



Arrêt du 8 mars 2017

Composition

Madeleine Hirsig-Vouilloz (présidente du collège),
Daniel Stufetti, Christoph Rohrer, juges,
Audrey Bieler, greffière.

Parties

1. **A.**_____, syndicat,
2. **B.**_____, 3. **C.**_____, 4. **D.**_____,
tous représentés par Maître Romolo Molo,
recourants,

contre

Caisse de Prévoyance de l'Etat de Genève (CPEG),
représentée par Maître Jacques-André Schneider,
intimée,

**Autorité cantonale de surveillance des fondations et des
institutions de prévoyance (AFSIP),**
Rue de Lausanne 63, Case postale 1123, 1211 Genève 1,
autorité inférieure.

Objet

LPP, contrôle abstrait d'une norme cantonale ; décision de
non-entrée en matière du 30 septembre 2013.

Faits :

A.

A.a La Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (ci-après : la CPEG) est une institution de prévoyance constituée le 1^{er} mars 2013 et inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 13 janvier 2014. Son but est d'assurer le personnel de l'Etat de Genève, ainsi que des autres employeurs affiliés contre les conséquences économiques de la retraite, de l'invalidité et du décès. La CPEG est inscrite au répertoire des institutions de prévoyance du canton de Genève selon l'art. 48 LPP (RS 831.40).

A.b Il s'agit d'une entreprise de droit public créée par la Loi instituant la Caisse de prévoyance de la CPEG (ci-après : la LCPEG ; B 5 22 du RS genevois [ci-après : RS/GE]), adoptée le 14 septembre 2012 par le Parlement genevois. Elle réunit notamment l'ancienne caisse de prévoyance du personnel d'établissements publics médicaux du canton de Genève (CEH), ainsi que l'ancienne caisse du personnel de l'instruction publique et des fonctionnaires du canton de Genève (CIA).

A.c La loi en question, ainsi que son règlement électoral du 20 mars 2013 (RS/GE B 5 22.03) sont entrés en vigueur le 23 mars 2013. La CPEG a débuté effectivement son activité au 1^{er} janvier 2014 comme prévu par son article 60 et la première assemblée des délégués a été élue en été 2013 conformément à l'art. 58 LCPEG.

A.d Lors de l'élaboration de la LCPEG, l'Autorité de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du canton de Genève (ci-après : l'AFSIP ou l'autorité de surveillance) a procédé à un contrôle de conformité abstrait préventif de la LCPEG et de son règlement électoral selon les articles 12 et 13 de l'Ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1 ; RS 831.435.1).

Elle a rendu à cet égard un préavis positif provisoire le 5 septembre 2012 (PJ 6 aux observations du 26 mai 2014 de la CPEG ; TAF pce 18), confirmé le 21 mars 2014 par courrier à la CPEG (TAF pce 18, PJ 7). Le recours du 23 juin 2014 interjeté contre ce préavis final a été déclaré irrecevable par arrêt du TAF C-3492/2014 du 15 juillet 2014.

A.e Par décision du 4 décembre 2013, l'AFSIP a mis sous surveillance la CPEG sur la base des articles 61 et 62 LPP (PJ 9 à la réponse ; TAF pce 12).

B.

B.a Le 12 juin 2013, le syndicat A._____, ainsi que C._____, B._____ et D._____ (assurés auprès de la CPEG et membres du syndicat A._____ Genève ; cf. le courrier du 26 mai 2014 [TAF pce 17 pp. 9, 11 et 13]) déposent une plainte auprès de l'autorité de surveillance (PJ 7 au recours ; TAF pce 1).

B.b A._____ est selon ses statuts une fédération syndicale nationale avec siège à X._____ (ZH) inscrite au registre du commerce (CHE-...). En tant qu'association, elle a pour but de sauvegarder et de promouvoir les intérêts professionnels, économiques, sociaux, politiques et culturels du personnel travaillant dans les services publics (art. 3 de ses statuts). Elle regroupe le personnel des administrations, institutions et entreprises communales, cantonales et fédérales ainsi que des entreprises et institutions mixtes et privées d'utilité publique.

B.c Les plaignants estiment que la LCPEG ne respecte pas l'exigence légale de gestion paritaire prévue par le droit fédéral en matière de prévoyance professionnelle à l'art. 51 al. 2 let. b LPP. En particulier est mis en cause l'art. 39 LCPEG qui répartit les membres salariés et pensionnés participant à la gestion et à l'administration de la caisse en 5 groupes ayant un nombre de sièges à l'assemblée selon le système de la représentation proportionnelle (Groupe A : enseignement ; Groupe B : administration ; Groupe C : établissements publics médicaux et employeurs analogues ; Groupe D : cadres ; Groupe E : pensionnés), ainsi que l'art. 21 du RCPEG, qui prévoit que tout membre salarié ou pensionné de la Caisse est éligible à l'assemblée des délégués.

B.d À titre principal, les plaignants requièrent la modification de l'art. 21 RCPEG, afin d'y exclure les cadres supérieurs et, à titre subsidiaire, la modification de l'art. 39 LCPEG par la suppression du groupe D (cadres). Finalement, les intéressés concluent, à titre provisionnel, à la suspension des élections des organes de la CPEG.

C.

