



# NOTA BENE

La newsletter juridique de Pittet Associés / N° 2 / Novembre 2010



ACTUALITÉ

## Liquidation partielle – un premier bilan

**Avec l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2005 des nouvelles règles sur la liquidation partielle, les organes suprêmes des institutions de prévoyance sont devenus compétents pour déterminer l'existence d'une liquidation partielle et, le cas échéant, de procéder à l'exécution de celle-ci. Ce qui paraît de prime abord simple ne l'est pas forcément en pratique.**

A titre préliminaire, il convient de rappeler qu'avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005, les autorités de surveillance étaient seules compétentes tant pour déterminer si les conditions d'une liquidation partielle étaient remplies que pour en assurer l'exécution. Ce faisant, elles agissaient a posteriori, sur la base des comptes annuels remis par les institutions de prévoyance.

Entrées en vigueur avec la LFLP en 1995, les prescriptions légales relatives à la liquidation partielle ont été révisées dans le cadre de la 1<sup>ère</sup> révision LPP. Le législateur avait initialement envisagé de modifier les règles portant sur la liquidation partielle sur plusieurs points et, notamment, de différencier les règles selon les types de fondations (fondations propres, communes ou collectives) en voulant confier la compétence décisionnelle et exécutive aux institutions de prévoyance uniquement pour les fondations propres. Ce projet n'a toutefois pas abouti et le législateur a finalement adopté des règles uniques pour tous les types de fondations. Ces règles, qui figurent aujourd'hui dans la LPP, reprennent pour l'essentiel ce qui figurait auparavant dans la Loi fédérale sur le libre passage (LFLP). Les institutions de prévoyance ont pour obligation d'adopter un règlement sur la liquidation partielle permettant de traiter tous les cas

de liquidation partielle qui pourraient se présenter dans le futur. Ce règlement doit être approuvé par l'autorité de surveillance avant de pouvoir entrer en vigueur.

Après cinq ans d'existence, un premier constat peut être fait concernant ces nouvelles dispositions.

### Quelles sont les bases légales actuellement applicables à la liquidation partielle ?

Suite à l'entrée en vigueur de la première révision de la LPP, les bases légales actuellement applicables se trouvent dans la LPP (article 53c à 53d LPP) et dans l'OPP2 (27g et 27h), l'article 23 LFLP renvoyant aux règles sur la liquidation partielle dans la LPP.

### Compétences des institutions de prévoyance

Les institutions de prévoyance ont dû, dans un premier temps, rédiger un règlement sur la liquidation partielle. Il s'agit là d'un document a priori permettant aux assurés de connaître les règles applicables en cas de liquidation partielle. Ce règlement se doit de respecter les grands principes de la prévoyance professionnelle, tels que les principes de prudence, d'égalité de traitement, de permanence et de collectivité notamment. Les dispositions

contenues dans ce règlement doivent aussi permettre d'assurer la pérennité de l'institution de prévoyance.

Les autorités de surveillance ont, de par la loi, l'obligation d'examiner et d'approuver formellement le règlement sur la liquidation partielle, faute de quoi celui-ci ne peut entrer en vigueur.

Une première remarque s'impose ici. Comme les autorités de surveillance doivent approuver ce règlement, il semblait logique de penser que les assurés ne devraient plus pouvoir en contester le contenu par la suite. La situation actuelle n'est toutefois pas aussi simple. En effet, le Tribunal administratif fédéral, dans un arrêt C-4814/2007 du 3 avril 2009, est entré en matière sur la demande d'un assuré qui contestait la validité du règlement sur la liquidation partielle et en a réexaminé le contenu, quand bien même celui-ci avait été approuvé par l'autorité de surveillance. Le Tribunal fédéral, saisi d'un recours contre cette décision, n'a pas définitivement tranché la question de savoir si le contenu d'un règlement sur la liquidation partielle pouvait être examiné de manière abstraite par un juge. Il a toutefois rappelé qu'un tribunal appelé à se pencher de manière concrète sur une disposition qui serait contraire au droit fédéral ne pourrait pas l'appliquer sans autres au seul motif qu'une autorité de surveillance l'a formellement approuvée car cela pourrait violer le principe de l'interdiction de l'arbitraire (arrêt 9C\_434/2009 du 6 octobre 2010).

