

Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Cour III
C-4814/2007

{T 0/2}

Arrêt du 3 avril 2009

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Johannes Frölicher, Elena Avenati-Carpani, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

A. _____ et 17 consorts
tous représentés par Maître Marc Nufer,
Schwanengasse 1, 3011 Berne,
recourants,

contre

Caisse de pensions Swatch Group,
MM. Ph. Salomon et J. Pfitzmann,
Faubourg de l'Hôpital 3, 2001 Neuchâtel,
intimée,

**Autorité de surveillance des institutions
de la prévoyance et des fondations
du canton de Neuchâtel,**

Office de surveillance, rue du Parc 117,
case postale 1164, 2301 La Chaux-de-Fonds,
autorité inférieure.

Objet

Prévoyance professionnelle (décision du 15 juin 2007).

Faits :**A.**

La société X._____ SA, à Bienne, comptant une soixantaine de collaborateurs, faisant partie du groupe Z._____, fut restructurée avec effet au 31 décembre 2005. Sa division commerciale N._____, comptant 26 collaborateurs, fut transférée à la société Y._____ SA à Bienne, société du groupe allemand D._____, qui continua l'activité alors exercée, dont notamment la production d'articles N.

Les rapports de travail de 23 sur 26 collaborateurs de la division précitée de X._____ SA furent transférés à Y._____ SA avec pour conséquence pour les salariés un changement d'institution de prévoyance au 1^{er} janvier 2006, lesquels ont quitté la Caisse de pensions Z._____ et ont intégré celle de Y._____ SA, soit la Caisse de pensions Y._____ (cf. recours p. 5 et pce recours annexe 3).

Il sied d'indiquer ici que selon l'art. 2 ch. 1 des statuts de la Caisse de pensions Z._____ « la fondation a pour but la prévoyance professionnelle dans le cadre de la LPP et de ses ordonnances, en faveur des salariés des entreprises suisses du [groupe Z], ainsi qu'en faveur de leurs proches et survivants en cas de retraite, de décès et d'invalidité. La fondation peut aller au-delà des exigences légales ». La fondation limite aux termes de ses dispositions statutaires l'affiliation aux sociétés du groupe. Les collaborateurs transférés n'ont pu ainsi être maintenus dans la Caisse de pensions Z._____.

B.

Par courrier du 18 septembre 2006, Me Marc Nufer, avocat à Berne, agissant au nom des salariés transférés de X._____ SA à Y._____ SA, requit de la Caisse de pensions Z._____ qu'elle procède à une liquidation partielle en application de l'art. 53b al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40), spécialement en application de l'al. 1 let. b prévoyant une liquidation partielle en cas de restructuration. Il précisa que le taux de couverture de la caisse était au 31 décembre 2005 de 120% et qu'en cas de liquidation partielle de l'institution de prévoyance un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie conformément à 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) et à l'art. 27g de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2, RS 831.441.1). Il demanda qu'il lui fut soumis une proposition et un projet de plan de répartition des fonds libres, des provisions et des réserves de fluctuation (pce recours annexe 7).

La Caisse de pensions Z._____ s'y refusa par réponse du 10 octobre 2006 faisant valoir que le détachement de personnes intervenu par la cession de la division de X._____ SA à Y._____ SA ne permettait pas selon son règlement relatif aux liquidations partielles, certes en cours d'approbation par l'Autorité de surveillance des fondations de prévoyance mais pas encore approuvé formellement, de procéder à une liquidation partielle faute d'un nombre de personnes suffisant au regard de l'effectif de la caisse de pensions du groupe (pce recours annexe 6).

C.

Par décision du 15 décembre 2006 l'Autorité de surveillance des fondations du canton de Neuchâtel (ci-après l'Autorité de surveillance), organe de surveillance de la Caisse de pensions Z._____, approuva le règlement de liquidation partielle du 16 novembre 2006 de ladite Caisse de pensions. L'approbation de ce règlement fit l'objet de publications dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce (FOSC) le 4 janvier 2007, dans la Feuille Officielle du canton de Neuchâtel et dans la Feuille des Avis Officiels du canton de Vaud le 5 janvier 2007 indiquant un délai de recours de 30 jours à compter desdites publications (réponse au recours de la Caisse intimée, annexes 1a-c). La décision d'approbation du règlement ne fut pas contestée.

D.

Le 1^{er} février 2007, Me Nufer s'adressa à l'Autorité de surveillance faisant valoir que ladite institution de prévoyance remplissait les conditions d'une liquidation partielle en raison tant de la restructuration d'une société affiliée que du motif de réduction considérable de l'effectif du personnel de l'entité concernée, tous deux prévus par l'art. 53b al. 1 LPP. Il requit en conséquence que l'Autorité de surveillance rende une décision obligeant l'institution de prévoyance à procéder à une liquidation partielle (pce recours annexe 8). L'Autorité de surveillance répondit le 2 mars 2007 que le transfert des 26 collaborateurs de

X. _____ SA au regard des 10'190 personnes constituant l'effectif total de la Caisse de pensions Z. _____, soit 0,21% de l'effectif total, ne fondait pas une liquidation partielle de l'institution de prévoyance selon le règlement de cette caisse de pensions approuvé le 15 décembre 2006 et porté à la connaissance des assurés au plus tard par publications dans la FOSC les 3 et 4 janvier 2007 (pce recours annexe 9).

E.

Dans une correspondance ultérieure du 19 avril 2007 l'Autorité de surveillance indiqua que le règlement de liquidation partielle de la Caisse de prévoyance du 16 novembre 2006, approuvé le 15 décembre suivant, applicable en l'espèce rétroactivement depuis le 1^{er} janvier 2005, ne prévoyait pas en l'espèce de liquidation partielle et qu'il appartenait à l'institution de prévoyance de se prononcer à ce sujet (pce recours annexe 11).

L'article 1 du Règlement de liquidation partielle de la Caisse de pensions Z. _____ énonce comme suit les conditions d'une liquidation partielle:

1. Conditions

1.1. Les conditions pour une liquidation partielle sont présumées remplies lorsque:

- a) l'effectif du personnel du [groupe Z. _____] en Suisse subit une réduction considérable;
- b) une restructuration conduit à une diminution considérable du personnel;
- c) un contrat d'affiliation qui entraîne une diminution de personnel considérable est résilié.

1.2. Une diminution du personnel du [groupe Z. _____] est considérable si elle est d'au moins 15% et qu'elle conduit à une réduction d'au moins 15% des engagements individuels.

Il s'agit d'une restructuration si des domaines d'activité du [groupe Z. _____] sont abandonnés, vendus, ou ont été modifiés d'une autre façon de manière significative et que cela a provoqué une diminution de l'effectif du [groupe Z. _____] d'au moins 15% et conduit à une réduction des engagements d'assurance d'au moins 15%.

1.3. Sont déterminants la diminution du personnel ou la réduction des engagements d'assurance qui se produisent dans une période de 12 mois après la décision des organes compétents de l'entreprise. Si les mesures de restructuration prévoient elles-mêmes une période plus longue ou plus courte, c'est cette période qui est déterminante.

1.4. Les conditions et les modalités en cas d'intégration d'un nouveau groupement d'assurés, sur la base de l'art. 6 des Statuts, sont à régler dans la convention d'affiliation y relative.

F.

Me Nufer, agissant au nom de 18 collaborateurs concernés par le transfert, requit formellement le 23 mai 2007 une décision de l'Autorité de surveillance. Il fit valoir que le règlement précité était entré en vigueur conformément à son art. 9.1 seulement le 15 décembre 2006 mais que le transfert en question était intervenu au 31 décembre 2005 sous l'empire des nouvelles dispositions légales de la 1^{ère} révision de la LPP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, lesquelles prévoyaient à l'art. 53d al. 6 LPP le droit des assurés de faire vérifier par l'Autorité de surveillance les conditions d'une liquidation partielle. Il indiqua qu'à son avis le règlement n'était pas applicable au cas d'espèce (pce recours annexe 14).

G.

Par décision du 15 juin 2007, l'Autorité de surveillance énonça que les conditions d'une liquidation partielle de la Caisse de pensions Z._____ n'étaient pas remplies. Elle releva que selon les dispositions en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005 il appartenait aux institutions de prévoyance de déterminer de la manière la plus objective et exhaustive possible dans un règlement les conditions d'une liquidation partielle dans les trois cas prévus par la loi: « la réduction considérable de l'effectif du personnel », « la restructuration de l'entreprise » et la « résiliation de contrats d'affiliation ». Elle indiqua que le règlement de liquidation partielle avait été adopté le 16 novembre 2006 et approuvé le 15 décembre suivant mais que selon l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) il était applicable au 1^{er} janvier 2005 comme cela était le cas pour d'autres institutions de prévoyance ayant adopté leur règlement après le 1^{er} janvier 2005. Elle précisa que par « restructuration d'entreprises », au sens du droit de la prévoyance, on entendait une modification de l'effectif des assurés. Or, selon le point 1.2 du règlement de la Caisse de pensions Z._____, une diminution de personnel doit être qualifiée de considérable lorsqu'elle est d'au moins 15% et qu'elle conduit à une réduction d'au moins 15% des engagements individuels. L'Autorité de surveillance indiqua qu'en l'occurrence la fondation avait attesté de prestations de sortie à hauteur de 0.39% des prestations totales de la fondation ce qui excluait en l'espèce l'existence d'une liquidation partielle (pce recours annexe 1).

H.

Par acte du 12 juillet 2007, Me Nufer, au nom de A. _____ et 17 consorts, interjeta recours en allemand contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif fédéral, concluant sous suite de frais et dépens à ce qu'il soit ordonné à l'intimée d'exécuter une procédure de liquidation partielle et ainsi d'élaborer un plan de répartition pour la distribution des réserves et des fonds disponibles (provisions et réserves pour fluctuations incluses) en faveur des recourants. Il souligna que le transfert des activités de [...] de X. _____ SA à Y. _____ SA concernait les rapports de travail de 23 personnes, dont les recourants, soit environ 38% du personnel de X. _____ SA. Il indiqua qu'on ne saurait reconnaître une validité matérielle rétroactive au 1^{er} janvier 2005 au règlement de la fondation sur la liquidation partielle approuvé le 15 décembre 2006 par l'autorité de surveillance. Il exposa qu'à défaut de règlement d'application valable, seuls les art. 53b ss LPP étaient applicables. Or, même si la validité formelle du règlement du 15 décembre 2006 devait être reconnue, sa validité matérielle ne pouvait être que conforme à l'interprétation des dispositions de la LPP. Se référant aux conditions pour une liquidation partielle énoncées à l'art. 53b al. 1 LPP, Me Nufer fit valoir leur nature alternative. En outre, la prise en compte d'une réduction considérable du personnel dans un cas de restructuration, par cumul des lettres a et b, comme le prévoyait le règlement de l'intimée, était contraire à la loi. S'agissant de la notion d'« effectif du personnel », il indiqua que celle-ci devait se comprendre dans le sens du personnel d'une entreprise (et non de tout le groupe), en l'occurrence les collaborateurs de X. _____ SA, et releva que selon la jurisprudence, la doctrine et la pratique de l'OFAS une réduction considérable de l'effectif du personnel était retenue déjà dès qu'elle touchait 10% du personnel, soit un taux bien inférieur à celui de 38% en l'espèce. S'agissant de la notion de restructuration, il exposa que les conditions en étaient remplies à l'occasion du détachement d'une société fille ou d'une division d'une société. Il souligna qu'une restructuration au sens de l'art. 53b al. 1 let. b LPP était indépendante de la notion de diminution considérable de l'effectif du personnel, d'où la nécessité de procéder à une liquidation partielle (pce TAF 1).

Le Tribunal de céans enregistra le recours et invita les recourants par décision incidente du 23 juillet 2007 à s'acquitter d'une avance de frais de Fr. 5'000.-, ce qu'ils firent dans le délai imparti (pces TAF 2-4).

I.

Invitée à se déterminer sur le recours, l'Autorité de surveillance requit le 20 septembre 2007 que la procédure initiée en allemand soit poursuivie en français et sollicita une traduction du recours (pce TAF 6). Requête de Me Nufer, elle fut adressée par le Tribunal de céans à l'Autorité de surveillance et à la fondation intimée par acte du 27 novembre 2007 (pce TAF 10). Par correspondance du 24 janvier 2008 l'Autorité de surveillance proposa de rejeter le recours et de confirmer sa décision (pce TAF 11).

Pour sa part la Caisse de pensions Z._____ se détermina par acte du 24 janvier 2008. Elle fit valoir que son règlement, dûment porté à la connaissance des assurés, rentiers et anciens actifs par des publications dans des feuilles officielles à la suite de son approbation par l'Autorité de surveillance le 15 décembre 2006, était applicable rétroactivement au 1^{er} janvier 2005. Elle indiqua que le recourant A._____, n'ayant jamais été affilié, n'avait pas la qualité pour agir et émit quelques réserves quant à la qualité pour représenter de Me Nufer, ayant représenté Y._____ SA dans la transaction passée avec X._____ SA et étant membre du conseil d'administration de Y._____ SA, double représentation pouvant engendrer des conflits d'intérêts. La Caisse de pensions précisa que seules 17 (à la rigueur 18) et non 23 personnes avaient été transférées de X._____ SA à Y._____ SA dans le cadre du transfert de l'unité « [...] ». En droit, elle fit valoir que la modification législative entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 supposait une réglementation d'application, d'où l'application rétroactive à cette date de son règlement, conformément à ce que prévoyait le « Bulletin de prévoyance professionnelle » n° 100 de l'OFAS. Elle soutint qu'en tous les cas l'art. 53b LPP ne pouvait pas être appliqué sans un règlement sur la liquidation partielle. S'agissant de la question de l'interprétation des lettres a et b de l'art. 53b al. 1 LPP, elle fit valoir qu'il n'y avait pas de place pour une distinction absolue entre l'application alternative ou cumulative des lettres a et b, que chaque conseil de fondation devait définir le sens donné aux lettres a et b et à la notion d'« effectif du personnel », que pour le groupe Z._____ l'effectif du personnel correspondait au personnel du groupe et non au personnel de chacune des entités du groupe comme cela ressortait de l'art. 1^{er} [recte: 2] de ses Statuts, exception faite des entreprises qui ne faisaient pas partie du groupe Z._____ mais qui, étroitement liées financièrement ou économiquement à lui, pouvaient par convention lui être affiliées, ce qui n'était pas le cas de

X _____ SA. Elle releva que s'il était procédé à une liquidation partielle les assurés sortant se verraient attribuer des fonds dont les 33 autres assurés restés dans X. _____ SA ne bénéficieraient pas. Elle indiqua que les assurés de X. _____ SA ne l'étaient pas par un contrat d'affiliation spécifique mais l'étaient dans le cadre du groupe, unité de référence comptant 19'000 assurés (actifs et retraités), et que, s'il fallait tenir compte de chaque petit changement de l'effectif du personnel, la caisse de pensions serait en perpétuel état de liquidation partielle. Elle releva que les recourants confondaient la nature d'une institution collective (ou commune) avec une grande caisse autonome créée pour un grand groupe, qu'il existait des caisses de groupes d'entreprises qui connaissaient l'affiliation par convention, mais le fait qu'il n'y avait pas de telle réglementation dans son organisation démontrait que pour une caisse autonome la base de toute référence devait être la totalité des assurés. Enfin, s'agissant du pourcentage de référence de 15% de l'effectif du personnel retenu par son règlement, elle fit valoir que s'il est vrai que, selon la doctrine, on considérait qu'un taux inférieur à 10% ne devait pas justifier une liquidation partielle, il n'y avait pas non plus de règle excluant la prise en compte d'un pourcentage de 15%. De toute façon, en l'espèce, la diminution du personnel touché par le transfert de X. _____ SA n'atteignait pas le 15% fixé dans le règlement mais seulement le 0.2% des assurés actifs et le 0.1% des assurés de l'ensemble de la Caisse de pensions Z. _____ (pce TAF 12).

J.

Par réplique du 18 mars 2008, Me Nufer précisa que la décision de l'Autorité de surveillance du 15 juin 2007 était l'objet du recours, que celle-ci se fondant sur le règlement de liquidation partielle de l'intimée, la légalité dudit règlement devrait aussi être examinée. Quant à l'allégué de conflit d'intérêts le concernant, il nota que l'intimée n'avait pas énoncé en quoi sa position de représentant des recourants et sa position de membre du conseil d'administration de Y. _____ SA étaient conflictuelles. Quant à la légitimation du recourant A. _____, Me Nufer la maintint. S'agissant de la portée rétroactive du règlement, il exposa que celui-ci ne contenait aucune réserve ni indication concernant une éventuelle application rétroactive; il n'était par conséquent pas applicable au moment du transfert litigieux intervenu le 31 décembre 2005. La question n'était toutefois pas essentielle car le règlement aurait dû de toute façon être conforme aux art. 53b ss LPP, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. S'agissant de la question de

savoir si les conditions d'une restructuration étaient remplies, il maintint son analyse et releva que le but de la législation révisée n'était pas de préserver les caisses de pensions du travail résultant de sorties d'assurés, mais bel et bien la protection des preneurs de prévoyance dans un contexte où ceux-ci n'ont aucune influence sur la structure de leur institution. Il indiqua également que selon le Bulletin n° 100 de l'OFAS on était systématiquement en présence d'une diminution considérable de l'effectif lorsque les conditions concernant les licenciements collectifs selon l'art. 335d CO étaient remplies et que selon la jurisprudence et la doctrine le critère d'une diminution de personnel de l'ordre de 10% était unanimement reconnu. Il releva que la forme de l'institution de prévoyance ne saurait avoir d'incidence sur la protection des assurés et qu'une restructuration d'entreprise entraînait une liquidation partielle non pas en raison d'une diminution considérable de l'effectif du personnel mais en raison de la restructuration en tant que telle (pce TAF 16).

K.

Par duplique du 30 mai 2008, la Caisse de pensions intimée nota que le règlement ayant été porté à la connaissance des personnes intéressées par des publications dans des feuilles officielles au début du mois de janvier 2007, le recours du 12 juillet 2007 devait être déclaré irrecevable. Elle fit valoir que le représentant des recourants était en conflit d'intérêts du fait qu'il avait omis de régler la question du 2^{ème} pilier dans le cadre de son mandat lors des transactions entre X. _____ SA et Y. _____ SA. S'agissant du recourant A. _____, elle releva que cette personne n'avait jamais été affiliée et donc n'avait pas de légitimation active. Elle rappela que le règlement était applicable rétroactivement au 1^{er} janvier 2005. Elle nota que la protection des assurés en cas de liquidation partielle concernait tant les assurés restant que les assurés sortant. En outre, son règlement, avalisé par l'Autorité de surveillance, était conforme au droit parce que la Caisse de pensions couvrait l'ensemble des entités du groupe comme une unité sans comptabilité séparée par entité et ne s'étendait pas à des entités ne faisant pas partie du groupe. Enfin, la Caisse de pensions releva qu'il était logique qu'une caisse de pensions autonome définisse les conditions pour une liquidation partielle autrement qu'une institution collective/commune (pce TAF 20).

Le 1^{er} juillet 2008, Me Nufer maintint les conclusions au recours, tout en admettant que A. _____ n'avait effectivement pas qualité pour recourir (pce TAF 23).

L'Autorité de surveillance, à qui l'échange des écritures fut porté à sa connaissance par actes des 4 juin et 29 juillet 2008 (pces TAF 21 s. et 24), n'intervint pas.

Le 8 août 2008, la Caisse intimée adressa au Tribunal de céans un résumé des questions controversées et rappela les positions prises dans ses écritures. Elle releva que la qualité pour agir du recourant B. _____ n'était pas claire (pce TAF 25). Par ordonnance du 12 août 2008 le Tribunal de céans porta cette réponse à la connaissance des parties et clôt l'échange des écritures (pce TAF 26).

Droit :

1.

Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de la loi 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 à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'Autorité de surveillance des institutions de la prévoyance et des fondations du canton de Neuchâtel en matière de liquidation de fondation de prévoyance professionnelle peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. i LTAF en combinaison avec l'art. 74 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40).

2.

2.1 La qualité pour agir selon l'art. 48 al. 1 PA appartient à quiconque a participé à la décision dont est recours ou en a été empêché, est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce quelle soit annulée ou modifiée. Un intérêt digne de protection existe lorsque la situation juridique ou de fait peut être influencée par l'issue de la procédure. L'intérêt peut aussi consister en l'utilité pratique que le suc-

cès du recours peut constituer pour le recourant, c'est-à-dire l'élimination du dommage matériel ou idéal que la décision attaquée lui causerait (ATF 125 II 497, 123 II 376, 120 Ib 379, 116 Ib 321, 112 Ib 228; PIERRE MOOR, *Droit administratif II*, 2^{ème} éd. Berne 2002, p. 626 ss; BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, Berne 2000, p. 483 ss).

En l'espèce, il ne fait pas de doute que la plupart des recourants, intéressés à la répartition des fonds libres, des provisions et des réserves de fluctuation de leur ancienne caisse de prévoyance du groupe Z._____ ont qualité pour agir compte tenu de leur départ suite au transfert d'activités de de X._____ SA à Y._____ SA. Fait exception A._____ dont le défaut de qualité pour agir a été reconnu en cours de procédure. Du reste, le représentant des recourants n'a plus agi pour son compte à compter de sa triplique du 1^{er} juillet 2008. Le recours est donc irrecevable en ce qui le concerne. En outre, le Tribunal de céans ne peut se déterminer au sujet de la qualité de B._____. Cette question peut toutefois rester ouverte parce qu'il faut de toute manière entrer en matière sur le recours pour les autres intéressés (BOVAY, *op. cit.*, p. 139). On notera par ailleurs que la question de savoir si une personne remplit les critères adoptés dans un plan de répartition entré en force est une question qui relève de l'exécution même de ce plan et ne peut être examinée que selon la voie de droit définie par l'art. 73 LPP (arrêt du Tribunal fédéral dans la cause B 6/05 du 25 juillet 2005 consid. 5.1 et les références citées).

2.2 La qualité pour représenter devant le Tribunal de céans, s'agissant d'une cause de droit administratif, appartient à toute personne physique ou morale (YVES DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral*, Berne 2008, n° 790; arrêt du Tribunal fédéral 1C_180/2007 du 12 octobre 2007). Toute personne peut également recourir aux services d'un avocat inscrit dans un registre cantonal des avocats conformément à l'art. 4 de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA, RS 935.61). Selon l'art. 12 let. c LLCA, l'avocat évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé. Cette disposition interdit la double représentation qui ne permet pas au représentant d'agir entièrement dans les intérêts de chacun de ses mandants dans le cas d'intérêts opposés, notamment en matière civile et pénale. L'indépendance est un principe essentiel de la profession d'avocat. Notre Haute Cour a toutefois précisé, s'agissant d'une double représentation, in casu d'un assureur et d'un assuré, que lorsque le

conflit d'intérêts est purement abstrait, l'avocat qui représente deux parties dans un procès dirigé contre un tiers ne contrevient pas à l'interdiction de la double représentation (ATF 134 II 108 consid. 4).

En l'espèce, Me Nufer représente devant le Tribunal de céans les salariés concernés par le transfert des activités de X._____ SA à Y._____ SA relativement à leurs prestations de libre passage. Selon le Tribunal de céans il n'y a pas de conflits d'intérêts dans cette situation, ni en raison du fait qu'il ait représenté précédemment leur nouvel employeur. Que Me Nufer ait agi en tant que représentant de Y._____ SA dans la transaction avec X._____ SA ne saurait être source de conflits d'intérêts car on ne voit pas quels intérêts Y._____ SA aurait à défendre contre les anciens salariés de X._____ SA. La Caisse de pensions intimée n'a de même pas apporté la preuve concrète d'un tel conflit. Du reste, dans le domaine du droit administratif, il est largement admis qu'un avocat puisse assumer des représentations multiples, pour autant que les intérêts des parties représentées ne soient pas contradictoires (DONZALLAZ, n° 810).

2.3 Le recours est interjeté contre la décision du 15 juin 2007 de l'Autorité de surveillance énonçant que le transfert d'une partie des salariés de X._____ SA à Y._____ SA, suite à la vente de l'un de ses secteurs de production, n'ouvre pas un cas de liquidation partielle de la Caisse de pensions Z._____ conformément au règlement de liquidation partielle du 16 novembre 2006 approuvé le 15 décembre 2006. Déposé le 12 juillet 2007 dans les formes et délai 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.

3.

3.1 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, en cas de liquidation partielle ou de liquidation totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoutait au droit à la prestation de sortie. L'autorité de surveillance décidait si les conditions d'une liquidation partielle ou totale étaient remplies sur requête de l'institution de prévoyance ou de ses assurés et bénéficiaires. Elle approuvait le plan de répartition. L'al. 4 de cette disposition énonçait que les conditions d'une liquidation partielle

étaient 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. Les conditions susmentionnées n'étant pas cumulatives, le cas d'une liquidation partielle était retenu lorsque l'une au moins desdites conditions était réalisée (Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung [SVR] 2001 BVG n° 9 consid. 3c).

Depuis le 1^{er} 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 du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus, RS 221.301) en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2004 (CONFÉRENCE DES AUTORITÉS CANTONALES DE SURVEILLANCE LPP ET DES FONDATIONS, Liquidation partielle d'institutions de prévoyance accordant des prestations réglementaires, Lucerne 2004, ch. 3).

La décision du 15 juin 2007 dont est recours et le transfert des salaires de X. _____ SA à Y. _____ SA intervenu au 31 décembre 2005 sont ultérieurs au 1^{er} janvier 2005, le nouveau droit est dès lors applicable.

3.2 Aux termes du nouvel art. 53b al. 1 LPP, les institutions de prévoyance fixent dans leurs règlements les conditions et la procédure de liquidation partielle. Les conditions pour une liquidation partielle sont présumées 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'al. 2, les prescriptions réglementaires concernant les conditions et la procédure de liquidation partielle doivent être approuvées par l'autorité de surveillance. Dans le cadre des art. 53b ss LPP, la loi énonce en particulier que 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 (art. 53d al. 1 LPP), que les assurés et les bénéficiaires de rentes ont le droit de faire vérifier par l'autorité de surveillance compétente les conditions, la procédure et le plan de répartition et de leur [recte: lui] demander de rendre une décision (al. 6).

Il appert de ce qui précède que les conditions présumées pour une liquidation partielle de l'art. 53b al. 1 LPP sont - aux termes de la législation - les mêmes que celles de l'art. 23 al. 1 aLFLP sous réserve de

la nécessité d'un règlement de l'institution de prévoyance à approuver par l'autorité de surveillance. À ce propos, la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations a précisé que les institutions de prévoyance doivent inscrire dans leur règlement les conditions et la procédure en la matière sans dénaturer pour autant les principes développés à cet égard dans la doctrine et dans la pratique et a indiqué les éléments qui au minimum devaient figurer dans le règlement (voir la Directive mentionnée dans le consid. précédent). Le Conseil fédéral s'est exprimé dans le même sens dans son Message accompagnant la première révision de la LPP (FF 2000 p. 2554). Il est en effet noté que les conditions de l'art. 23 aLFLP ont simplement été intégrées dans la LPP du fait de relations plus étroites avec ce cadre législatif par rapport à celui du transfert des prestations de libre passage en application de la LFLP.

4.

Les modifications structurelles d'une société relevantes sur le plan de la LPP s'ensuivent soit d'une diminution importante de son effectif en suite de licenciements ou de départs forcés pour causes économiques soit d'une restructuration non limitée à des changements internes. Elles entraînent généralement des conséquences pour l'institution de prévoyance qui doit se défaire d'une partie de son patrimoine en proportion des droits des assurés quittant l'institution pour une autre institution de prévoyance indépendamment de leur volonté, ceci en vertu du principe bien établi selon lequel la fortune de prévoyance suit le personnel (ATF 128 II 394 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 2A.576/2002 du 4 novembre 2003 consid. 2.2; JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Fonds libres et liquidation de caisses de pensions, *Éléments de jurisprudence* in: *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle* [RSAS] 2001, p. 454; HANS-MICHAEL RIEMER / GABRIELA RIEMER-KAFKA, *Das Recht des beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, 2^{ème} éd. Berne 2006, § 2 n° 115). En cas de liquidation partielle d'une fondation de prévoyance, les fonds libres doivent être distribués entre les groupes d'assurés selon un plan de répartition.

Les conditions pour procéder à une liquidation partielle s'appliquent indépendamment du type de fondation, à savoir commune, collective ou autonome (ERICH PETER / LUKAS ROOS, *Konkretisierung der Teilliquidationstatbestände im Reglement* in: *L'Expert comptable suisse* [EC] 2008 p. 689 s.; THOMAS GEISER, *Teilliquidationen bei Pensionskassen* in: EC 2007 p. 82).

5.

5.1 Selon la jurisprudence développée sous l'ancien droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, on incluait dans le cercle des bénéficiaires des fonds libres les personnes qui, représentant en principe au moins quelque 10% du personnel, avaient quitté dans les trois voire cinq dernières années l'entreprise dans la période précédant la date déterminante pour la liquidation partielle (ATF 128 II 394 consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 2A.576/2002 du 4 novembre 2003 consid. 2.2.). Le taux de 10% était un taux de principe, il pouvait être sensiblement moins élevé dans le cas de grandes entreprises ou sensiblement plus élevé dans le cas d'entreprises de petite à moyenne importance (CARL HELBLING, *Personalvorsorge und BVG*, 8^{ème} éd. Berne, 2006, p. 276; voir ég. SCHNEIDER, *Op. cit.*, in: RSAS 2001 p. 456; Rolf Widmer, *Aufteilung der freien Stiftungsmittel* in: Hans Schmid (Edit.), *Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen*, Berne, 2000, p. 55 s; HANS-MICHAËL RIEMER, *Fragen der Teilliquidation von Einrichtungen der beruflichen Vorsorge unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung* in: RSAS 1999, p. 347 ss, p. 352 s.; arrêt du Tribunal fédéral 2A.699/2006 du 11 mai 2007 consid. 3.3). Lorsqu'une entreprise réduisait son personnel à plusieurs reprises successives (« vagues de licenciements »), celles-ci étaient considérées globalement comme les étapes d'une même restructuration si elles se rapportaient à la même cause économique. Il en allait de même des cas où la dégradation continue de la situation de l'entreprise était la cause de départs volontaires, notamment lorsqu'un employé, redoutant la suppression de son poste de travail, anticipait le mouvement et changeait d'emploi avant la liquidation partielle (ATF 128 II 394 consid. 6.4 et 6.5; 119 Ib 46 consid. 4d). L'égalité de traitement n'était en principe pas violée lorsque étaient exclus de la répartition des fonds libres les employés qui avaient quitté volontairement l'entreprise avant la date déterminante (ATF 128 II 394 consid. 6.4; arrêt du Tribunal fédéral 2A.576/2002 consid. 2.2 et 3). Une restructuration interne sans effet sur l'effectif du personnel ne conduisait pas à une liquidation partielle (arrêt du Tribunal fédéral 2A.48/2003 du 26 juin 2003 consid. 3.2, SVR 2003 BVG n° 26 consid. 3.2).

5.2 Les principes évoqués ci-dessus mettent l'accent sur le lien existant entre les fonds de l'institution de prévoyance et les destinataires de l'oeuvre de prévoyance qui, en principe, devaient bénéficier de ces fonds selon un plan de répartition à établir. En d'autres termes, dans le

cas d'une liquidation partielle, les salariés partants avaient un droit subjectif à une part des fonds libres (SCHNEIDER, op. cit. p. 451 ss n° 40 et 46; ATF 128 II 394 consid. 3.2). Ces règles s'appliquaient par analogie aux fondations patronales de bienfaisance (arrêt du Tribunal fédéral 2A.189/2002 consid. 3.2). Ces principes ont ainsi été appliqués aux réductions considérables de l'effectif du personnel et aux restructurations effectives jusqu'au 31 décembre 2004 conformément à l'art. 23 al. 4 let. a et b aLFLP.

6.

6.1 Les recourants contestent que le règlement du 16 novembre 2006, approuvé formellement le 15 décembre 2006, puisse concerner un cas de liquidation partielle survenu le 31 décembre 2005. À leur avis, ce règlement ne pourrait pas s'appliquer au cas présent parce que le transfert des assurés a eu lieu le 31 décembre 2005, soit avant son approbation. Ce grief ne résiste toutefois pas à l'examen.

6.2 En vertu de la lettre d des dispositions finales de la modification du 18 août 2004 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2, RS 831.441.1), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2005, les institutions de prévoyance ont disposé d'un délai de trois ans pour adapter leur règlement. Si une institution de prévoyance était amenée à procéder à une liquidation partielle avant la fin de la période transitoire (c'est-à-dire avant le 31 décembre 2007), alors qu'elle ne possédait pas encore de règlement de liquidation partielle, c'est à ce moment au plus tard qu'elle aurait dû se doter d'un tel règlement. Ce règlement doit donc s'appliquer aux cas de liquidation intervenus entre temps après le 1^{er} janvier 2005. En ce sens, l'OFAS s'est exprimé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 100 (p. 3 ch. 591), en précisant qu'après l'approbation du règlement par l'autorité de surveillance, l'institution de prévoyance en appliquera les principes aussi bien pour une liquidation partielle, dont le jour déterminant est antérieur au moment de l'approbation du règlement de liquidation partielle par l'autorité de surveillance (soit entre le 1^{er} janvier 2005 et le moment où le règlement est approuvé), que pour toutes les liquidations partielles futures. En effet, dès le 1^{er} janvier 2005 une liquidation partielle ne peut plus intervenir en dehors d'un cadre réglementaire qui doit obligatoirement être mis en place (SYLVIE PÉTREMAND, Prévoyance et surveillance: questions relatives aux règlements in: BETTINA KAHIL-WOLF / JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER

(éd.), Nouveautés en matière de prévoyance professionnelle, Berne 2007, p. 147).

C'est dès lors à l'aune du nouvel art. 53b LPP et du règlement de liquidation partielle de la Caisse de pensions Z._____ adopté le 16 novembre 2006 que les conditions d'une liquidation partielle doivent être examinées.

7.

Dans le cas présent, il n'est pas contesté que l'autorité de surveillance a approuvé le règlement du 16 novembre 2006 par décision du 15 décembre 2006, dont elle a publié un extrait dans la FOSC et les feuilles officielles des cantons de Neuchâtel et de Vaud début janvier 2007. Cette décision est entrée en force sans faire l'objet d'un recours. Il convient de relever que le mandataire des recourants s'est adressé à l'autorité de surveillance le 1^{er} février 2007 en faisant valoir que le transfert de X._____ SA à Y._____ SA justifiait une liquidation partielle de l'institution de prévoyance. À la même occasion, il demandait que l'autorité de surveillance rende une décision obligeant l'institution à procéder en ce sens. L'autorité de surveillance a pris sa décision le 15 juin 2007. Or, à aucun moment, dans le courrier du 1^{er} février 2007, il est fait mention de la décision du 15 décembre 2006. En ces circonstances, on ne saurait retenir que le représentant des recourants dans son courrier du 1^{er} février 2007 voulait contester la décision du 15 décembre 2006.

8.

8.1 Dans le cadre de la 1^{ère} révision de la LPP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, l'art. 23 al. 4 aLFLP est devenu l'art. 53b al. 1 LPP. L'al. 2 de cette disposition a toutefois énoncé la nécessité pour l'institution de prévoyance de se doter d'un règlement de liquidation partielle à faire approuver par l'autorité de surveillance moyennant une décision ayant effet constitutif (FF 2000 p. 2555). Cette approbation du règlement est destinée à remplacer la procédure de soumission des cas de liquidation partielle à l'autorité de surveillance.

La reconnaissance des conditions d'une liquidation partielle, l'élaboration du plan de répartition et les critères de répartition relèvent donc en premier lieu de la compétence du conseil de fondation de l'institution de prévoyance. L'exercice de ce pouvoir est limité par le règlement

lui-même, 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; arrêt du Tribunal fédéral 2A.402/2005 consid. 3.2; RSAS 1984 p. 222). Le règlement soumis à approbation doit en outre énoncer, dans un but de transparence, les conditions d'une liquidation partielle en application de l'art. 53d al. 4 LPP et les modalités de celle-ci.

8.2 L'approbation du règlement de liquidation partielle par l'autorité de surveillance a un effet constitutif. Il appartient en premier lieu à l'autorité de surveillance de vérifier si le règlement à approuver répond aux conditions fixées par la loi. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance n'approuve pas le règlement et l'institution de prévoyance est sommée de procéder aux adaptations nécessaires. Cette dernière a la possibilité d'interjeter un recours contre la décision de l'autorité de surveillance auprès du Tribunal de céans (art. 53d al. 6 LPP). En revanche, si l'autorité de surveillance approuve le règlement, les intéressés ayant la qualité pour agir peuvent saisir le Tribunal de céans d'un recours.

L'avantage de ce nouveau système repose sur le fait qu'il est maintenant possible de garantir une certaine sécurité du droit, en ce sens que les conditions de la liquidation partielle sont connues à l'avance et ne doivent pas être rediscutées par le Conseil de fondation lors de chaque cas de liquidation partielle. En outre, il est possible de garantir une certaine égalité de traitement dans la mesure où tous les cas de liquidation partielle au sein de la même entreprise devraient être traités de la même manière et avec les mêmes critères (sur ces questions voir ERICH PETER / LUKAS ROOS, *op. cit.* p. 690; THOMAS GEISER, *op. cit.* p. 85 s.).

8.3 La décision d'approbation étant une décision formelle, l'intimée estime qu'une fois entrée en force, elle ne peut plus être réexaminée par l'autorité de recours. Selon la thèse de l'intimée, la suppression de la procédure d'approbation telle qu'elle existait sous l'ancien droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004 a eu pour conséquence que les conditions de la liquidation partielle ne peuvent plus être rediscutées chaque fois qu'il y a un cas de liquidation partielle mais doivent faire l'objet d'un examen abstrait de la part de l'autorité de surveillance lors de l'approbation du règlement.

Cette thèse ne repose sur aucun avis de la doctrine. Bien au contraire, lors de l'introduction du nouvel art. 53b LPP, le Conseil fédéral a exposé que les droits des assurés étaient garantis et que la révision proposée ne devait pas porter atteinte à leur protection juridique (voir FF 2000 p. 2531 s.). Or, il est indéniable que si un règlement approuvé par l'autorité de surveillance ne pouvait plus être réexaminé par une autorité de recours dans le cadre d'une procédure de liquidation partielle, les droits des assurés en seraient restreints. Cette situation serait particulièrement défavorable pour les employés qui seraient engagés bien après la décision d'approbation du règlement. À ce propos, il convient de relever que dans la pratique c'est seulement lors d'une liquidation, donc lorsqu'un cas concret se présente, qu'il est possible de vérifier si les modalités de la liquidation portent atteinte aux droits des assurés. En ces conditions, il faut en déduire que la décision d'approbation de l'autorité de surveillance a certes un effet constitutif, mais ne saurait préjuger d'un ultérieur examen matériel du règlement.

8.4 L'objet du présent recours porte donc non seulement sur la décision du 15 juin 2007, mais aussi sur la conformité à la loi du règlement du 16 novembre 2006. Le Tribunal de céans examine ci-après si ce règlement est bel et bien conforme à la LPP et si la décision du 15 juin 2007 lui est conforme.

9.

9.1 En l'espèce, le règlement de liquidation partielle de la Caisse de pensions Z._____ dispose à l'art. 1 ch. 1 que les conditions pour une liquidation partielle sont présumées remplies - en cas de réduction de personnel et de restructuration - lorsque a) l'effectif du personnel du groupe Z._____ subit une réduction considérable et b) une restructuration conduit à une diminution considérable du personnel. Il précise au ch. 1.2 ce qu'il faut entendre par considérable en se référant à une diminution de personnel du groupe Z._____ d'au moins 15% conduisant à une réduction d'au moins 15% des engagements individuels. Il mentionne également qu'il y a restructuration si des domaines d'activité ont été abandonnés, vendus ou modifiés d'une autre façon de manière significative et qu'il en est résulté une diminution de l'effectif du groupe Z._____ d'au moins

15% conduisant à une réduction des engagements d'assurance d'au moins 15%.

9.2 Force est de constater qu'en regard du règlement de la Caisse de pensions du groupe Z._____, le transfert de 23 salariés sur quelque 60 salariés de X._____ SA à Y._____ SA dans le cadre de la vente d'une division d'entreprise, dont 16 ou 17 salariés sont concernés par un transfert dans une autre caisse de pension, ne constitue pas un cas de liquidation partielle de l'institution de prévoyance. En effet, les personnes concernées par un transfert de caisse de pension n'atteignent pas le seuil de 15% de l'effectif du groupe Z._____ conduisant à une réduction des engagements d'assurance d'au moins 15%. Il n'y aurait dès lors pas, selon le règlement en vigueur, un cas de liquidation partielle.

9.3 Toutefois, la décision du 15 juin 2007 ne peut pas être confirmée parce que le règlement de la Caisse de pensions Z._____ s'écarte en partie des principes jurisprudentiels tirés de l'art. 23 al. 4 aLFLP repris par le nouvel art. 53b LPP.

9.3.1 Tout d'abord, il n'est pas correct de lier l'existence d'un motif de liquidation pour réduction considérable du personnel avec celui de restructuration d'entreprise. S'agissant des deux premiers cas de liquidation partielle énoncés par l'art. 53b al. 1 LPP, le Message indique ce qui suit: « Par "restructuration d'entreprises" au sens du droit de la prévoyance, on entend une modification de l'effectif des assurés. Lorsque la restructuration affecte à la baisse l'effectif du personnel, on se trouve dans une situation de "réduction considérable de l'effectif du personnel". Or, une restructuration peut aussi avoir pour effet d'augmenter l'effectif du personnel (fusion, reprise d'autres salariés). Il s'agit de distinguer ces différentes situations, de façon à ne pas compromettre les attentes des anciens ou des nouveaux assurés (ajustement des fonds libres avant une fusion) » (FF 2000 p. 2554). Le Message précité n'apporte pas plus de précision au sujet de ces deux cas de présomption de liquidation partielle. Il appert toutefois, selon le Message, que la restructuration est un cas de liquidation partielle au sens large devant être spécifié dans le règlement et que si ce cas conduit à une réduction de personnel on se trouve dans une situation de « réduction considérable de l'effectif du personnel ». Il n'en demeure pas moins que les cas de "réduction considérable" et de "restructuration" sont distincts et ne peuvent pas être assimilés au point qu'uneestruc-

turation sans entraîner de réduction de personnel ne pourrait donner lieu à un cas de liquidation partielle faute justement de diminution considérable du personnel (HANS-ULRICH STAUFFER, *Berufliche Vorsorge*, Zurich 2005, n° 1148; FRITZ STEIGER, *Die Teilliquidation nach Artikel 53b BVG* in: *Pratique Juridique Actuelle (PJA)* 2007 p. 1056 et 1065). En effet, un cas de restructuration entraînant nécessairement une liquidation partielle peut résulter de l'acquisition d'une entreprise avec simultanément la vente d'une autre sans qu'il y ait au final une réduction importante du nombre des assurés de l'institution de prévoyance. Sous cet angle le règlement de liquidation partielle de la Caisse de pensions Z._____ n'est pas conforme à l'art. 53b al. 1 LPP car ses art. 1.1 let. b et 1.2 n'ouvriraient pas la porte à une liquidation partielle en cas de restructuration sans changement du nombre des assurés.

9.3.2 Ensuite, il faut souligner que le chiffre de 15% pour définir la réduction considérable du personnel est trop élevé. Selon la jurisprudence (cf. consid. 5.1 ci-dessus), une réduction considérable peut être reconnue dès qu'elle concerne un pourcentage de quelque 10% du personnel, sous réserve éventuellement d'un pourcentage plus élevé s'agissant de petites et moyennes entreprises (PME) ou d'un pourcentage moins élevé s'agissant de grandes entreprises. En l'espèce, compte tenu des quelque 10'000 salariés du groupe Z._____ en Suisse et du pourcentage de 15% déterminant selon le règlement, un cas de liquidation ne pourrait se réaliser seulement si 1'500 personnes étaient concernées par une diminution de personnel ou une restructuration. Ce seuil est manifestement trop élevé.

À ce propos, il convient encore de préciser que le règlement du 16 novembre 2006 prend l'effectif de tout le groupe Z._____ comme référentiel de la diminution du personnel et non l'effectif d'une unité économique. Or, c'est ce dernier cas de figure qui est correct pour examiner s'il y a réduction considérable. Dans ce sens, s'est du reste exprimée la doctrine. Pour Helbling le taux de réduction de 10% de l'effectif du personnel est en référence à l'entreprise concernée par la liquidation partielle, voire même pour les grandes entreprises à une division ou succursale (HELBLING, *op. cit.*, p. 276). Steiger et Strub précisent expressément que l'effectif du personnel auquel il est fait référence dans la loi, respectivement le seuil de 10% retenu de règle, est en référence au nombre des employés d'une unité commerciale, d'affaires, de production (« der Betrieb ») et non en référence à l'ensemble des assurés (STEIGER, *Op. cit.*, p. 1055; STRUB, in: *PJA* 1994

p. 1527). Steiger précise que le « Betrieb » n'est [par définition] ni un groupe de société, ni une société au sein d'un groupe, ni une division, ni une entreprise ou un département (STEIGER, Op. cit., p. 1055 note 29). L'unité économique, dans son acceptation économique et non juridique, est ainsi la référence. Stauffer partage cet avis se référant à Strub (STAUFFER, Op. cit., n° 1147).

En l'espèce, si l'on prend comme référentiel de la diminution du personnel la société de X._____ SA, qui compte une soixantaine de collaborateurs, force est de constater que le transfert de sa division commerciale à Y._____ SA (avec 26 collaborateurs), dépasse largement le pourcentage de 7-10% reconnu par la jurisprudence pour admettre un cas de liquidation partielle.

9.3.3 En outre, il faut admettre un cas de liquidation partielle au sens de l'art. 53b al. 1 let. b LPP. La jurisprudence a précisé qu'il y a une restructuration lorsque la réorganisation d'une entreprise entraîne la fermeture même partielle d'une unité. Une fluctuation du personnel liée à une réorganisation d'une entreprise suffit (SVR 2003 BVG n. 26 consid. 3.2, 1995 BVG n. 39 consid. 4c). En principe, encore faut-il qu'une réorganisation soit suivie d'une réduction du personnel. À cet égard, la jurisprudence a précisé qu'une fluctuation du personnel de 1 à 5% pourrait suffire. On ne saurait toutefois pas exclure a priori qu'une restructuration ait lieu en l'absence de toute réduction du personnel. C'est le cas par exemple d'une restructuration impliquant, d'une part, la vente d'une unité de l'entreprise et, d'autre part, du rachat d'une autre unité (cf. jugements du 8 juin 2000 de la Commission fédérale de recours en matière de LPP dans la cause BKBVG 528/98 consid. 5a, et du 4 février 2003 dans la cause BKBVG 818/01 consid. 2b).

En l'espèce, la division commerciale d'une société faisant partie du groupe Z._____ a été transférée à un autre groupe. Le groupe Z._____ a abandonné l'activité dans le domaine de la production [...]. Selon le Tribunal de céans il s'agit d'une mesure de restructuration. Étant donné que toute la division en question de X._____ SA a été transférée, soit plus d'un tiers des collaborateurs de celle-ci, cette réorganisation rentre dans le champ d'application de l'art. 53b al. 1 let. b LPP.

9.4 Au vu de ce qui précède, il convient de retenir que la décision du 15 juin 2007 est certes conforme au règlement du 16 novembre 2006 mais que ce dernier ne respecte pas les dispositions de la LPP en matière de liquidation partielle. En effet, le règlement ne reconnaît pas un cas de liquidation partielle lors d'une restructuration n'entraînant pas une réduction considérable de l'effectif du personnel du groupe Z._____ et il ne distingue pas le cas de réduction considérable du personnel de celui de restructuration. De plus, le règlement prend le groupe Z._____ comme référentiel de la diminution du personnel et non l'effectif d'une unité économique, ce qui en l'espèce porterait le seuil d'une liquidation partielle à quelque 1'500 personnes. En l'espèce, la réorganisation de X._____ SA entraîne non seulement une réduction considérable de l'effectif de son personnel au sens de l'art. 53b al. 1 let. a LPP mais aussi une restructuration de l'entreprise au sens de l'art. 53b al. 1 let. b LPP. Les conditions pour une liquidation partielle sont ainsi remplies.

Le recours du 12 juillet 2007 doit en conséquence être admis et la décision du 15 juin 2007 annulée. La cause est renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle ordonne au Conseil de fondation de l'intimée de procéder à la liquidation partielle. Le recours doit néanmoins être déclaré irrecevable en ce qui concerne A._____, dont la qualité pour agir a été niée (voir ci-dessus consid. 2.1).

10.

10.1 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 perçu aucun frais de procédure et l'avance de frais de Fr. 5'000.- est remboursée aux recourants (solidairement).

10.2 Les art. 64 PA et 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF; RS 173.320.2) – applicables en l'espèce en vertu de l'art. 53 al. 2 i.f. LTAF –, permettent au Tribunal d'allouer à la partie ayant obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés.

En l'espèce, le travail accompli par le mandataire de la recourante en instance de recours a consisté essentiellement dans la rédaction d'un recours de 22 pages et d'une réplique de 12 pages. Il se justifie, eu égard à ce qui précède, de lui allouer une indemnité à titre de dépens de Fr. 4'500.- à charge de l'intimée (y compris la TVA).

(dispositif sur la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Dans la mesure où il est recevable, le recours est admis et la décision du 15 juin 2007 annulée. La cause est renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle procède au sens du considérant 9.4 et rende une nouvelle décision.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais déjà fournie de Fr. 5'000.- est remboursée aux recourants solidairement.

3.

Une indemnité de dépens de Fr. 4'500.- (y compris la TVA) est allouée à la partie recourante, à charge de la Caisse de pensions Z._____.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au représentant des recourants (Acte judiciaire)
- à l'intimée (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales (Acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :

Francesco Parrino

Pascal Montavon

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition :