



Liquidation partielle d'institutions de prévoyance

Vincent Carron, LL.M.

Key Take-aways

- 1.** Les IP communes peuvent poser des conditions supplémentaires à l'ouverture d'une liquidation partielle. Celles-ci doivent être liées au nombre d'assurés sortants ou aux capitaux de prévoyance quittant l'IP.
- 2.** L'examen des provisions se fait par rapport à la date du bilan (situation patrimoniale au jour de référence). Il n'y a pas de place pour un examen ex post.
- 3.** La liquidation partielle traite de la répartition des montants existants, non des montants qui, à tort, ne sont plus présents au sein de l'IP à date déterminante pour la liquidation partielle.

1 Introduction

Le Tribunal fédéral a récemment publié un certain nombre d'arrêts relatifs aux liquidations partielles d'institutions de prévoyance ("IP"). Les liquidations partielles d'IP sont **encadrées** par la loi, notamment les art. 53b ss de la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ("LPP") et les art. 27g ss de son ordonnance d'application ("OPP 2"). Elles sont en sus assujetties au contrôle de l'autorité de surveillance.

2 Les cas de liquidation partielle

2.1 Généralités

Avant même l'existence d'un cas concret de liquidation, les IP doivent fixer dans un **règlement** les conditions et la procédure de liquidation partielle. Il s'agit en effet de prévoir par avance les cas d'application et les règles du jeu pour éviter des décisions "sur mesure" à la survenance d'un cas effectif. Pour définir les cas de liquidation, la loi présume que les **conditions d'une liquidation partielle** sont remplies lorsque l'effectif du personnel subit une réduction considérable, lorsqu'une entreprise est restructurée, ou encore lorsque le contrat d'affiliation est résilié. Le règlement de liquidation partielle précisera ces conditions.

2.2 Conditions supplémentaires pour les institutions communes

Pour une institution commune, à laquelle sont affiliés parfois un nombre très important d'employeurs, il est souvent inadéquat que chaque rupture d'un contrat d'affiliation puisse entraîner une liquidation partielle, car ces caisses pourraient se retrouver dans une **situation de liquidation partielle permanente**. Aussi, il est admis que ces caisses peuvent prévoir **des conditions supplémentaires**. Deux arrêts ont récemment été publiés par le Tribunal fédéral sur ce thème.

Dans l'ATF 145 V 22, le règlement de liquidation partielle prévoyait qu'il y avait un cas de liquidation partielle en cas de résiliation de contrat d'affiliation entraînant la sortie d'au moins 2% des assurés. Le cas de liquidation partielle étant alors rempli en l'espèce, il s'est posé la question s'il fallait alors, dans le cadre de cette liquidation, prendre aussi en compte les résiliations de contrats d'affiliation qui se trouvaient au-dessous du seuil déclencheur de 2%. Le Tribunal fédéral a tranché par l'affirmative en considérant que les affiliations d'entreprises qui comptent un très petit nombre d'employés doivent être **englobées** dans la liquidation partielle d'une institution commune, lorsque leur contrat d'affiliation avait été **résilié en raison du même événement économique** qui a provoqué la liquidation partielle. Cela valait également lorsque la dissolution du contrat d'affiliation d'une de ces entreprises ne rendrait pas nécessaire, pour elle-même, la liquidation partielle.

Dans l'ATF 143 V 200, le Tribunal fédéral a dû se pencher sur la validité d'un règlement de liquidation partielle d'une IP commune qui avait ajouté comme condition supplémentaire pour procéder à une liquidation partielle en cas de rupture de contrats d'affiliation, un seuil minimum de 10% d'entreprises affiliées résiliant leur contrat d'affiliation. Le Tribunal fédéral a jugé que cette condition plaçait le seuil beaucoup trop haut, puisque cela aurait supposé le départ de 35 sociétés, événe-

ment qui était très éloigné des fluctuations usuelles dans l'IP commune. De même, en plaçant le seuil plus bas, on risquait de se trouver en liquidation permanente. La condition posait un problème d'égalité de traitement entre assurés puisque le départ de 34 entreprises comptant un nombre conséquent d'assurés n'aurait pas entraîné de liquidation partielle, alors que le départ de 36 entreprises ayant très peu d'assurés chacune aurait entraîné une telle liquidation. Aussi, la "condition supplémentaire" que peuvent poser les IP communes doit avoir trait au **nombre d'assurés sortants** ou aux **capitaux de prévoyance sortants**, mais non au pourcentage de conventions résiliées.

**L'examen des provisions
se fait par rapport
à la date du bilan
(situation patrimoniale
au jour de référence).
Il n'y a pas de place
pour un examen ex post.**

3 Les principes généraux

La liquidation partielle doit respecter deux principes cardinaux: d'une part il convient de respecter les **principes techniques reconnus**; d'autre part, il convient de respecter le principe de **l'égalité de traitement**. L'idée de base est que les fonds libres suivent fondamentalement le personnel ou à l'inverse, que le personnel participe également à la sous-couverture. Le droit aux fonds libres est individuel en cas de sortie individuelle. En cas de sortie collective, le droit aux fonds libres peut être individuel ou collectif. Lorsque plusieurs assurés passent ensemble dans une autre IP (sortie collective), il y a un droit collectif de participation proportionnelle aux provisions et aux réserves de fluctuation. S'il y a découvert au jour pertinent de la liquidation partielle, alors les sortants verront leur prestation de sortie amputée du découvert technique, tant que cela n'affecte pas l'avoir de vieillesse selon l'art. 15 LPP. Aussi, un employeur n'a pas intérêt à résilier le contrat d'affiliation, et partant, créer un cas de liquidation partielle lorsque l'IP est en découvert, ses employés risquant de recevoir **une prestation de sortie amputée**, à moins d'un financement spécial de l'employeur.

4 Les provisions techniques

Le droit collectif de participation proportionnelle aux provisions n'existe que si des **risques actuariels** sont également cédés. L'ATF 144 V 120 a rappelé que, même si les risques actuariels couverts par les provisions ne pouvaient plus

concerner la première IP après la liquidation partielle, les sortants doivent toucher la partie des provisions correspondante dans la mesure où ces provisions avaient aussi été constituées en leur faveur. Une simple dissolution de ces provisions favoriserait en effet l'effectif restant.

Dans l'ATF 144 V 264, le Tribunal fédéral a confirmé que l'on pouvait, à l'occasion de la liquidation partielle, constituer une provision qui était prévue par un règlement des provisions adopté certes avant la date de clôture du bilan, mais après la décision de liquidation partielle, et ce d'autant plus que la **constitution d'une provision** pouvait même se justifier **en l'absence de toute base réglementaire**. En effet, la capacité de risque d'une IP peut changer subitement et fondamentalement et rendre nécessaire la prise en compte d'un besoin de provisions modifié. Ainsi, il peut être justifié de constituer une provision à l'occasion d'une liquidation partielle, par exemple si l'IP présente un risque sérieux d'être transformée en caisse de rentiers. Ce point de vue a par ailleurs été confirmé dans l'ATF 145 V 22.

Parfois, des recourants soutiennent que les provisions n'étaient pas justifiées en se fondant sur l'évolution de la situation de l'IP des mois après le bouclage du bilan pertinent. L'ATF 144 V 264 a bien précisé que **l'examen se fait par rapport à la date du bilan** (situation patrimoniale au jour de référence) et qu'il **n'y a pas de place pour un examen ex post**. Dans l'ATF 145 V 22, le Tribunal fédéral a également clairement précisé qu'un examen rétrospectif n'était pas admissible. Ce qui compte sont les circonstances telles qu'elle se présentent (actuelles et vraisemblables – regard prospectif) au moment du bilan.

En cas de modifications importantes des actifs ou des passifs entre le jour déterminant pour la liquidation partielle et celui du transfert des fonds, les provisions et les réserves de fluctuation à transférer sont adaptées en conséquence. Par contre, comme le retient l'ATF 144 V 369, lorsque le découvert existant au jour déterminant pour la liquidation partielle est entièrement financé pour les sortants et que l'IP est encore en découvert au moment du transfert des fonds, les sortants n'ont **pas droit à des montants supplémentaires** liés à la résorption du découvert. L'OPP2 n'accorde aucun droit supplémentaire aux assurés à cet égard.

5 La procédure

Les assurés et bénéficiaires de rentes doivent être **informés** de manière complète et en temps utile sur la liquidation partielle et doivent pouvoir consulter le plan de répartition.

Le règlement de liquidation partielle prévoit la procédure à suivre. Aussi, en général, les règlements prévoient que les assurés et bénéficiaires de rente qui ne sont pas d'accord avec le plan de répartition doivent d'abord passer par une procédure d'opposition interne, qu'ils doivent ouvrir dans un délai de 30 jours à partir de la mise à disposition de l'information. Si l'opposition n'est pas couronnée de succès, alors les règlements prévoient en pratique, soit un transfert direct de l'opposition par l'organe suprême à l'autorité de surveillance, soit le départ d'un nouveau délai de 30 jours aux opposants pour saisir l'autorité de surveillance. Dans un arrêt 9C_15/2019 du 21 mai 2019, le Tribunal fédéral a confirmé que les IP ont parfaite-

ment le droit de fixer de telles **exigences temporelles**. Il est ensuite possible de faire recours contre la décision de l'autorité de surveillance auprès du Tribunal administratif fédéral. Le recours n'aura effet suspensif que si le Tribunal administratif fédéral le décide, d'office ou sur requête du recourant. En l'absence d'effet suspensif, la décision du Tribunal administratif n'aura d'effet qu'à l'avantage ou au détriment du recourant et non des autres assurés. Enfin, la décision du Tribunal administratif peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

Concernant la **qualité pour contester** la liquidation partielle, l'ATF 145 V 343 a précisé qu'elle n'est pas donnée à celui qui ne peut invoquer qu'une expectative indirecte à une rente de survivant. Aussi, lorsque le droit à la rente de survivant naît seulement après le jour déterminant pour la liquidation partielle et après la clôture de la procédure administrative concernant l'examen de la décision de liquidation partielle, la personne concernée ne dispose pas de la qualité pour participer à la procédure de recours subséquente.

Dans le cas tranché par l'ATF 143 V 321, les recourants estimaient qu'il y aurait dû y avoir plus d'actifs à partager dans le cadre de la liquidation partielle. Ils considéraient que des montants avaient quitté l'IP à tort dans le passé, en violation des dispositions réglementaires. Or, la liquidation partielle traite de **la répartition des montants existants**, non des montants, qui, à tort, ne sont plus présents au sein de l'IP à la date déterminante pour la liquidation partielle. Des questions (litigieuses) qui sont inséparablement et directement liées à celles d'une éventuelle responsabilité ne doivent pas être clarifiées par la voie de la procédure devant l'autorité de surveillance et ne peuvent donc pas être prises en compte dans la procédure de liquidation partielle.

6 Conclusion

Les liquidations partielles réclament beaucoup d'attention, d'autant plus qu'elles ont parfois lieu à des moments charnières délicats de l'histoire de l'entreprise (licenciement collectif, transfert d'une partie d'entreprise, etc.), à même de cristalliser des rancœurs entre ex-employés et employeur, dans des circonstances où des sommes importantes peuvent être en jeu.



Vincent Carron, LL.M.
Associé Genève
Avocat spécialiste FSA
droit du travail
vincent.carron@swlegal.ch



Dr. Catherine Weniger
Conseil Genève
Avocate spécialiste FSA
droit du travail, CES HEC
catherine.weniger@swlegal.ch



Dr. Christine Beusch-Liggenstorfer
Conseil Zurich
christine.beusch@swlegal.ch



Michael Hess, LL.M.
Conseil Zurich
Avocat spécialiste FSA
droit du travail
michael.hess@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer SA
Avocats

Zurich
Löwenstrasse 19
Case postale 2201
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genève
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapour
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapour 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg