Tribunale federale
Tribunal federal

2A.576/2002/ZIR/elo
{T 0/2}

Arrêt du 4 novembre 2003
IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Wurzburger, Président,
Müller, Yersin, Merkli et Meylan, juge suppléant.
Greffier: M. Zimmermann.

Parties
Caisse de pension de l'UBS (préc. Fondation du personnel de l'Union de banques suisses), Bahnhofstrasse , recourante,
représentée par Me Kurt C. Schweizer, avocat, Schweizer Neuenschwander & Partner,
Rotfluhstrasse 91, 8702 Zollikon,

contre

X._____, intimé,
représenté par Me Catherine Jaccottet Tissot, avocate, place Pépinet 4, case postale 3309, 1002 Lausanne,
Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, route de Chavannes 35, 1007 Lausanne,
Office des communes et de la prévoyance professionnelle du canton de Zurich, 8090 Zürich.

Objet
Liquidation partielle,

recours de droit administratif contre le jugement de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, du 3 octobre 2002.

Faits:
A.
L'Union de Banque suisse (ci-après: l'UBS) avait créé deux institutions de prévoyance professionnelle pour son personnel. Les membres de la direction et de la direction générale étaient assurés auprès de la Fondation du personnel de l'UBS ("Personalstiftung der Schweizerischen Bankgesellschaft", en abrégé: PSTI, aussi désignée sous le terme "Direktions-Pensionskasse", en abrégé: DIPK; ci-après: la Fondation). Les employés et les cadres intermédiaires étaient assurés auprès de la Caisse de pension ("Pensionskasse der Schweizerischen Bankgesellschaft", en abrégé: PEKA; ci-après: la Caisse). La Fondation et la Caisse étaient assujetties au régime prévu par la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40), depuis le 1er janvier 1985.
B.
Le 8 décembre 1997, les conseils d'administration de l'UBS et de la Société de Banque suisse (ci-après: SBS) ont annoncé leur intention de procéder à la fusion de ces deux établissements bancaires en une entité nouvelle sous la raison sociale d'"United Bank of Switzerland" (ci-après: UBS). L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de l'UBS a approuvé cette proposition le 3 février 1998, celle de la SBS le 4 février 1998. La fusion a produit ses effets au 29 juin 1998. Elle a entraîné une importante restructuration des deux établissements, ainsi qu'une grande diminution de l'effectif des employés. Pour ceux d'entre eux qui ont été repris par la nouvelle entité, les rapports de travail ont commencé le 1er juillet 1999. Les droits et obligations de la Fondation et de la Caisse ont été repris, avec effet au 1er juillet 1999, par la nouvelle Caisse de pensions de

l'UBS (ci-après: la nouvelle Caisse), selon une décision rendue le 29 mai 2002 par l'Office pour les communes et la prévoyance professionnelle du canton de Zurich.

Le 9 novembre 1998, le conseil de la Fondation a décidé de procéder à la liquidation partielle de cette institution selon l'art. 23 al. 4 let. a et b de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 17 décembre 1993 (LFLP; RS 831.42). Une prestation complémentaire prélevée sur les fonds libres, au sens de l'art. 23 al. 1 LFLP, a été ajoutée à la prestation de libre passage des assurés qui avaient quitté la Fondation entre le 1er janvier 1998 et le 1er juillet 1999, sans être repris par la nouvelle Caisse. Le 12 mai 1999, le conseil de fondation a fixé ce montant à 37,1% de la prestation de libre passage pour les assurés ayant quitté la Fondation en 1998 et à 46% pour les assurés ayant quitté la Fondation entre le 1er janvier et le 30 juin 1999. Il a fixé à 60,5% la part des assurés actifs transférés de la Fondation à la nouvelle Caisse et à 30,2% celle des assurés transférés comme rentiers dans la nouvelle Caisse entre le 1er janvier et le 1er juillet 1998. Le capital de couverture des bénéficiaires des rentes transférées a été augmenté en conséquence.

Le 27 novembre 1999, l'Office pour la prévoyance professionnelle et la surveillance des fondations du canton de Zurich (ci-après: l'Autorité de surveillance) a considéré que les conditions d'une liquidation partielle au sens de l'art. 23 LFLP étaient remplies (ch. I du dispositif) et que la fortune libre avait été évaluée conformément aux règles applicables (ch. II). Elle a approuvé le plan de répartition fixé selon les décisions des 9 novembre 1998 et 12 mai 1999 (ch. III), notamment pour ce qui concerne la délimitation du cercle des bénéficiaires d'une part des fonds libres (ch. IV). Elle a indiqué que les ch. I à IV du dispositif de sa décision entraient en force à l'égard des assurés qui ne recourraient pas (ch. V).

