisfont aux exigences en matière de capitalisation complète constituent fonds libres lorsque leurs réserves de fluctuation de valeur ont atteint leur valeur cible. Pour les calculer, elles se fondent sur un bilan commercial et technique assorti de commentaires décrivant clairement leur situation financière effective. 2En 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, les fonds libres à transférer sont adaptés en conséquence. 3Les découverts de techniques d'assurance sont calculés conformément à l'art. 44. Une éventuelle réduction s'opère à titre individuel sur la prestation de sortie. Si cette dernière a déjà été transférée sans diminution, l'assuré est tenu de restituer le montant de la déduction. » Quant à l'art. 27h OPP2, il dispose : « 1Lorsque 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 provisions n'existe toutefois que si des risques actuariels sont également cédés. Le droit aux réserves de fluctuation correspond au droit au capital d'épargne et de couverture au prorata. 2L'organe paritaire ou l'organe compétent de l'institution de prévoyance décident du droit collectif sur les provisions et les réserves de fluctuation lors d'une sortie collective. 3Le droit collectif sur les provisions et les réserves de fluctuation doit dans tous les cas être transféré collectivement à la nouvelle institution de prévoyance. 4En 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, les provisions et les réserves de fluctuation à transférer sont adaptées en conséquence. 5Le 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. » L'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) prévoit qu'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.

### **E. 3.1.2**

Le règlement FCT définit en préambule la sortie collective comme suit : « Désigne une sortie de destinataires touchés par la liquidation partielle quittant ou ayant quitté la Caisse en tant que groupe pour être repris ensemble dans une autre institution de prévoyance. Le terme de groupe désigne un ensemble de destinataires dont le nombre correspond à : 1) au moins 30% du nombre de membres actifs en début d'année, mais au minimum 5 destinataires, pour une caisse comptant moins de 50 membres actifs en début d'année ; 2) au moins 20% du nombre d'actifs en début d'année pour une caisse comptant entre 50 et 100 membres actifs en début d'année ; 3) au moins 10% du nombre d'actifs en début d'année pour une caisse comptant plus de 100 membres actifs en début d'année. » Et les fonds libres : « Différence positive entre la fortune de prévoyance disponible selon l'Annexe 44 OPP2, le capital de prévoyance nécessaire et l'objectif de réserve de fluctuation de valeur. »

### **E. 3.2**

Il ressort du dossier de la cause que sur le total des assurés ayant quitté l'employeur durant la période de liquidation partielle retenue, huit ont effectivement rejoint la société X.\_\_\_\_\_ S.A., dont les recourants. A.\_\_\_\_\_ a annoncé son départ le 11 janvier 2008 avec effet au 31 mars 2008 alors que B.\_\_\_\_\_ a donné sa démission le 29 février 2008 avec effet au 30 avril 2008. Les autres départs des assurés qui ont été engagés ensuite par X.\_\_\_\_\_ S.A. se sont échelonnés dans le temps. Outre les recourants, quatre employés sont partis dans le courant 2008, dont deux seulement à la même date, soit le 30 mai 2008. Les deux derniers ont quitté l'employeur le 28 février 2009, respectivement le 31 octobre 2009. Les dates de transfert des prestations de libre passage ne sont également pas identiques. Par conséquent, il est difficile d'assimiler ces départs à des dates différentes à une sortie d'un groupe repris ensemble dans la nouvelle institution de prévoyance. A cela s'ajoute qu'il n'est pas contesté que l'effectif de la caisse était de 28 membres actifs au 1er janvier 2008. Or, si l'on devait considérer qu'il y a bien eu sortie d'un groupe, le départ de 6 assurés durant l'année 2008 représente un peu plus de 21% du nombre de membres actifs au début de cette année, si bien que les conditions pour reconnaître une sortie collective au sens du règlement FCT, approuvé - faut-il le rappeler - par l'autorité de surveillance, ne sont pas satisfaites.

### **E. 3.3**

S'agissant du reproche relatif au droit aux fonds libres, il suffit, pour répondre aux recourants, de constater que la prestation de libre passage a été versée dans son intégralité à A.\_\_\_\_\_ le 16 octobre 2008 ainsi que le 4 novembre 2008 à B.\_\_\_\_\_, qu'au moment de ce transfert, la Caisse était en découvert au sens de l'Annexe 1 à l'art. 44 OPP2 et qu'en conséquence, il n'y avait pas de fonds libres à distribuer. Il s'ensuit que ce grief tombe également à faux.

### **E. 4**

Partant, au vu de ce qui précède, le recours, pour autant que recevable, doit être rejeté et la décision du 16 décembre 2014 de l'autorité inférieure confirmée.

### **E. 5**

Les recourants, qui succombent, doivent donc s'acquitter des frais de justice. Compte tenu de la charge de travail liée à la procédure, ceux-ci sont fixés à 2'000 francs (cf. l'art. 63 al. 1 PA et art. 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés

par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]. Ils seront imputés sur l'avance de frais déjà versée du même montant. Il n'est pas alloué de dépens (art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

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