

Liquidation partielle – Première partie

Quels sont les seuils admissibles et équitables?

Dans une édition antérieure, nous avons rendu compte des mesures éventuellement nécessaires dans le domaine de la liquidation partielle.¹

Un arrêt du Tribunal fédéral du 29 mai 2017 (9C_684/2016; ATF 143 V 200) se traduit par des nouveautés dans le domaine de la liquidation partielle.

EN BREF

Un règlement de liquidation partielle doit être concrétisé par le conseil de fondation. La pratique des pourcentages fixes appliquée jusqu'à présent par presque toutes les caisses présente certaines faiblesses.

Dans cet arrêt, la fondation commune² a refusé la liquidation partielle dans le cadre de la sortie d'une entreprise (68 collaborateurs), notamment au motif que le règlement de liquidation partielle posait comme condition à la mise en œuvre d'une liquidation partielle la résiliation d'un nombre minimal de contrats d'affiliation (environ 36).

La caisse de pension reprenante et un assuré sortant ont formé un recours contre cette décision.³ Tant le Tribunal administratif fédéral (cf. arrêt du TAF A-5524/2015 du 1^{er} septembre 2016) que le Tribunal fédéral (cf. ATF 143 V 200) ont partagé l'avis des recourants et ont ordonné à la fondation de procéder à la liquidation partielle.

Nécessité d'une concrétisation réglementaire

Selon l'art. 53b al. 1 LPP, les institutions de prévoyance fixent dans leurs règlements – qui doivent être approuvés par l'autorité de surveillance (art. 53b al. 2 LPP) – les conditions et la procédure de liquidation partielle, les conditions pour une liquidation partielle étant présumées remplies lorsque:

- a. l'effectif du personnel subit une réduction considérable;

- b. une entreprise est restructurée;
- c. le contrat d'affiliation est résilié.

Il faut, sur cette base, spécifier les (différentes) hypothèses dans le règlement. Il incombe aux institutions de prévoyance de fixer les conditions d'une liquidation partielle en fonction de leurs spécificités (cf. ATF 138 V 346, consid. 6.3.4). Il est notamment incontesté que les notions juridiques indéterminées de «réduction considérable de l'effectif du personnel» et de «restructuration» figurant à l'art. 53b al. 1 let. a et let. b LPP doivent être concrétisées dans le règlement (cf. ATF 138 V 346, consid. 6.5.2).

Différents arrêts du Tribunal fédéral ont retenu que les principes essentiels de la proportionnalité, de l'égalité de traitement et de la bonne foi ne sont respectés que si les seuils en pour-cent sont adaptés à la taille des différentes caisses de pension et à la structure de leurs membres.⁴ Selon son règlement, la fondation évoquée (cf. ATF 143 V 200) effectue une liquidation partielle, si:

- une modification considérable de l'effectif des assurés se produit (on qualifie de considérable une modification d'au moins 10% des assurés actifs) ou
- un nombre considérable d'entreprises affiliées résilient le contrat d'affiliation (on qualifie de considérable la résiliation des contrats d'affiliation d'au moins 10% des entreprises) ou
- une entreprise affiliée comptant au moins 500 assurés actifs procède à des

¹ Cf. Ambrosini/Trüssel; «PPS» 8/2014, Il y a à faire dans la procédure de liquidation partielle.

² Elle comptait, début 2012, 343 entreprises, 3927 assurés actifs, en moyenne 11 collaborateurs par affiliation.

³ Les recourants (notamment la caisse de pension et l'assuré) ont été représentés par Libera SA à toutes les étapes de la procédure.

⁴ Cf. ATF 136 V 322, consid. 8.3; TAF A-5524/2015 du 1^{er} septembre 2016, consid. 6.2 avec d'autres références.

mesures de restructuration et que 10% des assurés actifs la quittent contre leur gré.

En application du règlement concrétisé, il faudrait, pour qu'une liquidation partielle soit effectuée, qu'au moins 393 (3927x10%) assurés actifs sortent, qu'au moins 36 entreprises (353x10%) résilient leur affiliation au cours de la même année civile ou que l'entreprise en restructuration compte au moins 500 assurés actifs et que, en plus, 10% de ses salariés la quittent contre leur gré.

Vu que les entreprises affiliées sont principalement des petites entreprises (en moyenne 11 collaborateurs par affiliation), ces obstacles ont un caractère purement prohibitif.

Résiliation du contrat d'affiliation

Le consid. 10.2 de l'ATF 136 V 322 note que la let. a (réduction considérable de l'effectif du personnel) et la let. b (restructuration) de l'art. 53b al. 1 LPP visent notamment des états de fait propres aux institutions de prévoyance individuelles, particulières à un employeur et qu'une adaptation des conditions pour ces deux états de fait était donc possible, notamment en ce qui concerne les fondations collectives et communes. A contrario, cette marge de manœuvre ne devrait justement pas s'appliquer pour l'art. 53b al. 1 let. c LPP (résiliation du contrat d'affiliation), bien que la jurisprudence actuelle admette un critère supplémentaire pour les institutions collectives et communes également pour l'art. 53b al. 1 let. c LPP. Toutefois, comme la concrétisation du critère supplémentaire doit tenir compte de la spécificité de l'institution, le critère supplémentaire applicable lors de la résiliation d'un contrat d'affiliation ne peut pas être la résiliation de plusieurs affiliations (cf. ATF 143 V 200). Tant le Tribunal administratif fédéral que le Tribunal fédéral ont retenu qu'un tel critère supplémentaire était contraire au droit et illicite, de sorte que le texte de la loi s'applique et que, partant, une liquidation partielle doit être réalisée.

Réduction considérable de l'effectif du personnel

Selon l'art. 53b al. 1 let. a LPP, une liquidation partielle doit être effectuée

Institutions collectives: impact du «seuil de 10%»

Caisse de pension	Taux de couverture	Nombre d'assurés actifs CP	Nombre d'assurés actifs sortant collective-ment	Pourcentage	Liquidation partielle?	Montant des droits découlant d'une éventuelle liquidation partielle (en CHF)*
A	116.8%	700	85	12%	Oui	2 886 600
B	118.9%	1 500	90	6%	Non	3 354 075
C	114.5%	5 000	550	11%	Oui	16 685 625
D	115.7%	11 000	900	8%	Non	29 004 750
E	117.9%	25 000	1 500	6%	Non	53 538 750

* Ce montant correspond au droit aux provisions techniques, aux réserves pour fluctuation de valeur et aux fonds libres, si une liquidation partielle devait être effectuée. Ces fonds ne sont pas transférés dans les exemples où les conditions d'une liquidation partielle ne sont pas remplies.

lorsque l'effectif du personnel subit une réduction considérable. Un seuil de 10% est souvent utilisé dans la pratique.

Dans une notice, l'Autorité de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations du canton de Zurich présente en plus du taux maximal possible de 10% des assurés (et le cas échéant des prestations de libre passage) un exemple possible avec l'échelonnement chiffré suivant:

- pour 1 à 5 assurés actifs: au moins 2;
- pour 6 à 10 assurés actifs: au moins 3;
- pour 11 à 25 assurés actifs: au moins 4;
- pour 26 à 50 assurés actifs: au moins 5;
- plus de 50 assurés actifs: au moins 10%.

Dans le tableau ci-dessus, nous montrons l'impact du «seuil de 10%», très répandu et reconnu, en prenant comme exemple cinq institutions communes. Nous avons supposé que la sortie était collective.

Les exemples montrent que le seuil de 10% engendre des résultats arbitraires. La raison en est qu'un seuil en pour-cent fixe appliqué à des caisses de pension de tailles différentes engendre des seuils en valeur absolue différents. Il est toutefois objectivement infondé et choquant de subordonner la réalisation d'une liquidation partielle à la taille, fortuite, de la caisse de pension cédante. La liquidation partielle pourrait plutôt être liée aux conséquences pour les bénéficiaires (sortants) et au principe de proportionnalité. Dans tous les cinq exemples, les sommes à transférer seraient sensiblement plus élevées que les charges liées à la mise en œuvre de la liquidation partielle. La condition habituelle d'une liquidation

partielle n'est toutefois remplie que dans deux des cinq cas mentionnés.

Concrétiser le règlement de liquidation partielle

Au vu des explications fournies, un règlement de liquidation partielle doit être concrétisé par le conseil de fondation. La pratique des pourcentages fixes appliquée jusqu'à présent (par presque toutes les caisses de pension) présente certaines faiblesses. Les seuils en pour-cent fixes souvent utilisés pourraient être adaptés à la taille des différentes caisses de pension et à la structure de leurs membres. Il serait aussi possible de définir des seuils absolus pour une liquidation partielle, comme différentes autorités de surveillance le montrent à titre d'exemple pour de petites caisses de pension. **I**

Benno Ambrosini
Andrea Trüssel

Deuxième partie de l'article

Dans l'édition d'avril 2018, les auteurs rendront compte de l'état de fait de la restructuration en matière de liquidation partielle.