Par décision du 30 septembre 2013 (PJ 8 au recours ; TAF pce 1), l'ASFIP (ci-après : l'autorité inférieure ou l'autorité de surveillance) refuse d'entrer en matière sur la plainte et la demande de mesures provisionnelles déposée le 12 juin 2013, au motif qu'elle n'est pas compétente pour procéder à un contrôle abstrait de l'art. 39 LCPEG ou pour modifier des actes normatifs adoptés par le Parlement, le peuple ou l'exécutif cantonal,

qui ne sont pas sous sa surveillance. De plus, l'AFSIP relève qu'il ne lui est pas possible d'annuler les élections initiales effectuées en été 2013, puisque celles-ci ne découlent pas de l'organe suprême de la CPEG, mais d'entités tierces agissant pour le Conseil d'Etat.

D.

Le 24 octobre 2013, A. _____ (recourant 1), B. _____ (recourant 2), C. _____ (recourante 3) et D. _____ (recourant 4) interjettent recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le TAF ou le Tribunal). Ils déposent les conclusions suivantes (TAF pce 1) :

Préalablement

- Annuler et mettre à néant la décision de non-entrée en matière de l'Asfip Genève du 30 septembre 2013, reçue le 2 octobre 2013.

Principalement

1) Dire et prononcer que l'art. 21 du Règlement électoral de la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (B 5 22.03, RECPEG) est modifié comme suit et qu'il a la teneur suivante, depuis le 23 mars 2013 :

« Art 21 Eligibilité

Est éligible à l'assemblée des délégués tout membre salarié ou membre pensionné de la Caisse, à l'exception des cadres supérieurs. »

2) Dire et prononcer que les groupes électoraux des assurés actifs doivent être recomposés [...], de telle sorte que l'élu de chaque groupe soit le représentant d'un nombre approximativement équivalent d'assurés actifs, soit avec un écart d'au maximum 5% du quotient arithmétique.

3) Dire et prononcer que toute élection à laquelle il a été procédé depuis le 1^{er} mars 2013 est nulle et de nul effet, jusqu'à la modification de l'art. 21 RECPEG dans le sens mentionné à la conclusion principale 1) ci-dessus et jusqu'à modification des groupes électoraux dans le sens de la conclusion principale 2) ci-dessus.

4) Débouter tout intimé ou opposant de toutes autres ou contraires conclusions.

5) Le condamner en tous les dépens, lesquels vaudront participation aux honoraires du conseil soussigné.

Subsidiairement

1) Dire et prononcer que l'art. « 39 LCPEG : Groupes » est modifié comme suit et qu'il a la teneur suivante, à son alinéa 1, depuis le 23 mars 2013 :

¹ Les membres salariés et pensionnés sont répartis dans les groupes suivants :

- a) *groupe A : enseignement ;*
- b) *groupe B : administration ;*
- c) *groupe C : établissements publics médicaux et employeurs analogues ;*
- d) *groupe D : pensionnés.*

2) Dire et prononcer que toutes les opérations électorales effectuées depuis le 1^{er} mars 2013 sont nulles et nul effet.

3) Dire que l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance doit ordonner au Conseil d'Etat du Canton de Genève et à la CPEG d'édicter un nouveau règlement électoral tenant compte des deux conclusions immédiatement susmentionnées 1) et 2).

4) Débouter tout intimé ou opposant de toutes autres ou contraires conclusions.

5) Le condamner en tous les dépens, lesquels vaudront participation aux honoraires du conseil soussigné.

Plus subsidiairement

- Renvoyer la cause à l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance pour nouvelle décision dans le sens des conclusions principales, voire subsidiaires indiquées ci-dessus.

- Condamner les intimés en tous les dépens, lesquels vaudront participation aux honoraires du conseil soussigné.

Si mieux n'aime

- Garantir de toute autre manière une composition conforme au droit, en particulier à l'art. 51 LPP, de l'organe paritaire de la CPEG et de l'assemblée

des délégués à partir du 1^{er} janvier 2014, notamment en application des art. 62 al. 1 lit. d et 62a al. 2 lit. e LPP.

E.

Par décision incidente du 25 novembre 2013 (TAF pce 2), le Tribunal invite les recourants à verser une avance sur les frais de procédure de 1'200 francs jusqu'au 10 janvier 2014, sous peine d'irrecevabilité. Ceux-ci s'acquittent de l'avance de frais requise le 16 décembre 2013 (TAF pces 3 et 4).

F.

F.a Par courriers des 17 février 2014 et 3 mars 2014, la CPEG (ci-après : l'intimée) requiert de pouvoir prendre position dans le cadre de la présente procédure, étant donné qu'elle a repris au 1^{er} janvier 2014 les obligations des caisses de prévoyance CEH et CIA, et qu'elle présente un intérêt à l'issue de la procédure (TAF pces 10 et 11).

F.b Par ordonnance du 16 avril 2014, le Tribunal déclare la CPEG partie à la procédure en tant qu'intimée et l'invite à déposer des observations. Par ailleurs, les recourants sont priés de produire plusieurs pièces attestant qu'ils sont habilités à représenter A. _____ ou qu'ils sont des assurés actifs de la CPEG (TAF pce 14). Ces pièces sont fournies par courrier du 26 mai 2014 (TAF pce 17).

G.

Invitée à se prononcer, l'autorité inférieure, dans sa réponse du 10 mars 2014, reprend en détail les arguments développés dans la décision de non entrée en matière et conclut au rejet de recours, ainsi qu'à la confirmation de la décision entreprise (TAF pce 12). Il est avancé par l'AFSIP que seule était ouverte la voie du recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral selon les articles 82 ss LTF pour contester la LCPEG et son règlement, excluant ainsi sa propre compétence pour effectuer un examen juridique abstrait de la norme cantonale.

H.

Par observations du 26 mai 2014, l'intimée reprend les conclusions et les arguments développés par l'autorité inférieure dans sa réponse du 10 mars 2014. Selon elle, la non-entrée en matière de l'autorité de surveillance sur la plainte déposée pour des raisons de compétence est justifiée. Un contrôle abstrait d'une norme cantonale n'était alors possible que par la voie du recours en matière de droit public auprès du Tribunal

fédéral et ne ressortait pas de la compétence de l'autorité de surveillance cantonale. Par ailleurs, la plainte déposée le 12 juin 2013 ne lui permettait pas non plus d'effectuer un contrôle concret sur la base d'une décision concrète prise par la CPEG, considérant qu'alors les organes de la CPEG n'étaient pas encore constitués (TAF pce 18).

I.

I.a Dans un second échange d'écriture, les recourants confirment leurs précédentes conclusions par réplique du 8 juillet 2014 (TAF pce 20) et l'autorité inférieure également par duplique du 15 septembre 2014 (TAF pce 22).

I.b Par courrier du 20 octobre 2014, les recourants déposent des observations finales spontanées (TAF pce 24). Il est invoqué que, par le biais de leur plainte, ils ont demandé un contrôle concret d'une décision concrète, à savoir l'élection de l'organe paritaire ayant eu lieu en été 2013 en application de la LCPEG et de son règlement.

Les arguments développés par les parties à l'appui de leurs positions seront repris dans les considérants en droit ci-après, dans la mesure utile à la résolution du litige.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées aux articles 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par une autorité de surveillance cantonale dans le domaine de la prévoyance professionnelle peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 74 al. 1 LPP (RS 831.40) et à l'art. 33 let. i LTAF.

1.2 Le Tribunal est compétent pour connaître du présent recours, aucune des clauses d'exception prévues à l'art. 32 LTAF n'étant par ailleurs réalisée.

1.3 La procédure devant le TAF est régie par la PA pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

2.

2.1

2.1.1 Selon l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Le fait d'être destinataire de la décision attaquée (*formelle Beschwer* ; art. 48 al. 1 let. a PA) ne suffit pas à lui conférer la qualité pour recourir (DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n^{os} 2074 et 2076). Encore faut-il être atteint par la décision attaquée et pouvoir se prévaloir d'un intérêt digne de protection (*matérielle Beschwer* ; art. 48 al. 1 let. b et c PA), ces deux conditions matérielles pouvant s'apprécier dans un même mouvement (ATF 136 II 281 consid. 2.2 ; arrêt du TAF C-6519/2015 et C-6712/2015 du 1^{er} février 2016 consid. 3.1).

2.1.2 Un intérêt digne de protection existe lorsque la situation juridique ou de fait peut être influencée par l'issue de la procédure. Il ne suffit pas que l'issue de la procédure puisse influencer de quelque lointaine façon sa sphère d'intérêts ou qu'il ne soit touché que "par ricochet" par la décision attaquée (ATF 135 I 43 consid. 1.4, 135 II 145 consid. 6.2, 135 V 382 consid. 3, 133 V 239 ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n^o1363). L'admission du recours doit apporter au recourant un

avantage concret. L'intérêt peut aussi consister en l'utilité pratique que le succès 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 137 II 40 consid. 2.3, 134 II 120 consid. 2.3, 123 II 376 consid. 2). En matière de contrôle abstrait d'une norme, l'intérêt juridique actuel est reconnu déjà avec la constatation d'une atteinte virtuelle (ATF 125 II 440 consid. 1c ; arrêt du TF 2C_856/2011 du 18 janvier 2012 consid. 3.3 in fine).

2.1.3 Le Syndicat A._____ (recourant 1), ainsi que C._____, B._____ et D._____ (recourants 2, 3 et 4) ont recouru contre la décision du 30 septembre 2013 de l'ASFIP de ne pas entrer en matière sur leur plainte déposée le 12 juin 2013 par laquelle ils contestaient la conformité de l'art. 39 LCPEG à l'article 51 LPP, ainsi qu'au principe de l'égalité de traitement. Ils sont destinataires de la décision entreprise et ont participé à la procédure devant l'autorité inférieure. Ils remplissent ainsi la condition formelle ressortant de l'art. 48 al. 1 let. b PA.

2.2

Selon la jurisprudence fédérale une association jouissant de la personnalité juridique est autorisée à former un recours en matière de droit public en son nom propre lorsqu'elle est touchée dans ses intérêts dignes de protection. De même, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, une association peut être admise à agir par la voie du recours en matière de droit public (nommé alors recours corporatif ou égoïste) pour autant qu'elle ait pour but statuaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel (ATF 137 II 40 consid. 2.6.4, 136 II 539 consid. 1.1, 125 III 82 consid. 1a et les références citées). En revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux (ATF 142 II 80 consid. 1.4.2 et les réf. citées ; arrêt du TF 8C_779/2015 du 8 août 2016 consid. 4.4.1 ; cf. également les arrêts du TAF C-6519/2015 et C-6712/2015 du 1^{er} février 2016 consid. 3.1).

2.3

En l'espèce, il est constant, que le syndicat A._____ ne vise pas un but qui lui serait propre. La question est donc de savoir si les conditions susmentionnées pour lui reconnaître la qualité pour former un recours corporatif sont réunies.

2.3.1 A._____ (recourant 1) a pour but la sauvegarde et la promotion des intérêts professionnels, économiques, sociaux, politiques et culturels du personnel travaillant dans les services publics, par exemple par la défense des intérêts des membres vis-à-vis des employeurs et de l'opinion publique (art. 3 let. b de ses statuts [PJ 2 au recours]). Selon l'art. 2 al. 1 de ses statuts, le syndicat A._____ regroupe le personnel des administrations, institutions et entreprises communales, cantonales et fédérales ainsi que des entreprises et institutions mixtes et privées d'utilité publique. Selon l'art. 4 al. 1 des statuts, peuvent devenir membres du syndicat A._____ les salariés au sens de l'art. 2 al.1, les personnes indépendantes travaillant dans l'intérêt public ainsi que les personnes qui poursuivent ou ont terminé une formation les destinant à une activité dans la fonction publique.

2.3.2 A._____ est ainsi un syndicat professionnel de portée nationale regroupant un panel de membre allant bien au-delà du canton de Genève ou de la Romandie. Lors de l'instruction, A._____ n'a pas apporté d'indication sur le nombre de ses membres potentiellement touchés par l'acte normatif en cause. Ainsi, A._____ ne saurait être reconnu comme agissant pour la majorité ou une grande partie de ses membres, alors qu'en l'espèce seuls les membres de la CPEG sont potentiellement touchés par l'acte normatif en cause et qu'on ignore combien d'entre eux sont membres du syndicat A._____. Manifestement, on ne saurait reconnaître la qualité pour recourir au syndicat A._____ (recourant 1), considérant qu'une des conditions cumulatives prévues par la jurisprudence en matière de recours corporatif (cf. *supra* consid. 2.2). Ainsi, le Tribunal ne peut entrer en matière sur le recours déposé par le recourant 1 qui doit être déclaré irrecevable.

2.4

2.4.1 Les membres des caisses de prévoyance fusionnées pour devenir la CPEG, la CEH et la CIA, rassemblaient en 2013 le personnel d'établissements publics médicaux, ainsi que celui de l'instruction publique et des fonctionnaires du canton de Genève. Les recourants 2 à 4 étaient au moment du de la décision attaquée membres du syndicat A._____ et affiliés à la CEH ou à la CIA (cf. les certificats d'assurances fournis par les recourants par courrier du 26 mai 2014 ; TAF pce 17).

2.4.2 Les recourants 2 à 4 sont ainsi touchés par la décision entreprise et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (cf. arrêt du TAF A-2343/2015 du 16 juillet 2016 consid. 1.3 in fine ; ATF 135 V 382 consid. 3, ATF 135 I 43 consid. 1.4, ATF 125 II 497

consid. 1a/bb, ATF 123 II 376 consid. 2, ATF 120 Ib 379 consid. 4b; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif II, 3^{ème} éd., 2011, pp. 727 ss; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2000, pp. 483 ss).

2.4.3 Par conséquent, s'agissant des recourants 2 à 4, le recours est recevable considérant qu'il a été déposé dans les formes et délai prévus par les articles 50 et 52 al. 1 PA, en respect des règles relatives à la représentation des parties (art. 11 PA), l'avance de frais ayant par ailleurs été versée en temps utile (art. 63 al. 4 PA).

3.

3.1 Le Tribunal administratif fédéral dispose en principe d'un plein pouvoir de cognition (art. 49 PA). Il constate les faits et applique le droit d'office (art. 62 al. 4 PA). Néanmoins, il se limite en principe aux griefs invoqués et n'examine les autres points que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 122 V 157 consid. 1a, ATF 121 V 204 consid. 6c).

3.2 La surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle porte sur un contrôle du droit s'agissant de l'examen prévu à l'art. 62 al. 1 let. a LPP. Ainsi, le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral, qui ne peut pas être plus large que celui de la première instance, se limite en dérogation à l'art. 49 PA, à un contrôle du droit, l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation y compris (cf. ATF 135 V 382 consid. 4.2, arrêt du Tribunal fédéral 9C_756/2009 du 8 février 2010 consid. 5).

4.

4.1

4.1.1 Afin de déterminer l'objet du litige de la présente procédure, il faut procéder selon les règles relatives à l'objet de la contestation et l'objet du litige (ATF 130 V 501 consid. 1). En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation (*Anfechtungsgegenstand*) qui peut être déféré en justice par voie de recours. Le juge n'entre donc pas en matière, en règle générale, sur des conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation (ATF 125 V 413 consid. 1a ; ULRICH MEYER/ISABEL VON ZWEHL, L'objet du litige en

procédure de droit administratif fédéral, in: Mélanges Pierre Moor, Berne 2005, p. 439 n. 8).

4.1.2 L'objet du litige (*Streitgegenstand*) dans la procédure administrative subséquente est le rapport juridique qui – dans le cadre de l'objet de la contestation déterminé par la décision – constitue, d'après les conclusions du recours, l'objet de la décision effectivement attaqué. D'après cette définition, l'objet de la contestation et l'objet du litige sont identiques lorsque la décision administrative est attaquée dans son ensemble. En revanche, lorsque le recours ne porte que sur une partie des rapports juridiques déterminés par la décision, les rapports juridiques non contestés sont certes compris dans l'objet de la contestation, mais non pas dans l'objet du litige (ATF 130 V 501 consid. 1, 125 V 413 consid. 1b et 2 et les références citées).

4.2

4.2.1 Lors de la création de la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (CPEG), le Conseil d'Etat a publié et promulgué la loi instituant la CPEG adoptée le 14 septembre 2012 et son règlement électoral par arrêtés du 20 mars 2013 publiés dans la FAO du 22 mars 2013 (PJ 3 à la réponse [TAF pce 12]). Aucun recours en matière de droit public n'a été déposé auprès du Tribunal fédéral au sens de l'art. 82 let. a LTF, ainsi, la loi et son règlement électoral sont entrés en vigueur le 23 mars 2013, soit le lendemain de leur publication (cf. supra Faits let. A).

4.2.2 Les recourants ont déposé le 12 juin 2013 une plainte auprès de l'autorité de surveillance cantonale des institutions de prévoyance professionnelle du canton de Genève afin d'obtenir la modification de l'art. 39 LCPEG et de l'art. 21 de son règlement électoral, qu'ils considèrent contraire à l'exigence de l'art. 51 al. 2 let. b LPP prévoyant la représentation équitable des différentes catégories de salariés au sein de l'organe suprême de l'institution de prévoyance (l'assemblée de délégués et le comité). Ils estiment que les cadres sont surreprésentés et devraient être inéligibles à l'assemblée des délégués, sous peine de violer le droit fédéral en matière de prévoyance professionnelle.

4.2.3 Matériellement, cela revient à requérir, outre leur modification, un contrôle abstrait des articles 39 LCPEG et 21 RECEPG. Les plaignants demandaient également le prononcé de mesures provisionnelles tendant à la suspension des élections des organes de la CPEG et l'annulation de toute élection déjà effectuée depuis le 1^{er} mars 2013. L'autorité de

surveillance, dans la décision contestée, n'est pas entrée en matière sur cette plainte ni sur la demande de mesures provisionnelles.

4.3

4.3.1 L'objet du litige se limite ainsi à la question de la compétence de l'autorité de surveillance, car il s'agit uniquement de déterminer si celle-ci était tenue d'entrer en matière sur la plainte déposée par les recourants en procédant à un contrôle juridique abstrait des normes cantonales contestées, au regard de sa mission de contrôle des dispositions réglementaires des institutions de prévoyance. En effet, l'objet du litige, s'agissant d'une décision d'irrecevabilité, est limité à la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a refusé d'entrer en matière sur le fond (ATF 132 V 74 consid. 1.1, 125 V 505 consid. 1 ; cf. également les arrêts du TAF C-5462/2014 du 1^{er} novembre 2016 consid. 4 et A-2343/2015 du 15 juillet 2016 consid. 1.2 et les ref. cit.).

Dès lors, toutes autres conclusions des recourants tendant à un examen au fond de l'affaire (particulièrement les conclusions principales n°1 et 3 et subsidiaires n°1 à 3) ne peuvent être examinées et doivent être déclarées irrecevables.

4.3.2 Certes, les recourants ont invoqué le principe d'économie de procédure afin de requérir que le TAF se prononce quant au fond (p. 7 du mémoire de recours [TAF pce 1] et p. 6 de la réplique [TAF pce 20]). Toutefois, ce moyen ne saurait être retenu, puisque non seulement il irait à l'encontre de la jurisprudence claire et constante mentionnée ci-dessus, mais priverait également les recourants d'une instance de contrôle. En effet, une autorité de recours ne peut pas examiner et trancher, en instance unique, des questions déterminantes n'ayant jamais été discutées auparavant et priver ainsi les parties recourantes d'une voie de recours (cf. notamment ATF 123 V 335 consid. 1b, 106 II 106 consid. 1a, 99 Ia 317 (322) ; ATAF 2011/42 consid. 8 et 2010/46 consid. 4 ; cf. également BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2^e éd. 2015, p. 556) ; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, Vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd. 2011, n°5.8.4.3, pp. 826 à 828; PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Waldman/Weissenberger (éd.), Praxis-kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, ad art. 61 PA, pp. 1210 et 1211, ch. 16 et 17; MADELEINE CAMPRUBI, in: Auer/Müller/Schindler (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, n°11, p. 773; ALFRED KÖLZ/ISABELLE

HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^e éd., 1998, n°694, pp. 245 et 246).

5.

5.1 La validité d'un acte normatif cantonal peut intervenir d'une manière abstraite. Un tel contrôle vise la norme – une règle générale et abstraite – elle-même en dehors de toute application. Il peut s'agir comme le relève l'autorité inférieure autant d'une loi cantonale que d'un règlement ou d'un arrêté du Conseil d'Etat (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitution suisse*, Volume 1 : L'Etat, 3^e éd. 2013, p. 707 ; YVES DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral*, Commentaire, 2008, ad art. 82, n°2696). Devant les autorités de recours, le contrôle abstrait d'une norme reste une exception et ne peut être exercé que par une autorité suprême dont les décisions s'imposent à l'ensemble des autorités, sous peine d'engendrer une insécurité juridique (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif*, Vol. I, *Les fondements*, 3e édition 2012, 2.7.2.1, pp. 323 s.).

5.2 L'art. 82 let. b LTF prévoit la voie du recours en matière de droit public contre les actes normatifs cantonaux auprès du Tribunal fédéral dans les 30 jours suivant la publication de l'acte normatif (art. 100 al. 1 LTF). Lorsque comme dans le présent cas, l'acte a été soumis à un référendum, le délai part de la publication de la décision de promulgation constatant que l'acte a été accepté en votation populaire (cf. en l'espèce, l'arrêté du 6 mars 2013 [PJ 2 à la réponse ; TAF pce 12]). Cette voie de droit n'est toutefois ouverte qu'après épuisement des instances cantonales. En effet, pour les cantons qui connaissent une voie de contrôle directe, cette voie doit d'abord être utilisée avant que le Tribunal fédéral puisse être saisi de cette question. Les cantons ne sont pas obligés d'instituer un contrôle judiciaire abstrait de leurs actes normatifs et s'il n'en n'est pas prévue, le recours en matière de droit public au TF est directement ouvert (cf. art. 87 al. 1 LTF).

5.3 Suite à la modification de son organisation judiciaire, le canton de Genève s'est doté d'une chambre constitutionnelle intégrée à la Cour de droit public cantonale depuis le 14 juin 2014. Cette autorité peut actuellement contrôler sur requête la conformité des normes cantonales au droit supérieur (JEAN-MARC VERNIORY, *Législation et jurisprudence de droit public à Genève*, in : *LeGes : Gesetzgebung & Evaluation*, année 27 (2016), cahier 3, §3.5, p. 426). Toutefois, à la période déterminante où l'examen juridique abstrait a été demandé, seule la voie de plainte auprès de l'autorité de surveillance des institutions de prévoyance pouvait être

considérée comme une éventuelle voie de droit au niveau cantonal excluant la possibilité d'un recours direct auprès du Tribunal fédéral.

6.

6.1 En matière de prévoyance professionnelle, le droit fédéral prévoit l'institution d'autorités de surveillances cantonales qui sont désignées par les cantons (art. 61 al. 1 et 2 LPP). Ces autorités de surveillance, notamment l'AFSIP (art. 2 de la loi sur la surveillance des fondations de droit civil et des institutions de prévoyance du 14 octobre 2011 ; RS/GE E 1 16), sont des établissements de droit public dotés de la personnalité juridique inscrits au registre du commerce et ne sont soumis à aucune directive dans l'exercice de leurs fonctions (art. 61 al. 3 LPP).

6.2 Selon l'art. 50 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance ont l'obligation d'édicter des dispositions réglementaires sur les prestations (let. a), l'organisation (let. b) ; l'administration et le financement (let. c), le contrôle (let. d), ainsi que sur les rapports avec les employeurs, les assurés et les ayants droit (let. e). Il est indiqué à l'alinéa 2 de cette disposition que lorsqu'il s'agit d'institutions de prévoyance de droit public, les dispositions réglementaires peuvent être édictées par la corporation de droit public concernée.

6.3 Les autorités de surveillance cantonales ont notamment pour tâche de vérifier que les dispositions statutaires et réglementaires des institutions de prévoyance et des institutions servant à la prévoyance sont conformes aux dispositions légales (art. 62 al. 1 let. a LPP). Elles prennent les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (art. 62 al. 1 let. d LPP), ce de manière préventive ou répressive. Les divers moyens à disposition des autorités de surveillance sont prévus à l'art. 62a LPP. Bien que les autorités de surveillance disposent d'un grand pouvoir d'appréciation pour remplir la mission qui leur est confiée par la LPP, les principes généraux de droit administratif - comme la proportionnalité ou la sécurité du droit - s'appliquent.

7.

7.1

7.1.1 Comme avancé par l'autorité inférieure, l'art. 62 al. 1 let. a LPP lui permet de procéder tout d'abord à un contrôle préventif des dispositions réglementaires d'une institution de prévoyance en vue de son

enregistrement au registre de la prévoyance professionnelle (art. 48 al. 1 LPP). La procédure précédant la création d'une institution de prévoyance est prévue aux articles 12 et 13 de l'Ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle des 10 et 22 juin 2011 (OPP 1 ; RS 831.435.1). Cet examen de conformité intervient avant l'inscription au registre du commerce d'une institution de prévoyance (ATF 142 V 239 consid. 3.3 et les réf. citées ; CHRISTINA RÜGGLI, in : Schneider/Geiser/Gächter (éd.), Commentaire Stämpfli LPP et LFLP, ad art. 62, pp. 956 s.).

7.1.2 Ce contrôle a été effectué lors de l'élaboration de la LCPEG par l'AFSIP qui a rendu un préavis positif le 5 septembre 2012 (TAF pce 18 PJ 6), notamment sur la question de la conformité de l'art. 39 LCPEG à l'art. 51 LPP. Un préavis final positif a été rendu le 21 mars 2014 à la CPEG (TAF pce 1 PJ 15bis) et ensuite celle-ci a été mise sous surveillance par décision du 4 décembre 2013 de l'AFSIP (PJ 9 à la réponse ; TAF pce 12).

7.2

7.2.1 En cas de contrôle juridique abstrait d'actes normatifs cantonaux constituant simultanément des règlements de prévoyance, le Tribunal fédéral a estimé qu'une autorité de surveillance ne pouvait pas se dérober à son obligation de contrôle des dispositions réglementaires d'une institution de prévoyance de droit public édictée par un canton en invoquant qu'elle lui est hiérarchiquement soumise (ATF 112 Ia 180 consid. 3c). Ainsi, a été développée une jurisprudence établissant que les autorités de surveillance sont également tenues de procéder à un contrôle abstrait de normes édictées par les autorités législatives ou exécutives compétentes dans le cas d'institution de prévoyance de droit public (ATF 135 I 28 consid. 3.2.1, 134 I 23 consid. 3.2, ATF 121 II 198 consid. 2a ; cf. également l'arrêt du TAF C-2378/2006 du 21 avril 2010, consid. 5.5). Bien que cette jurisprudence ait été rendue sous l'empire de l'ancien article 50 al. 2 LPP, elle reste applicable malgré les modifications légales intervenues (cf. l'arrêt du TAF A-2343/2015 du 15 juillet 2016 consid. 2.2.2.3 et 2.4).

7.2.2 La jurisprudence fédérale précise en outre que la compétence des autorités de surveillance des institutions de prévoyance est donnée selon les mesures qu'elle peut prendre pour éliminer les insuffisances constatées, considérant que seules peuvent être ordonnées des mesures ressortant de la LPP (ATF 134 I 23, consid. 3.4 ; SYLVIE PÉTREMAND, Prévoyance et surveillance : questions relatives aux règlements, in : Kahl-

Wolff/Schneider (éd.), nouveautés en matière de prévoyance professionnelle, 2007, p. 146). En d'autres termes, peuvent faire l'objet d'un contrôle juridique abstrait par l'autorité de surveillance en substance les dispositions réglementaires prises par les institutions de prévoyance dans les domaines énumérés à l'art. 50 al. 1 LPP (ATF 135 I 28 consid. 3.2, 134 I 23 consid. 3, 119 V 195 consid. 3c).

7.3

7.3.1 Par conséquent, l'autorité de surveillance des institutions de prévoyance est tenue de vérifier la conformité des dispositions réglementaires énumérées à l'art. 51 al. 1 LPP avec les prescriptions légales fédérales et constitutionnelles, comme le précise l'art. 62 al. 1 let. a LPP, même s'il s'agit de dispositions légales édictées par une autorité législative ou exécutive cantonale. Ce contrôle n'a pas lieu seulement d'office, mais également lorsqu'une personne intéressée forme un recours ou une plainte auprès d'elle (ATF 119 V 195 consid. 3b/aa *in fine* ; ULRICH MEYER /LAURENCE UTTINGER, in : Schneider/Geiser/Gächter (éd.), Commentaire Stämpfli LPP et LFLP, 2010, ad art. 74 n°8 p. 1218 et les références citées.

7.3.2 Au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral énoncée sous considérant 7.2, force est au Tribunal de constater que l'AFSIP ne pouvait refuser d'entrer matière sur la demande de contrôle juridique abstrait déposée par les recourants s'agissant de l'examen de l'article 39 LCPEG et de l'art. 21 LPCEG sans violer le droit fédéral ; les articles contestés ayant trait à la constitution et à l'organisation des organes suprêmes de la nouvelle caisse de pension, ils font indubitablement partie des dispositions réglementaires des institutions de prévoyance énoncées à l'art. 51 al. 1 LPP soumises à surveillance.

7.3.3 Partant, l'autorité inférieure aurait dû entrer en matière sur la plainte et la demande de mesure provisionnelle du 12 juin 2013 et se déclarer compétente dans le présent cas pour effectuer le contrôle juridique abstrait requis.

7.4

Il reste ensuite à examiner si les autres conditions de recevabilité devant l'autorité de surveillance étaient remplies en l'espèce.

7.4.1 Selon la jurisprudence, l'autorité de surveillance des institutions de prévoyance professionnelle peut être saisie par tout intéressé par la voie

du recours au sens des articles 61 ss LPP. Ce recours est une voie de droit formelle ouverte à toute personne présentant un intérêt juridique digne de protection (ATF 119 V 195 consid. 3b/aa, 112 la 180 consid. 3d ; ULRICH MEYER/LAURENCE UTTINGER, op cit., ad art. 74 n°11 ss pp. 1218 s.).

7.4.2 Les décisions de l'autorité de surveillance en matière de prévoyance professionnelle étant sujettes à recours auprès du Tribunal administratif fédéral à l'instar de l'art. 74 LPP, les personnes qui ont qualité pour former un tel recours au sens de l'art. 48 PA doivent également se voir reconnaître, sous les mêmes conditions, la qualité de partie auprès de l'autorité de surveillance. Le droit cantonal ne peut pas restreindre celle-ci (ISABELLE VETTER SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, 2009, ad art. 62 n°1 et 14). Ainsi, la notion de la qualité pour porter plainte à l'autorité de surveillance doit être examinée selon les critères de l'art. 48 PA applicable par analogie (cf. ATF 107 II 385 consid. 4).

7.4.3 Etant donné la reconnaissance de la qualité pour recourir des recourants 2 à 4 devant le Tribunal administratif fédéral (cf. *supra* consid. 2), un intérêt juridique digne de protection à requérir auprès de l'autorité de surveillance l'examen des articles 39 LCEPG et 21 RECPEG ne peut qu'être admis. Les autres conditions de recevabilité étaient également remplies au moment du dépôt de la plainte.

7.5

7.5.1 Les recourants ont - à raison - invoqué dans leurs différents actes que l'autorité de surveillance aurait dû se saisir de leur plainte et procéder à un contrôle abstrait des normes cantonales en cause. Préalablement, les recourants ont demandé l'annulation de la décision entreprise et de manière « plus subsidiaire », ils ont conclu au renvoi de la cause à l'AFSIP.

7.5.2 Leurs conclusions principales et subsidiaires étant irrecevables (cf. *supra* consid. 4.3), le Tribunal fait uniquement droit à la conclusion préalable (p. 2 du mémoire de recours) et aux conclusions « plus subsidiaires » (p. 4 du mémoire de recours).

7.5.3 Partant, la décision du 30 septembre 2013 de l'AFSIP est annulée et le recours partiellement admis. La cause est renvoyée à l'autorité de surveillance, afin qu'elle examine matériellement le bien-fondé des conclusions prises par les plaignants, ce dans la mesure où elles présentent encore un intérêt actuel, et qu'elle prenne une décision au fond.

8.

8.1

8.1.1 Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 1^{ère} phrase PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Une partie succombe lorsque les conclusions sont déboutées pour des raisons formelles ou matérielles (cf. MARCEL MAILLARD, in : Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2^e éd 2016, ad art. 63, n°14 p. 1314). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA).

8.1.2 Le Tribunal fixe les frais de procédure à 1'200 francs (cf. art. 63 al. 4 et al. 4^{bis} PA et art. 1ss FITAF. Du fait de l'irrecevabilité des conclusions principales et subsidiaires des recourants 2 à 4 et du défaut de qualité pour recourir du recourant 1 (cf. *supra* consid. 4.3), ceux-ci n'ont eu gain de cause que partiellement. Ainsi, au vu des articles 63 al. 1 PA et 6a FITAF, les frais de procédure sont mis par moitié à la charge des recourants 1 à 4 et par moitié à la charge de l'intimée, laquelle a pris des conclusions indépendantes (cf. la prise de position du 26 mai 2014 de la CPEG [TAF pce 18 p. 2]). La part des recourants est compensée avec l'avance de frais d'un montant de 1'200 francs versée le 16 décembre 2013 par les recourants (TAF pces 3 et 4). Le solde de 600 francs leur sera remboursé dès l'entrée en force du présent arrêt.

8.2

8.2.1 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Selon l'art. 64 al. 3 PA, lorsque la partie adverse déboutée a pris des conclusions indépendantes, les dépens alloués peuvent être mis à sa charge, dans la mesure de ses moyens.

8.2.2 Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la

défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF).

8.2.3 Au vu de l'issue de la cause les recourants 2 à 4 ont droit à des dépens réduits. En l'absence de production d'une note de frais, il convient, eu égard aux écritures déposées dans le cadre de la présente procédure de leur allouer, ex aequo et bono, une indemnité de 4'500 francs (y compris supplément de TVA selon art. 9 al. 1 let. c FITAF). Le Tribunal réduit cette somme à 3'000 francs, considérant que les recourants 2 à 4 n'ont obtenu gain de cause que partiellement (art. 7 al. 2 FITAF ; cf. *supra* consid. 7.5 et 8.1.1).

8.2.4 Les dépens ainsi fixés sont mis pour moitié à la charge de l'autorité inférieure et de l'intimée dès l'entrée en force du présent arrêt (art. 7 al. 5 FITAF renvoyant à l'art. 6a FITAF).

(Le dispositif de l'arrêt se trouve à la page suivante.)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours interjeté par le recourant 1 est irrecevable.

2.

Le recours interjeté par les recourants 2, 3 et 4 est partiellement admis en tant qu'il est recevable, et la décision du 30 septembre 2013 de l'autorité inférieure est annulée.

La cause est renvoyée à l'AFSIP Genève afin qu'elle entre en matière sur la plainte déposée par les recourants et rende une décision sur le fond du litige.

3.

Les frais de procédure, fixés à 1'200 francs, sont mis à la charge de l'intimée et à la charge des recourants 1 à 4, par moitié chacun.

La part due par les recourants est compensée avec l'avance de frais déjà versée. Le solde de 600 francs leur sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Il est alloué aux recourants 2 à 4 une indemnité de dépens d'un montant de 3'000 francs à charge de l'intimée et de l'autorité inférieure, par moitié chacune.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (Acte judiciaire)
- à l'intimée (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. __-__ ; Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales (Recommandé)
- à la Haute commission de surveillance à Berne (Recommandé)

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

La présidente du collège : La greffière :

Madeleine Hirsig-Vouilloz

Audrey Bieler

Indication des voies de droit :

Pour autant que les conditions des articles 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) soient remplies, 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. Le mémoire doit 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :