

Adaptations structurelles

Exclusivité de la loi sur la fusion?

Conformément à un arrêt du Tribunal administratif fédéral, la loi sur la fusion (LFus) doit impérativement être appliquée lors de la dissolution d'une institution de prévoyance avec transfert de fortune. Dans la pratique, cette décision a provoqué confusion et insécurité juridique.

EN BREF

Selon un arrêt du Tribunal administratif fédéral, la loi sur la fusion est impérativement applicable en cas de liquidation d'une institution de prévoyance. Cette décision est néanmoins en contradiction avec la doctrine et la pratique.

L'arrêt publié l'année dernière¹ traite de la dissolution d'une fondation propre. Suite à cette dissolution, tous les droits et obligations ont été transférés à une fondation collective. Sur la base d'un plan de répartition, une partie des fonds libres a été distribuée individuellement. Une destinataire a contesté la décision de l'autorité de surveillance² s'y référant (autorisation de la reprise et de la dissolution) au moyen d'un recours au Tribunal administratif fédéral. Ce dernier a admis le recours et renvoyé la cause à l'autorité cantonale pour nouvel examen au sens des considérants.

La recourante a fait principalement valoir que le plan de répartition repose sur des critères inadéquats et qu'il devrait, par conséquent, être révoqué. En outre, il a été allégué que l'autorité de surveillance n'aurait faussement pas approuvé le plan de répartition, bien que cela soit prescrit par la loi en cas de liquidation totale (art. 53c LPP). Par ailleurs, ce serait à tort que la LFus n'a pas été appliquée, ce qui aurait été contraignant dans le cadre d'une liquidation totale avec transfert de fortune à une autre institution de prévoyance.

Il appert des considérants de l'arrêt que le tribunal est parvenu aux résultats suivants lors de l'examen des questions centrales matérielles:

1. L'art. 53c LPP (liquidation totale) est-il impérativement applicable?

Oui, du moins dans les cas où des fonds communs sont attribués individuellement selon les critères d'un plan de répartition, une procédure conformé-

ment à l'art. 53c LPP doit être suivie dans le cadre de laquelle l'autorité de surveillance doit approuver formellement le plan de répartition. Le motif serait la protection du destinataire (consid. 7.3.1).

2. Est-ce suffisant si l'autorité de surveillance approuve implicitement le plan de répartition dans le cadre d'un examen préalable?

Non, en raison de l'applicabilité de l'art. 53c LPP et de la clarté de la teneur de cette norme, le plan de répartition doit être formellement approuvé. Ce faisant, l'autorité de surveillance doit user de l'entier pouvoir d'appréciation qui lui revient pour exercer le contrôle de la légalité (consid. 7.4).

3. La LFus est-elle impérativement applicable en cas de liquidation avec transfert de fortune?

Oui, selon le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 181, al. 4 CO, il ne reste «aucune marge» pour un transfert au moyen d'une succession à titre singulier (consid. 8.3).

4. Est-il admissible d'inclure dans le plan de répartition un critère de future fidélité à l'entreprise (dans ce cas, les fonds correspondants peuvent être versés progressivement sur cinq ans et une sortie anticipée entraîne la perte des fonds non encore bonifiés)?

Non, selon le tribunal, un plan de répartition prévoyant qu'une partie des prétentions est liée à la fidélité envers l'employeur ou l'institution de prévoyance profite indirectement à l'employeur. Un tel plan n'est donc pas admissible dans la mesure où les intérêts économiques et de l'entreprise ne doivent pas être pris en considération lors de l'élaboration du plan de répartition. Le

¹ Arrêt C-3571/2012 du 30 juillet 2014 (entré en force).

² BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS).

critère de future fidélité à l'entreprise est inadéquate et donc illégitime (consid. 9.6.4).

De plus, le tribunal a considéré que la différence de traitement des destinataires étant sortis de manière anticipée par rapport à ceux restant va à l'encontre du principe de l'égalité de traitement. Les deux groupes de destinataires auraient contribué dans la même mesure à la constitution des fonds en question, d'où l'absence de justification d'une différence de traitement (consid. 9.6.5).

Appréciation critique

Dans son résultat, le jugement du Tribunal administratif fédéral (notamment en ce qui concerne les exigences formelles et matérielles du plan de répartition) est, en principe, compréhensible. Cette décision n'est cependant pas convaincante s'agissant de la question de l'applicabilité exclusive de la LFus.

Le tribunal motive sa position à ce respect en constatant, entre autres, qu'il ne ressortirait ni de la loi ni des travaux préparatoires une volonté du législateur d'excepter les institutions de prévoyance du champ d'application de la LFus. En outre, la doctrine et la pratique partiraient du principe que la LFus est également impérativement applicable aux institutions de prévoyance. Nous ne pouvons cependant pas souscrire à ces arguments.