### Quelles sont les conditions d'une liquidation partielle ?

Les conditions prévues par l'article 53b LPP (qui a repris l'ancien article 23 LFLP) sont au nombre de trois :

- l'effectif du personnel subit une réduction considérable ;
- une entreprise est restructurée ;
- le contrat d'affiliation est résilié.

Concernant la réduction considérable de l'effectif du personnel (en raison de motifs économiques), la jurisprudence (et les autorités de surveillance) admettent en général qu'une réduction de plus de 10% de l'effectif est de nature à entraîner une liquidation partielle. Ce pourcentage est toutefois à mettre en relation avec l'effectif de l'institution de prévoyance. Ainsi, un petit effectif permettra d'appliquer un pourcentage plus élevé et vice versa.

La restructuration de l'entreprise signifie que celle-ci se réorganise, non par le biais de licenciements mais en se séparant d'un secteur d'activité entier (pour le revendre à une tierce entreprise par exemple) ou en acquérant un nouveau secteur d'activité. Les institutions de prévoyance avaient pour la plupart admis que le pourcentage de 10% évoqué plus haut s'appliquait également à la restructuration et que les conditions d'une liquidation partielle ne pouvaient dès lors être réalisées que si la restructuration entraînait un mouvement d'effectif équivalant au moins au pourcentage prévu par le règlement.

Sur ce point également, le Tribunal administratif fédéral, dans l'arrêt cité plus haut, a considéré que les mouvements d'effectifs (que ce soit à la baisse ou à la hausse) n'étaient pas à mettre en relation avec le seuil défini pour la réduction de l'effectif. Ainsi, dès qu'il y a restructuration au sein d'une entreprise, la condition est présumée remplie et l'institution de prévoyance doit procéder à une liquidation partielle. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas confirmé cette manière de voir. Il a expliqué qu'en matière de restructuration, il convenait de tenir compte de deux éléments, l'un qualitatif (y-a-t-il restructuration ?) et l'autre quantitatif et qu'une diminution considérable de l'effectif dans le cadre d'une restructuration pouvait être à même d'entraîner une liquidation partielle, ce critère n'étant toutefois pas indispensable (arrêt 9C\_434/2009 du 6 octobre 2010).

La dernière des conditions légales concerne la résiliation du contrat d'affiliation qui lie un employeur à une institution de prévoyance. C'est une condition très importante dans le cadre des règlements sur la liquidation partielle des fondations communes et collectives, qui ont de nombreux employeurs affiliés. Là aussi, la plupart des institutions de prévoyance de ce type ont inséré dans leurs règlements des mécanismes leur permettant principalement, au nom du principe de pérennité, d'éviter que chaque résiliation d'un contrat d'affiliation entraîne une liquidation partielle.

Cette manière de faire a également été mise en cause par le Tribunal administratif fédéral dans un arrêt du 22 août 2008 (C-3896/2007), qui considère que la simple surveillance d'une résiliation d'un contrat d'affiliation entraîne systématiquement une liquidation partielle et ce, indépendamment du nombre de personnes quittant l'institution de prévoyance. Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, mais a toutefois été contesté par la doctrine. De plus, le Tribunal fédéral, dans la décision du 6 octobre 2010 citée plus haut a toutefois indiqué que les conditions telles qu'elles étaient posées à l'article 53 LPP étaient des notions juridiques indéterminées et que les conseils de fondation devaient les adapter aux spécificités de leur institution. Dès lors, il est tout à fait admissible, pour une fondation commune, de prévoir des critères complémentaires afin d'éviter que la fondation ne soit en liquidation partielle permanente, ce qui serait peu rationnel et contraire au principe de proportionnalité. Le Tribunal fédéral a donc clairement indiqué que la seule résiliation d'un contrat d'affiliation peut ne pas constituer un élément déclencheur d'une liquidation partielle dans les institutions collectives et communes qui ont prévu un critère supplémentaire.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs rendu récemment une décision concernant une institution de prévoyance collective, qui avait imputé le découvert existant à l'employeur ayant résilié son contrat d'affiliation, sans pour autant avoir procédé à une liquidation partielle de manière formelle (ATF 135 V 113). Le Tribunal fédéral avait accepté cette manière de faire en expliquant qu'en vertu du principe d'égalité de traitement, le découvert, tout comme les fonds libres, devaient être répartis entre les assurés

restants et les assurés sortants, indépendamment de la réalisation des conditions d'une liquidation formelle. Cet arrêt a été considéré comme une erreur par la plupart des auteurs et le Tribunal fédéral devra certainement se positionner dans une décision future. Dans l'intervalle, c'est au niveau de la fixation de la prétention en cas de liquidation partielle suite à la résiliation d'un contrat d'affiliation que le conseil de fondation pourra tenir compte de critères objectifs clairement définis tels que la durée d'affiliation et/ou la baisse de l'effectif.

#### Quelles conclusions (provisaires) peut-on tirer ?

Le cadre juridique actuel de la liquidation partielle ne peut encore être considéré comme définitif. La jurisprudence

va encore le façonner. Cela entraîne aujourd'hui quelques incertitudes quant à une rédaction parfaitement conforme des règlements sur la liquidation partielle et les autorités de surveillance informent les institutions de prévoyance en ce sens.

La décision du Tribunal fédéral sur recours contre la décision du Tribunal administratif fédéral (arrêt C4814/2007 cité ci-dessus) a déjà permis de clarifier les points concernant la restructuration et la validité de l'approbation d'un règlement par l'autorité de surveillance, mais il y aura certainement d'autres incertitudes qui seront tranchées dans le futur.

#### JURISPRUDENCE

## Nouveautés législatives

**Au 1<sup>er</sup> janvier 2011, plusieurs modifications législatives entreront en vigueur. L'une d'elles concerne les mesures destinées aux travailleurs âgés (LPP) et les deux autres concernent l'une la possibilité de prolonger l'affiliation auprès d'une IP au-delà de l'âge de la retraite réglementaire et l'autre la problématique des rachats effectués par les personnes venant de l'étranger (OPP 2).**

La loi fédérale sur la prévoyance professionnelle (LPP) va être modifiée sur deux points importants concernant les travailleurs dits âgés (soit dès 58 ans) afin de favoriser leur maintien et leur participation sur le marché de l'emploi (articles 33a et 33b LPP).

Premièrement, les personnes qui, à partir de 58 ans, réduisent leur taux d'activité professionnelle (avec une diminution du salaire de 50% au maximum) pourront, si les institutions de prévoyance le prévoient dans leur règlement, maintenir leur salaire assuré au même niveau que précédemment, et ce jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite, alors que jusqu'à présent, les institutions de prévoyance devaient prendre en compte le salaire AVS uniquement, sous réserve d'une éventuelle déduction de coordination. Il est important de relever que cette faculté ne peut être offerte aux assurés qu'avec l'assentiment de l'employeur. En effet, celui-ci ne peut se voir imposer un maintien des cotisations à l'ancien niveau sans son accord.

Par ailleurs, les personnes qui souhaitent poursuivre leur activité professionnelle après l'âge ordinaire de la retraite (soit 65 ans) pourront continuer de cotiser auprès de leur institution de prévoyance jusqu'à l'âge de 70 ans si le règlement de l'IP le prévoit. Il s'agit à nouveau d'une faculté que les institutions de prévoyance peuvent mais ne doivent pas mettre en place. Elles pourront également décider si elles souhaitent prévoir le prélèvement des cotisations ou non, selon leur type d'activité et les souhaits du ou des employeurs affiliés.

D'autre part, l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2) va aussi être modifiée avec effet au 1er janvier 2011, sur deux points également.

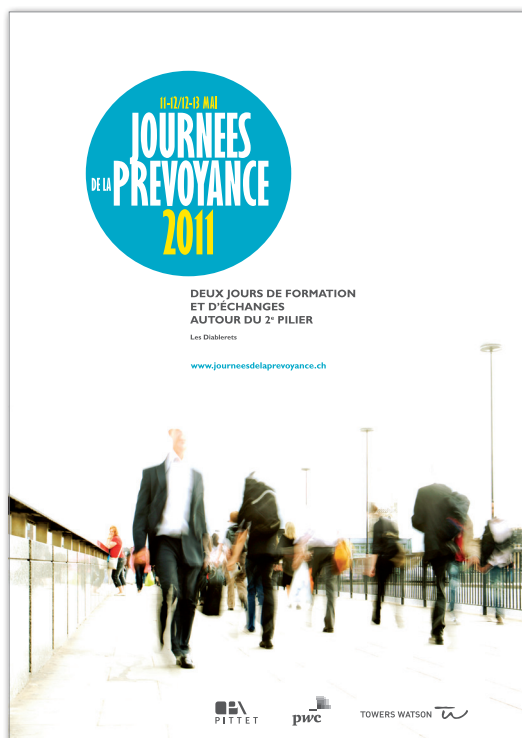
En premier lieu, l'article 24 OPP 2 concernant la surindemnisation va être modifié pour que les institutions de prévoyance puisse tenir compte, dans le calcul de surindemnisation à l'âge de la retraite, de la rente AVS perçue par l'assuré (et qui se substitue à la rente d'invalidité). Actuellement, une institution de prévoyance ne peut pas tenir compte de la rente AVS dans le calcul de la surindemnisation après l'âge de la retraite. Cette nouvelle disposition, basée sur une jurisprudence de 2008, permettra dorénavant d'en tenir compte. Les institutions de prévoyance devront dès lors modifier leur règlement de prévoyance en ce sens qu'elles pourront considérer la rente AVS comme revenu à prendre en compte dans le calcul de surindemnisation.

D'autre part, l'article 60b OPP 2, concernant la limitation des rachats effectués par un assuré en provenance de l'étranger, a également été modifié pour que les institutions de prévoyance puissent tenir compte, si elles le souhaitent et le prévoient dans le règlement de prévoyance, des avoirs transférés depuis une institution de prévoyance étrangère. Pour qu'un assuré puisse procéder à un tel transfert, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies: le règlement de prévoyance de l'institution de prévoyance suisse prévoit cette possibilité, il s'agit bien d'un transfert d'une institution de prévoyance étrangère vers une institution suisse et l'assuré ne doit pas demander de déduction fiscale sur ce transfert (comme il le ferait s'il s'agissait d'un simple rachat).

Ces modifications législatives doivent dès lors être examinées par les Conseils de fondation, qui devront décider s'ils souhaitent modifier leurs règlements de prévoyance en conséquence.

# Les Journées de la prévoyance 2011

Se former, débattre mais surtout prendre le temps de la réflexion et de l'échange entre professionnels de la branche, dans un cadre magnifique des Alpes vaudoises – voilà l'objectif des Journées de la prévoyance, dont la deuxième édition aura lieu les 11-12 et 12-13 mai 2011.



La première édition des Journées de la prévoyance s'est déroulée sous de bons auspices. Organisé conjointement par le groupe Pittet, PwC et Towers Watson, cet événement a bénéficié de conférenciers de qualité, de la participation de 140 professionnels du domaine de la prévoyance, et d'une météo magnifique s'ajoutant à la beauté du cadre des Diablerets.

## Rendez-vous en mai 2011

La deuxième édition des Journées de la prévoyance aura lieu les 11-12 et 12-13 mai 2011 aux Diablerets. L'objectif de ce rendez-vous reste le même: se former, débattre et échanger autour du 2<sup>e</sup> pilier.

Le programme détaillé sera publié en novembre 2010, notamment sur le site: [www.journeesdelaprevoyance.ch](http://www.journeesdelaprevoyance.ch).

A tout bientôt !

## Service juridique de Pittet Associés

Votre contact

**PASCAL PAYOT**

Directeur

Juriste

[p.payot@pittet.net](mailto:p.payot@pittet.net)

T +41 22 593 0108 (direct)

GENÈVE

LAUSANNE

BERNE

**Pittet Associés SA**

Rue du XXXI-Décembre 8 – Case postale 6227 – CH-1211 Genève 6

Avenue de la Gare 10 – Case postale 1176 – CH-1001 Lausanne

T +41 22 593 0101 – F +41 22 593 0100

[www.pittet.net](http://www.pittet.net)