Le 30 octobre 1999, l'Autorité de surveillance avait rendu une décision analogue pour ce qui concerne la Caisse (PEKA).

C.

X._____ a été engagé par l'UBS en 1968 et assuré auprès de la Fondation. Selon un accord passé avec l'UBS les 9 et 10 octobre 1997, il a quitté l'établissement avec effet au 31 décembre 1997. Il a touché une prestation de libre passage d'un montant de 1'305'120 fr., ainsi qu'une indemnité de départ d'un montant de 276'139 fr.

Le 21 décembre 1999, X._____ a recouru auprès de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (ci-après: la Commission de recours) contre la décision du 30 octobre 1999, dont il a demandé la réforme en ce sens qu'il soit admis à bénéficier du plan de répartition.

Le 3 octobre 2002, la Commission de recours a admis le recours au sens des considérants et annulé la décision du 27 novembre 1999 (contre laquelle il était en fait dirigé). Elle a renvoyé la cause à l'Autorité de surveillance, afin qu'elle demande à la nouvelle Caisse de lui présenter un nouveau plan de répartition. Elle a considéré, en bref, que la diminution de l'effectif de l'UBS était importante depuis le 31 décembre 1996 déjà, au point qu'il aurait fallu admettre qu'une restructuration était en cours bien avant l'annonce de fusion du 8 décembre 1997. Partant, le choix du 1er janvier 1998 comme date butoir était arbitraire.

D.

Agissant par la voie du recours de droit administratif, la Caisse de pension de l'UBS demande au Tribunal fédéral d'annuler la décision du 3 octobre 2002 et de confirmer celle du 27 novembre 1999. Elle invoque l'art. 23 LFLP.

La Commission de recours a renoncé à se déterminer. L'Autorité de surveillance conclut à l'admission du recours, X._____ et l'Office fédéral des assurances sociales à son rejet.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office et avec une pleine cognition la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 129 I 173 consid. 1 p. 174, 185 consid. 1 p. 188; 129 II 225 consid. 1 p. 227, et les arrêts cités).

1.1 La Commission de recours connaît des recours formés contre les décisions de l'autorité de surveillance relatives à la liquidation d'une institution de prévoyance et au plan de répartition des fonds libres (art. 74 al. 2 let. a LPP, mis en relation avec l'art. 23 al. 1 LFLP). Sa décision est attaquable par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral (art. 74 al. 4 LPP), empruntée en l'occurrence.
1.2 La recourante, à laquelle la Commission de recours a renvoyé l'affaire pour élaboration d'un nouveau plan de répartition, dispose d'un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit annulée (art. 103 let. a OJ; ATF 127 V 1 consid. 1b p. 3; 125 V 339 consid. 4a p. 342; 124 II 409 consid. 1e/bb p. 417/418, 499 consid. 3b p. 504, et les arrêts cités).
1.3 A teneur de l'art. 104 OJ, le recours de droit administratif peut être formé pour la violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Le Tribunal fédéral examine avec une cognition pleine le grief de violation du droit fédéral (ATF 123 II 295 consid. 3 p. 298, 385 consid. 3 p. 388). Le recours de droit administratif permet aussi de soulever le grief tiré de la violation des droits constitutionnels en relation avec l'application du droit fédéral (ATF 126 V 252 consid. 1a p. 254; 125 II 1 consid. 2a p. 5, 508 consid. 3a p. 509, et les arrêts cités).
1.4 La Commission de recours est une autorité judiciaire au sens de l'art. 105 al. 2 OJ (cf. ATF 128 III 454 consid. 1 p. 456). Partant, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris des règles essentielles de la procédure (art. 105 al. 2 OJ; ATF 128 III 454 consid. 1 p. 456/457). Dans ce cadre, des faits ou des moyens de preuve nouveaux ne peuvent être invoqués dans une mesure très restreinte; seuls sont admissibles dans ce cas les preuves que l'autorité inférieure aurait dû retenir d'office et dont le défaut d'administration constitue une violation des règles essentielles de la procédure (ATF 128 III 454 consid. 1 p. 457; 125 II 517 consid. 3a p. 221; 121 II 97 consid. 1c p. 99, et les arrêts cités).