Dans la littérature, règne l'avis quasi unanime comme quoi aucune interdiction d'adaptation des structures en dehors de la LFus ne découle de l'art. 181 al. 4 CO ni de la LFus elle-même.³ On trouve également peu d'indices dans les travaux préparatoires permettant de déduire une telle interdiction. Il faut plutôt partir du principe que la LFus ne règle pas de manière exhaustive les restructurations.

Egalement dans la littérature citée dans l'arrêt, rien ne vient confirmer l'opinion que la LFus devrait être exclusivement appliquée dans les restructurations d'institutions de prévoyance. Au contraire, tandis que Pascal Montavon ne s'exprime pas sur l'applicabilité impérative des dispositions de la LFus en cas

de restructuration d'institutions de prévoyance, Jacques-André Schneider émet même la thèse selon laquelle l'art. 181 al. 4 CO ne trouve aucune application pour les institutions de prévoyance. Et pour le cas où un transfert selon l'art. 181 CO n'est pas possible, l'auteur s'engage explicitement en faveur de la succession à titre singulier selon le CO.⁴ La littérature du droit de la prévoyance professionnelle mentionne également des sources permettant de conclure que la LFus ne peut exiger aucune application exclusive lors des restructurations, notamment en cas de dissolution.⁵

Il n'est non plus compréhensible que le Tribunal administratif fédéral puisse conclure que la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations se prononcerait en faveur de l'application obligatoire et exclusive de la LFus dans son mémorandum «Liquidation partielle d'institutions de prévoyance accordant des prestations réglementaires». En effet, la pratique des autorités de surveillance contredit cette supposition dans la mesure où jusqu'à présent, elles ont consciemment renoncé à imposer une procédure déterminée aux parties. En outre, la remarque explicite du mémorandum selon laquelle les dispositions du CO sur la succession à titre singulier demeurent réservées, suggère une conclusion opposée. Précisons par ailleurs que le mémorandum en question a comme objet uniquement le règlement des liquidations partielles et non des liquidations totales.

La conclusion du Tribunal administratif fédéral selon laquelle l'art. 181 al. 4 CO interdirait les adaptations structurelles en dehors de la LFus est en opposition avec la doctrine dominante.⁶ Certes, il est vrai que l'art. 181 al. 4 CO introduit par la LFus exclut en principe l'applicabilité de l'art. 181 CO et donc le transfert légal des passifs. Le transfert de certains actifs et passifs reste cependant possible par la succession à titre singulier. Les actifs sont alors transférés via trans-

fert de propriété ou cession et les passifs via reprise de dettes. Le transfert des contrats est effectué au moyen d'une convention tripartite.

Conclusion

Si l'on s'en tient à la doctrine, il faut partir du principe que l'art. 181 al. 4 CO est de nature dispositif. Par conséquent, les parties sont en principe libres de transférer la fortune conformément aux prescriptions de la LFus (succession universelle partielle) ou au moyen de la succession à titre singulier conformément au CO. Il n'existe pas de motifs convainquants justifiant qu'une autre règle devrait prévaloir pour les institutions de prévoyance. Le choix de la forme de transfert adéquat dans un cas concret doit continuer à être laissé à la libre appréciation des caisses de pensions.

Il n'est pas évident de savoir si le Tribunal administratif fédéral souhaite restreindre l'applicabilité de la LFus à l'examen de savoir si les droits et les créances des assurés restent préservés (les autorités de surveillance doivent de toute façon en général procéder à un tel examen en cas de dissolution). Ou si encore le tribunal est d'avis que toute la procédure doit être menée conformément aux dispositions de la LFus. L'arrêt suggère cependant que les restructurations d'institutions de prévoyance (du moins dans les cas de liquidations totales) doivent être effectuées selon la LFus.

En dépit de cet arrêt déroutant, la majorité des autorités de surveillance (dans la mesure où on peut l'observer) semblent maintenir leur pratique et laisser les institutions de prévoyance choisir le moyen de transfert des actifs, passifs et des contrats en cas de restructuration.⁷ En raison de l'incertitude juridique provoquée par l'arrêt, il est recommandé de discuter au préalable avec l'autorité de surveillance des modalités de transfert. |

Simon Heim

L'auteur expose son avis personnel, qui n'est pas nécessairement celui de son employeur.

³ Cf. parmi beaucoup d'autres: Ralph Malacrida, BSK LFus (2^e éd.), art. 69 N 13 et les références citées.

⁴ Jacques-André Schneider, dans: Schneider/Geiser/Gächter, LPP et LFLP, introduction N 134.

⁵ Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge (2^e éd.), N 1513 ss.; Isabelle Vetter-Schreiber, Kommentar zu BVG und FZG (3^e éd.), art. 53d LPP N 35.

⁶ Cf. note de bas de page 3.

⁷ L'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale (As-So) constitue apparemment une exception dans la mesure où elle exige l'application de la LFus en cas de liquidation totale.