

BVGer C-2434/2006 vom 23. November 2007

Bundesverwaltungsgericht, 2007-11-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2434_2006

FR: TAF C-2434/2006 du 23 novembre 2007

IT: TAF C-2434/2006 del 23 novembre 2007

Regeste

Prévoyance professionnelle (divers)

Erwägungen

E. 1.1

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, 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) prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF. En particulier, les décisions rendues par les autorités cantonales de surveillance en matière de surveillance des fondations de prévoyance peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. i LTAF et à l'art. 74 al. 1 LPP, comme d'ailleurs elles pouvaient l'être antérieurement devant la Commission de recours LPP conformément à l'ancien art. 74 al. 2 let. c LPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006.

E. 1.2

Les affaires pendantes devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1er janvier 2007 sont traitées par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où il est compétent. Le nouveau droit de procédure s'applique (cf. art. 53 al. 2 LTAF).

E. 2.1

La décision litigieuse du 10 juillet 2006 constitue manifestement une décision au sens de l'art. 5 PA. La qualité pour agir devant le Tribunal de céans selon l'art. 48 al. 1 PA appartient à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. L'intérêt digne de protection au sens où l'entend la loi peut être de nature juridique ou simplement un intérêt de fait (ATF 125 II 497, 123 II 376, 120 Ib 379, 116 Ib 321, 112 Ib 228; Pierre Moor, Droit administratif II, 2ème éd. Berne 2002, p. 626 ss; Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 483 ss). En l'espèce, le Fonds de prévoyance a sans conteste un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée. Il est en outre relevé que la dernière décision de l'Autorité de surveillance du 5 octobre 2007 prononçant la dissolution de la Fondation, décision requise par celle-ci, maintient une liquidation partielle préalable pour la période du 1er janvier 2003 au 31 janvier 2004 et que le bien-fondé de cette liquidation partielle est contesté par la Fondation au motif d'un démantèlement unitaire du groupe F. _____ et d'un défaut manifeste des conditions de viabilité économique au-delà de la période de liquidation partielle requise.

E. 2.2

Déposé dans les formes et délais prévus par les art. 50 et 52 al. 1 PA et l'avance de frais requise ayant été payée dans le délai imparti, le recours est recevable.

E. 3

Selon 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) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, l'autorité de surveillance décide si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies. L'al. 4 de cette disposition énonce que les conditions d'une liquidation partielle sont présumées lorsque: a) l'effectif du personnel est considérablement réduit; b) l'entreprise est restructurée; c) un employeur résilie le contrat qui le lie à l'institution de prévoyance et que celle-ci subsiste. Fondée sur cette disposition et les faits de la cause tels qu'établis jusqu'au 27 octobre 2003, l'Autorité de surveillance, constatant les opérations de restructuration intervenues au sein du groupe F._____, dont le départ de plusieurs centaines d'assurés actifs du Fonds de prévoyance, et le maintien de quelque 80 personnes affiliées (cf. décision du 27 octobre 2003, faits n° 25; pce Cr 58), constata que les conditions formelles d'une liquidation partielle étaient remplies au sens de l'art. 23 al. 4 LFLP. Cette décision a été confirmée par la Commission de recours dans son jugement du 30 septembre 2005, lequel est entré en force. Dans son jugement, la Commission de recours a notamment relevé dans ses considérants 5 c et d: "c) Dès le mois d'octobre 2002, l'effectif de la Fondation de prévoyance a diminué par étapes. Le Conseil de fondation aurait pu demander la liquidation totale de son institution dès la première sortie collective en proposant à l'Autorité de surveillance un autre support de prévoyance en faveur des assurés qui n'étaient pas encore touchés par la restructuration de l'employeur. Rien de tel n'a été demandé à l'époque. Compte tenu des sorties collectives successives, l'Autorité de surveillance n'avait pas d'autres possibilités que de constater l'existence d'une liquidation partielle, les conditions de l'ancien art. 23 al. 4 LFLP étant réunies. En octobre 2003, elle ne pouvait prononcer une liquidation totale, puisque la Fondation de prévoyance comptait encore des assurés actifs et des bénéficiaires de rentes et qu'aucune solution pour le maintien de leur prévoyance n'avait été proposée. De plus, elle ne pouvait pas non plus fixer une date-buttoir pour la liquidation partielle faute d'information précise sur l'évolution effective du nombre des assurés de la Fondation de prévoyance. Elle relève toutefois dans sa décision que le début des premières restructurations majeures, accompagnées d'une réduction sensible de l'effectif du "groupe F._____" affilié à la Fondation de prévoyance pour le personnel de F._____ SA et sociétés affiliées, peut être arrêté au plus tard à la fin du mois de juillet 2003. Il appartient dès lors au Conseil de fondation de proposer une autre date, si celle supposée par l'Autorité de surveillance s'avère inadéquate, compte tenu de l'évolution réelle de l'effectif de la Fondation de prévoyance. d) Il y a lieu de faire une différence nette entre l'existence d'une liquidation partielle, qui repose sur des conditions clairement énumérées à l'ancien art. 23 al. 4 LFLP et la répartition des fonds libres, respectivement la déduction du découvert technique. Ce n'est pas parce qu'une institution de prévoyance se trouve en liquidation partielle, qu'elle aura forcément besoin d'établir un plan de répartition d'éventuels fonds libres, ou, a contrario, une proposition de répartition du découvert technique. Dans la pratique, les autorités de surveillance rendent deux décisions distinctes, à savoir une décision de constatation de l'existence d'une liquidation partielle et une décision d'approbation du plan de répartition des fonds libres ou du découvert (ancien art. 23, al. 1 in fine LFLP). La liquidation partielle doit permettre de faire le point sur la

situation financière de l'institution. Ses actifs et ses passifs doivent être évalués à leurs valeurs réelles, c'est-à-dire à leurs valeurs de liquidation. Seul un bilan de liquidation permet au conseil de fondation de garantir un traitement équitable entre les assurés partants et les assurés restants". Puis, au considérant 6a elle a indiqué: "Dans le cadre d'une liquidation partielle, un découvert doit également être supporté par les assurés partants, lorsque la fondation continue à réaliser la prévoyance professionnelle en faveur des assurés restants, faute de quoi elle péjore son degré de couverture en transférant les prestations de sortie intégralement. Dans ce cas de figure, le Conseil de fondation veillera au respect du principe de l'égalité de traitement entre assurés partants et assurés restants. Toute autre est la situation où la fondation en situation de découvert doit être liquidée totalement peu de temps après sa liquidation partielle. En effet, lors de la liquidation totale d'une fondation de prévoyance devenue insolvable, les prestations de libre passage sont en grande partie garanties par le Fonds de garantie (art. 56 LPP et art. 16 ss de l'Ordonnance du 22 juin 1998 sur le Fonds de garantie (OFG; RS 831.432.1). Si le Conseil de fondation déduit le découvert des prestations de sortie au moment de la liquidation partielle, sachant que sa fondation devenue insolvable sera dissoute par la suite, il crée une inégalité de traitement entre les assurés sortis lors de la liquidation partielle et les assurés qui quitteront au moment de la dissolution de la fondation. Alors que les premiers subiront une perte sur leur prestation de libre passage à cause du report du découvert, les derniers verront leur prestation garantie par le Fonds de garantie; la limite de couverture posée par l'art. 56 al. 2 LPP demeure réservée. La recourante reproche précisément à la décision litigieuse du 27 octobre 2003 de provoquer une inégalité de traitement. Toutefois, sa crainte est prématurée. Ce n'est pas la décision constatant l'existence d'une liquidation partielle qui peut créer l'inégalité de traitement susmentionnée, mais bien la suite qu'entend réserver le Conseil de fondation à cette décision".

E. 4

Depuis le 1er janvier 2005 la liquidation partielle et totale d'une institution de prévoyance est régie par les art. 53b ss LPP sous réserve de l'application des dispositions de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus, RS 221.301) en vigueur depuis le 1er juillet 2004 (en l'espèce non applicable). La décision du 10 juillet 2006 dont est recours étant postérieure au 1er janvier 2005, les nouvelles dispositions sont applicables au cas d'espèce et non plus les anciennes sur lesquelles s'est fondée la décision du 27 octobre 2003. Aux termes de l'art. 53b al. 1 LPP, les conditions pour une liquidation partielle sont remplies lorsque: a) l'effectif du personnel subit une réduction considérable; b) une entreprise est restructurée; c) le contrat d'affiliation est résilié. Selon l'art. 53c LPP, lors de la dissolution d'une institution de prévoyance (liquidation totale), l'autorité de surveillance décide si les conditions et la procédure sont observées et approuve le plan de répartition. 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. Le conseil fédéral définit les principes. L'al. 3 précise que les institutions de prévoyance qui doivent respecter le principe de l'établissement du bilan en caisse fermée peuvent déduire proportionnellement les découverts techniques pour autant que cela ne contribue pas à réduire l'avoir de vieillesse (art. 15 LPP). Le principe est également énoncé à l'art. 19 LFLP selon lequel les institutions de prévoyance autre que de droit public ne peuvent déduire ce découvert technique que lors d'une liquidation partielle ou totale. Le principe a pour but de ne pas favoriser les assurés qui s'en vont par rapport à ceux qui restent (Message du Conseil fédéral du 26 février 1992

concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1992 III 529 p. 592; ATF A.699/2006 du 11 mai 2007 consid. 5.3).

E. 5.1

Les modifications structurelles d'une société entraînent généralement des conséquences pour l'institution de prévoyance. La prévoyance peut devoir subir une réorganisation et les institutions être adaptées à la nouvelle situation de la société, en vertu du principe bien établi selon lequel la fortune de prévoyance suit le personnel (Jacques-André Schneider, Fonds libres et liquidation de caisses de pension, *Eléments de jurisprudence in: Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [RSAS] 2001/45 p. 454; Hans Michael Riemer / Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, 2ème éd. Berne 2006, § 2 n°115). De règle, la vente d'une société a pour conséquence que les employés liés à l'entité vendue quittent la fondation de prévoyance qui les assurait pour intégrer l'institution de prévoyance de l'entité acquéreuse. Le maintien dans une institution de prévoyance d'assurés de sociétés devenues tierces au groupe va à l'encontre des réalités économiques et généralement des statuts de l'institution de prévoyance qui assurait les salariés repris dans le cadre de la cession de l'entité. Ceci ne libère cependant pas les parties à une transaction portant sur la cession d'une société de trouver une solution convenable aux prétentions de libres passages des salariés si une ou des solutions sont économiquement envisageables, lesquelles sont effectivement inexistantes en cas de surendettement des sociétés vendues et de la société venderesse. En indiquant que les salariés sortis du Fonds de prévoyance suite à la cession d'entreprises du groupe F. _____ à des sociétés tierces auraient pu y être maintenus, l'Autorité de surveillance a énoncé ce faisant un considérant erroné tant du point de vue économique que juridique.

E. 5.2

En cas de liquidation partielle ou totale d'une fondation de prévoyance, les fonds libres doivent être distribués entre les groupes d'assurés selon un plan de répartition établi par le Conseil de fondation. Dans ce domaine, ledit conseil dispose d'un large pouvoir d'appréciation lui permettant de décider des critères à retenir. L'exercice de ce pouvoir est limité par l'obligation légale de respecter les buts de l'acte de fondation, l'interdiction de l'arbitraire et le principe de la bonne foi et de l'égalité de traitement (Parissima Vez, *La fondation: lacunes et droit désirable*, Berne 2004, p. 260 et les références citées; ATF 2A.402/2005 consid. 3.2; RSAS 1984 p. 222). En cas de découvert technique, les principes sont les mêmes (ATF 2A.699/2006 consid. 4.1; FF 1992 III 529, p. 598). Le découvert doit être réparti en cas de liquidation partielle entre les assurés partants et restants sous réserve que l'avoir de vieillesse ne peut être réduit (art. 18 et 19 LFLP). L'élaboration de ce plan et les critères de répartition relèvent de la seule compétence du conseil de fondation. A titre d'exemple, on notera qu'il ne serait pas contraire au droit de prévoir comme critère d'équité une prise en compte du découvert technique plus importante pour des employés jeunes que pour des employés âgés, du fait de leur prochaine entrée en retraite alors que des assurés jeunes bénéficieront de plusieurs années pour rétablir leur capital de retraite, ainsi qu'une prise en compte du découvert technique moindre pour les prestations de libre passage peu élevées en relation avec de bas salaires.

E. 6.1

La détermination du cadre d'une liquidation partielle ou totale nécessite de clarifier les personnes concernées. En principe on inclut dans le cercle d'une liquidation partielle ou totale les personnes qui ont quitté l'entreprise dans la période précédant la date déterminante pour la liquidation, qui peut aller jusqu'à trois voire cinq ans (ATF 128 II 394 consid. 3.3 p. 397 s.; ATF 2A.276/2002 consid. 2.2.; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zurich 2005, n° 1149 note 167). Si la jurisprudence et la doctrine ont eu à discuter le dies a quo d'un cercle de personnes prises en compte et ont à ce titre déterminé les critères applicables, il tombe sous le sens que la détermination du terme de la période à prendre en considération relève des mêmes principes, à savoir l'unité de temps de la restructuration considérée relevant d'une même volonté de principe sans que celle-ci ait été entrecoupée d'une ou de périodes particulièrement longues justifiant la distinction de deux ou plusieurs périodes de référence. En l'espèce, si certes le jugement de la Commission de recours du 30 septembre 2005 a considéré que les critères d'une liquidation partielle étaient remplis, son appréciation s'est établie sur les données à sa disposition, dont notamment le fait qu'environ 80 salariés allaient être maintenus dans le Fonds de prévoyance pendant une période indéterminée d'une certaine durée. La Commission de recours LPP a d'ailleurs relevé que l'Autorité de surveillance ne pouvait en date du 27 octobre 2003 fixer le terme de la période de liquidation partielle faute d'éléments et d'informations pour ce faire (cf. consid. 5c du Jugement reproduit supra au consid. 3). Or il appert des faits que les opérations de restructuration du groupe F._____ se sont révélées être un démantèlement complet du groupe en un temps relativement court procédant d'une unique volonté de liquidation des activités du groupe déficitaire. Par ailleurs, la recourante a démontré qu'à compter du 31 janvier 2004 les quelques salariés restés dans l'entreprise l'ont été en raison de protections légales contre le congé à l'exception d'un salarié non assuré en épargne LPP. Les faits de la cause justifient en conséquence que le démantèlement du groupe soit considéré comme émanant d'une unique opération de restructuration-démantèlement du 1er janvier 2003 au 31 janvier 2005, cette dernière date correspondant à la sortie des derniers assurés restés assurés en raison de la protection du Code des obligations contre les licenciements à l'exception d'un assuré non couvert en assurance épargne. La période précitée s'inscrit d'ailleurs dans le délai de 3 voire 5 ans applicable de jurisprudence et doctrine constantes. C'est donc à tort que l'Autorité de surveillance, au vu des développements portés à sa connaissance par la Fondation, a maintenu sa décision, bien que confirmée par la Commission de recours LPP sur la base des faits alors présentés, d'exiger de la Fondation l'élaboration d'un plan de liquidation partielle pour la période du 1er janvier 2003 au 31 janvier 2004, ce d'autant que le jugement de la Commission de recours avait clairement indiqué que "ce n'est pas la décision constatant l'existence d'une liquidation partielle qui peut créer l'inégalité de traitement (...), mais bien la suite qu'entend réserver le Conseil de fondation à cette décision". Autrement dit, qu'une liquidation partielle ou non ait été prononcée était sans incidence sur la liquidation de la Fondation du fait qu'une liquidation totale s'imposait directement après et que le principe d'égalité de traitement obligeait la Fondation à traiter les assurés sortis lors de la liquidation partielle et sortis lors de la liquidation finale à égalité de droit, au besoin en sollicitant l'intervention du Fonds de garantie vu la liquidation totale requise qui devait suivre la liquidation partielle. En effet, comme l'a d'ailleurs énoncé le Fonds de garantie dans sa correspondance du 19 décembre 2006, la phase de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance n'est pas déterminante pour l'obtention de prestations du Fonds de garantie car est déterminant en premier lieu la notion d'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Si tant dans le cadre de

la liquidation partielle que dans le cadre de la liquidation totale qui y fait directement suite, il y a unité de situation économique, le Fonds de garantie doit ainsi intervenir tant dans le cadre de la liquidation partielle que dans le cadre de la liquidation totale qui y fait suite. La loi ne prévoit pas d'intervention du Fonds de garantie uniquement en cas de liquidation totale, par contre la loi énonce comme condition à l'intervention du Fonds de garantie une situation d'insolvabilité (art. 56 al. 1 let. b et c LPP) laquelle peut déjà se présenter dans le cadre d'une liquidation partielle précédant une liquidation totale prononcée directement après la première (l'intérêt du prononcé d'une liquidation partielle précédant immédiatement une liquidation totale peut dans certains cas se justifier pour des raisons essentiellement comptables).

E. 6.2

L'art. 25 al. 1 de l'Ordonnance sur le Fonds de garantie LPP (OFG, RS 831.432.1) dispose qu'une institution de prévoyance (...) est réputée insolvable lorsque l'institution (...) ne peut pas fournir les prestations légales ou réglementaire dues et lorsqu'un assainissement est devenu impossible. L'al. 2 let. a précise qu'un assainissement est réputé impossible lorsque une institution de prévoyance fait l'objet d'une procédure de faillite, d'une procédure de liquidation ou d'une procédure analogue. L'ordonnance, en faisant référence à la procédure de liquidation, ne distingue pas la liquidation partielle de la liquidation totale, mais la finalité de la disposition vise nécessairement une liquidation éventuellement partielle suivie directement d'une liquidation totale tendant à la liquidation finale de l'institution de prévoyance, par opposition à une liquidation partielle maintenant l'institution de prévoyance pour une durée indéterminée, situation à laquelle s'appliquent les art. 18 et 19 LFLP. Faute de pouvoir envisager concrètement un assainissement, le fonds de prévoyance n'est manifestement pas dans cette dernière situation.

E. 7

Selon l'art. 65 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. Selon l'art. 62 al. 1 LPP, l'autorité de surveillance s'assure que l'institution de prévoyance ainsi que l'institution qui sert à la prévoyance se conforment aux prescriptions légales. En application de la première disposition, la Fondation a dès 2003 et de façon insistante après le jugement de la Commission de recours LPP du 30 septembre 2005 informé l'Autorité de surveillance être en situation de surendettement sans possibilité de mesures d'assainissement autre que celle prise ayant consisté à ne plus rétribuer les avoirs de prévoyance, mesure d'ailleurs insuffisante. En application de la deuxième disposition, l'Autorité de surveillance, non sans avoir laissé s'accroître le surendettement de la Fondation en prenant la mesure de dissolution s'imposant relativement tardivement en regard de la protection des intérêts des assurés et du Fonds de garantie, mais il est vrai en partie en raison du défaut de diligence de la Fondation à proposer concrètement une solution maintenant la prévoyance des rentiers (une démarche dans ce sens n'a été annoncée que le 13 décembre 2006; cf. pce Cr 97), a par décision du 5 octobre 2007 prononcé la dissolution et liquidation totale de la Fondation. En ceci la condition de l'art. 24 al. 2 OFG à l'entrée en matière du Fonds de garantie, selon laquelle l'autorité de surveillance atteste à l'attention du Fonds de garantie que l'institution de prévoyance fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de faillite ou d'une procédure analogue, est remplie. Compte tenu de la période relativement longue entre le 1er janvier 2003 et le 5 octobre 2007, il sied de se poser la question si une liquidation partielle suivie d'une liquidation totale se justifie, or le défaut d'intérêt à une liquidation partielle est

manifeste notamment dans la perspective de l'économie de frais comptables, il se justifie dès lors d'admettre le recours dans le sens de l'annulation de la liquidation partielle au profit d'une liquidation totale au 1er janvier 2003. Bien fondé le recours est admis.

E. 8.1

En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, aucun frais de procédure ne peut être mis à la charge d'une autorité inférieure. En l'occurrence, vu l'issue de la procédure, il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais de Fr. 3'000.- fournie par la recourante lui est remboursée.

E. 8.2

En vertu de l'art. 64 al. 1 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. Cependant, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'y avait en règle générale pas lieu d'allouer des dépens à une institution de prévoyance, qui est une institution chargée de tâches de droit public (ATF 126 V 143 consid. 4, ATF 128 V 124 consid. 5b). Il n'y a pas lieu en l'espèce de s'écarter de cette règle de sorte que le Fonds de prévoyance ne se verra pas allouer de dépens.

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