Devant la Commission de recours, X._____ s'est plaint d'une inégalité de traitement entre les assurés, ainsi qu'entre les assurés et les retraités transférés à la nouvelle Caisse. En particulier, il a critiqué l'exclusion du plan de répartition des assurés qui, comme lui, avaient quitté la Fondation avant la date déterminante du 1er janvier 1998. Il s'est référé à ce propos à une pratique selon laquelle il aurait fallu y inclure tous les assurés partis dans un délai de trois à cinq ans avant la liquidation partielle. Dans sa réponse du 7 février 2000, la nouvelle Caisse a réitéré le point de vue que la liquidation partielle était étroitement liée à la fusion de l'UBS et de la SBS et indiqué les raisons pour lesquelles, en tenant compte de la réduction du personnel et des assurés intervenue en 1997, la date déterminante avait été fixée, correctement selon elle, au 1er janvier 1998. C'est sur cette ligne d'argumentation que les parties ont encore dupliqué. Or, pour trancher comme elle l'a fait, la Commission de recours a examiné les fluctuations de l'effectif du personnel de la banque et les mesures de restructuration prises en 1996, pour conclure que les conditions d'une liquidation partielle étaient réunies à cette époque déjà. La Commission de recours a ainsi modifié le thème des débats en cours de procédure et statué sur la base d'éléments (notamment des coupures de presse) dont les parties ne pouvaient supputer l'importance et à propos desquelles elles n'ont pas été invitées à se déterminer, en violation de leur droit d'être entendues (cf. ATF 115 Ia 94 consid. 1b p. 97; 114 Ia 97 consid. 2c p. 100; 112 Ia 198 consid. 2a p. 202, et les arrêts cités). Cela justifie qu'en dérogation à la règle, la recourante soit admise à produire, à l'appui des griefs qu'elle soulève pour contester la décision attaquée, des moyens de preuve nouveaux.
2.
La question principale que soulève le recours est celle de la date déterminante pour la liquidation partielle et la répartition des fonds libres. La recourante s'en tient au 1er janvier 1998, aussi retenu par l'Autorité de surveillance, date que la Commission de recours a jugée arbitraire.
2.1 A teneur de l'art. 23 al. 4 LFLP, il y a lieu de présumer que les conditions de la liquidation partielle sont réunies notamment lorsque l'effectif du personnel est considérablement réduit (let. a) ou que l'entreprise est restructurée (let. b).
2.2 La liquidation partielle doit se faire selon le principe que la fortune de l'institution suit le personnel; l'égalité de traitement doit être respectée (ATF 128 II 394 consid. 3.2 p. 397; 119 Ib 46 consid. 4a p. 53). Dans ces limites, les organes de l'institution disposent d'un large pouvoir d'appréciation et l'autorité de surveillance n'intervient qu'en cas d'excès ou d'abus de ce pouvoir, c'est-à-dire lorsque la décision est insoutenable, repose sur des critères étrangers aux faits de la cause ou ne tient pas compte d'éléments déterminants (ATF 128 II 394 consid. 3.3 p. 397/398). En principe, on inclut dans le cercle des bénéficiaires des fonds libres les personnes

qui ont quitté l'entreprise dans la période précédant la date déterminante pour la liquidation partielle, qui peut aller jusqu'à trois, voire cinq ans (ATF 128 II 394 consid. 6.4 p. 405; Jacques-André Schneider, Fonds libres et liquidations de caisses de pension, RSAS 2001 p. 451ss, 469/470). Toutefois l'égalité de traitement n'est en principe pas violée lorsque sont exclus de la répartition des fonds libres les employés qui ont quitté volontairement l'entreprise avant la liquidation partielle (ATF 128 II 394 consid. 5.6 p. 402/403; arrêt 2A.48/2003 du 26 juin
2003, consid. 2). Doit être réservé le cas où la dégradation continue de la situation de l'entreprise est la cause de départs volontaires, notamment lorsqu'un employé, redoutant la suppression de son poste de travail, anticipe le mouvement et change d'emploi avant la liquidation partielle (ATF 128 II 394 consid. 6.4 et 6.5 p. 405/406; 119 Ib 46 consid. 4d p. 54-56; arrêt 2A.76/1997 du 30 juin 1998, consid. 3c/bb; Schneider, op. cit., p. 470; Thomas Geiser, Art. 23 Freizügigkeitsgesetz als Rechtsgrundlage für Teilliquidationen, in: Hans Schmid (ed) Telliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, Berne, 2000, p. 1ss, 14-16; Rolf Widmer, Aufteilung der freien Stiftungsmittel, in: Hans Schmid (ed), op. cit., p. 51ss, 57).

En principe, une réduction de 10% de l'effectif de l'entreprise entraîne la liquidation partielle de l'institution de prévoyance. Ce critère doit cependant être appliqué avec prudence. Pour une entreprise comptant peu d'employés, il suffirait de quelques départs pour procéder à une liquidation partielle. Inversement, il serait excessif d'attendre qu'une société multinationale licencie des milliers de personnes avant d'envisager une liquidation partielle de l'institution de prévoyance (Schneider, op. cit., p. 456; Christina Ruggli-Wüest, Liquidation/ Teilliquidation der Vorsorgeeinrichtung, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer (ed) Neue Entwicklungen in der beruflichen Vorsorge, St Gall, 2000, p. 151ss, 160/161; Rolf Widmer, op. cit., p. 55/56; Hans Michaël Riemer, Fragen der Teilliquidation von Einrichtungen der beruflichen Vorsorge unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, RSAS 1999 p. 347ss, p. 352/353; Armin Strub, Zur Teilliquidation nach Art. 23 FZG, AJP/PJA 1994 p. 1519ss, 1527). Lorsqu'une entreprise réduit son personnel à plusieurs reprises successives ("vagues de licenciement"), celles-ci seront considérées globalement, comme les étapes d'une même restructuration, lorsqu'elles se
rapportent à la même cause économique. Dans ce cas, toutes les personnes licenciées aux différents stades de ce processus unique devraient bénéficier des fonds libres (cf. arrêts 2A.48/2003 précité, consid. 3.1 et 2A.76/1997 précité, consid. 3; Schneider, op. cit., p. 470/471; du même auteur, La loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle et son ordonnance, in: Journée 1994 du droit du travail et de la sécurité sociale p. 51ss, p. 69-72; Thomas Geiser, op. cit., p. 8-12; Rolf Widmer, op. cit., p. 58).
2.3 A fin 1995, l'UBS a enregistré un bénéfice de 1,6 milliards de francs. La somme inscrite au bilan a augmenté de 42,4 milliards de francs pour atteindre un montant total de 386,8 milliards de francs. La banque employait 29'071 personnes à travers le monde, soit 189 de plus que l'année précédente. En novembre 1996, elle a annoncé une restructuration, consistant à simplifier l'organisation territoriale. Pour remplacer les 31 centres régionaux disposant de leur propre structure de direction, 8 régions ont été créées. 30 petites agences ont été fermées. Il était prévu que ces mesures entraîneraient la suppression de 800 postes de travail (soit 3,7% de l'effectif total à ce moment-là), essentiellement dans les fonctions de soutien et d'état-major. En 1996, la banque a réalisé un bénéfice de 4,3 milliards de francs. Toutefois, la constitution de provisions liées aux risques sur crédit et au coût de la restructuration ont conduit à une perte de 348 millions de francs pour cet exercice, au terme duquel la banque employait 29'153 personnes, dont 21'471 en Suisse. Des résultats opérationnels bénéficiaires pour le premier semestre de 1997 ont été annoncés. Selon un rapport interne établi le 8 janvier 1998, les mesures de restructuration
menées en 1997 ont conduit à la suppression de leur poste pour 519 personnes (soit 114 départs et 405 mises à la retraite anticipée), correspondant à 2,2% de l'effectif total à ce moment-là.

C'est sur ces entrefaites qu'a été annoncée, le 8 décembre 1997, la fusion avec la SBS. Celle-ci devait causer la suppression de 13'000 postes de travail pour les deux établissements, dont 7000 en Suisse, soit 2500 départs naturels, 700 mises à la retraite ordinaire, 2000 mises à la retraite anticipées et 1800 licenciements. Un plan social a été prévu. En 1998, la banque a annoncé avoir réalisé en 1997 un bénéfice de 3,9 milliards de francs. Compte tenu des coûts de restructuration liés à la fusion, une perte de 129 millions de francs a été enregistrée pour cet exercice, au terme duquel la banque comptait au total 19'355 employés en Suisse, soit une réduction de l'effectif de 2116 personnes par rapport au précédent.

Ce tableau confirme la thèse défendue par la recourante, selon laquelle la restructuration menée en 1996 n'avait pas réduit l'effectif du personnel au point d'imposer une liquidation partielle de la Fondation et de la Caisse en 1997 déjà, mais que c'est la fusion avec la SBS qui a rendu cette mesure nécessaire.
2.4 Pour aboutir à la solution inverse, la Commission de recours s'est fondée en premier lieu sur l'évolution de l'effectif de la Fondation et de la Caisse. Le choix de ce critère prête le flanc à la critique, puisque l'art. 23 al. 4 let. a LFLP évoque expressément la réduction de l'effectif du personnel, et non de celui des assurés. En outre, même à supposer ce critère fondé, il n'aurait fallu tenir compte que de la situation de la Fondation, à laquelle l'intimé était affilié, et non de celle de la Caisse. Enfin, l'appréciation de la Commission de recours est de toute manière erronée.
2.5 Au 31 décembre 1996, la Fondation comptait 1452 assurés et 395 rentiers, au 31 décembre 1997, 1472 assurés et 444 rentiers, au 31 décembre 1998, 1411 assurés et 501 rentiers. Ces mouvements de faible ampleur, considérés pour eux-mêmes, ne justifiaient pas une liquidation partielle en 1997.

Il faut en outre tenir compte que, selon les rapports produits devant la Commission de recours, diverses fluctuations dans l'effectif des assurés et des rentiers de la Fondation se rapportent à des mesures isolées. En 1996, l'UBS s'est séparée de deux sociétés qui dépendaient d'elle, soit Culinarium AG et la Banque Aufina. Cela s'est traduit, pour la Fondation, par le départ d'un seul assuré de Culinarium AG, et de six assurés d'Aufina. En outre, en 1997, le personnel des institutions de prévoyance de l'UBS est sorti de la Fondation et de la Caisse; sa prévoyance a été reprise par la Rentenanstalt/Swiss Life. L'effet de ces diverses mesures dans la composition et la structure de la Fondation a cependant été marginal. Le véritable bouleversement ne s'est produit qu'à la suite de la fusion de décembre 1997.
2.6 Ainsi, contrairement à ce qu'a retenu dans la décision attaquée - dont la motivation sur ce point est au demeurant laconique -, on ne discerne aucun lien entre les diverses mesures de réorganisation annoncées par l'UBS en novembre 1996, d'une part, et la fusion avec la SBS, d'autre part, qui commanderait de considérer ces deux opérations comme un tout. Après que l'UBS eut rejeté, en avril 1996, l'offre de fusion du Crédit suisse, l'annonce du rapprochement avec la SBS a pris l'opinion de court. On a parlé à ce propos de totale surprise, y compris dans le cercle des spécialistes de la finance. Le public n'aurait certes pas réagi de la sorte si, comme l'affirme sans ambages la Commission de recours, l'UBS traversait à cette époque déjà une phase de réorganisation qui aurait justifié une liquidation partielle de la Fondation. Partant, on ne se trouvait pas dans un cas de restructuration - même en plusieurs phases - au sens de l'art. 23 al. 4 let. b LFLP (cf. arrêt 2A.48/2003 précité, consid. 3.2).
2.7 En conclusion, est insoutenable, partant arbitraire, l'appréciation de la Commission de recours, selon laquelle le choix du 1er janvier 1998 comme date déterminante pour la répartition des fonds libres de la Fondation serait arbitraire. En décidant comme elle l'a fait, la Commission de recours a violé l'art. 23 al. 4 LFLP et indûment empiété sur le pouvoir d'appréciation de l'Autorité de surveillance.
3.
De toute manière, même à supposer que le recours doive être rejeté sur ce point, cela ne serait d'aucun secours pour l'intimé X._____. En effet, celui-ci a quitté l'UBS en 1997 de son plein gré, pour des motifs sans rapport avec la réorganisation annoncée en 1996 et la fusion avec la SBS. L'accord des 9 et 10 octobre 1997 est suffisamment clair sur ce point pour qu'il apparaisse superflu d'en éclaircir l'arrière-plan. Cela exclut, sur le vu de la jurisprudence rappelée ci-dessus (consid. 2.2), toute prétention de X._____ à une part des fonds libres.
4.
Enfin, et même si cela est indifférent pour le sort de la cause, il convient de signaler à l'Autorité de surveillance que le procédé consistant à faire entrer en force la liquidation partielle avant l'épuisement des voies de recours (ch. V de la décision du 27 novembre 1999) n'est pas admissible du point de vue de la sécurité du droit. Il comporte en outre le risque de mettre l'autorité de recours devant le fait accompli.
5.
Le recours doit ainsi être admis, la décision attaquée annulée et celle de l'Autorité de surveillance confirmée. Les frais sont mis à la charge de X._____ (art. 156 OJ). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à la recourante, qui est une institution chargée de tâches de droit public au sens de l'art. 159 al. 2 OJ (ATF 128 V 124 consid. 5b p. 133; arrêt 2A.48/2003, précité, consid. 4).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est admis. La décision attaquée est annulée et celle rendue le 27 novembre 1999 par l'Autorité de surveillance confirmée.
2.
Un émolument de 5000 fr. est mis à la charge de l'intimé X._____. Il n'est pas alloué de dépens.

3.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux parties et à la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance profes- sionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, ainsi qu'à l'Office des communes et de la prévoyance professionnelle du canton de Zurich et à l'Office fédéral des assurances sociales.
Lausanne, le 4 novembre 2003
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: