Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour III
C-5329/2010

Arrêt du 14 mars 2012

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Beat Weber, Vito Valenti, Franziska Schneider,
Stefan Mesmer, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

A._____ SA,
recourante,

contre

Fondation LPP X._____,
intimée,

Office fédéral des assurances sociales OFAS,
Effingerstrasse 20, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Prévoyance professionnelle (décision du 2 juillet 2010).

Faits :

A.
L'entreprise A._____ & Cie SA (actuellement A._____ SA) à Z._____ a été affiliée dans le cadre de la prévoyance professionnelle depuis le 1er janvier 1994 auprès de la fondation LPP X._____, à Lausanne. Une reconduction de l'affiliation intervint au 1er janvier 2001. En date du 27 juin 2005, A._____ & Cie SA résilia partiellement son contrat relativement aux assurés actifs avec effet au 31 décembre 2005 qui furent transférés auprès de la Fondation Y._____ au 1er janvier 2006. L'effectif des rentiers resta toutefois assuré auprès de la fondation LPP X._____ (ci-après la Fondation).

Le règlement applicable à la liquidation partielle ou totale de caisses de prévoyance de la Fondation (ci-après le règlement de liquidation) fut approuvé par l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après l'OFAS) le 9 février 2006 et prévoit une entrée en vigueur rétroactive au 1er décembre 2005.

B.
Le 6 juillet 2006 A._____ & Cie SA reçut de la Fondation les documents utiles à la mise en œuvre de la procédure de liquidation partielle de la caisse de pensions (décision de liquidation partielle, plan de répartition et règlement de liquidation). Le 9 octobre 2007 la Commission de prévoyance du personnel de A._____ & Cie SA informa la Fondation qu'elle refusait la proposition de répartition des fonds libres et ne signa pas la décision de liquidation partielle en contestant notamment la validité rétroactive au 1er décembre 2005 du règlement approuvé le 9 février 2006.

Par correspondance du 18 décembre 2007 adressée à l'entreprise, la Fondation fit valoir que la résiliation partielle du contrat d'affiliation entraînait obligatoirement une liquidation partielle de sa caisse de prévoyance en conformité du règlement en vigueur adopté avec effet rétroactif au 1er décembre 2005 et qu'à défaut d'une décision de liquidation partielle adoptée par la Commission de prévoyance cette décision serait prise par son Conseil de fondation à l'occasion de sa prochaine séance, acte ouvrant, le cas échéant, une procédure d'opposition.

C.
A l'occasion de la séance du Conseil de fondation du 24 juin 2008, ledit conseil décida la liquidation totale [recte: partielle] de la caisse de

prévoyance de A._____ & Cie SA en application du règlement de liquidation avec effet au 31 décembre 2005, constata que les fonds libres s'élevaient à 439'362.30 francs et que la part attribuée aux personnes actives pouvait faire l'objet d'un transfert collectif en raison d'un passage collectif à une autre institution de prévoyance. Par un courrier à l'entreprise daté du 8 septembre 2008 la Fondation communiqua la décision prise et joignit le plan de répartition des fonds libres. La répartition fut effectuée entre les deux groupes d'assurés selon leurs avoirs de vieillesse et leurs réserves mathématiques, ce qui donna lieu à un droit aux fonds libres de 62.09% pour les assurés actifs et à un droit aux fonds libres de 37.91% pour les rentiers.

A._____ & Cie SA communiqua le 9 septembre 2009 à toutes les personnes intéressées par la liquidation partielle la décision de liquidation et les informations y relatives. En date du 2 octobre 2009 la société adressa à la Fondation 33 oppositions individuelles datées du 9 septembre 2009 au contenu identique contre le plan de répartition faisant valoir un désaccord du fait du non transfert intégral des fonds libres à la nouvelle institution de prévoyance Y._____. Par correspondance du 21 octobre 2009 la Fondation accusa réception desdites oppositions et précisa que le règlement n'autorisait pas un transfert intégral des fonds libres à la nouvelle institution de prévoyance Fondation Y._____. Elle indiqua que l'art. 12 du règlement prévoyait en effet que le groupe des rentiers avait droit à une part des fonds libres lorsque la part moyenne revenant à chacun d'eux, qui était en l'espèce de 23'792.15 francs, était supérieure à 6'000.- francs et que la répartition avait dès lors été effectuée en application du règlement. Elle indiqua que si les intéressés entendaient maintenir leurs oppositions, celles-ci devaient être adressées à l'OFAS.

D.

Par acte du 20 novembre 2009 MM. B._____ et C._____, directeurs de A._____ & Cie SA, adressèrent à l'OFAS, datées du 17 novembre 2009 et émanant des assurés actifs, une trentaine de demandes d'examen des conditions, de la procédure et du plan de répartition de la liquidation partielle de la caisse de prévoyance de l'entreprise. Par un envoi subséquent du 22 décembre suivant, complété des procurations des opposants, ils motivèrent les oppositions par le fait que les fonds libres étaient utilisés depuis de nombreuses années pour financer une partie des cotisations au 2ème pilier tant au niveau de la part risque que de la part épargne et que les rentiers avaient pu bénéficier de ce financement antérieurement. Ils indiquèrent qu'une attribution aux rentiers

provoquerait un gain supplémentaire pour ces derniers et prétéritait les collaborateurs actifs de la société puisque ces fonds auraient pu assurer une partie du financement du 2ème pilier durant plusieurs années. Ils firent en outre valoir le caractère inacceptable de l'effet rétroactif du règlement de liquidation.

E.
Par décision du 2 juillet 2010 l'OFAS confirma l'application rétroactive au 1er décembre 2005 du règlement de liquidation, énonça la conformité au règlement de liquidation des conditions, de la procédure et du plan de répartition de la liquidation partielle de la caisse de prévoyance de l'entreprise affiliée à la Fondation, approuva la décision de liquidation partielle et son plan de répartition, invita le conseil de fondation à mettre en œuvre l'application du plan et précisa qu'un éventuel recours contre la décision serait dépourvu d'effet suspensif. L'OFAS fit valoir qu'un règlement de liquidation partielle / totale devait être applicable à toute procédure de liquidation à compter du 1er janvier 2005 et devait par conséquent avoir un effet rétroactif à son adoption si un cas de liquidation devait survenir sans qu'un tel règlement ait été adopté durant la période transitoire pour ce faire de trois ans échue le 31 décembre 2007. Il releva que les conditions d'une liquidation partielle étaient manifestement remplies en l'espèce, que le Conseil de fondation avait eu la compétence d'en décider en lieu et place de la Commission du personnel de l'entreprise, que le règlement prévoyait en cas de liquidation une répartition des fonds libres entre les personnes actives et les rentiers et qu'en l'occurrence les calculs établis étaient corrects, précisant que la part moyenne revenant aux 7 rentiers de 23'792.15 francs était nettement supérieure au seuil de 6'000.- francs par rentier prévu par le règlement pour leur donner droit à une participation aux fonds libres. L'OFAS nota également que le groupe des actifs comprenait 5 invalides dont on pouvait se demander s'ils ne devaient pas plutôt être englobés dans le groupe des rentiers mais que cela était sans incidence sur la question de l'attribution d'une part des fonds libres aux rentiers car de toute manière même en les englobant la part moyenne qui leur reviendrait de 13'878.75 francs était supérieure au seuil de 6'000.- francs.

F.
Contre cette décision, A._____ SA interjeta recours auprès du Tribunal de céans par acte daté du 22 juillet 2010 (reçu par le TAF le 26 suivant), complété le 24 août suivant. La société conclut sous suite de frais et dépens à l'annulation de la décision attaquée, à l'inapplicabilité du règlement de liquidation du 1er décembre 2005, à la constatation que les

conditions, la procédure et le plan de répartition dans le cadre de la liquidation partielle en cause n'étaient pas conformes aux règlements et à la loi applicable, à ce qu'il soit dit que la décision de liquidation partielle et le plan de répartition n'étaient pas approuvés, à ce qu'il soit ordonné à la Fondation d'établir un nouveau plan de répartition prévoyant le transfert intégral des fonds libres à la Caisse de pensions Y._____. Elle fit notamment valoir le caractère inacceptable de l'application rétroactive du règlement de liquidation, le fait que les rentiers, ayant déjà bénéficié des fonds libres durant leur activité, étaient doublement avantagés au préjudice des actifs – constituant ainsi une inégalité de traitement et une violation du principe de la proportionnalité – et le fait que les fonds libres étaient conventionnellement affectés au financement à raison de 1% des cotisations paritaires pour les bonifications de vieillesse et d'un certain pourcentage pour le risque d'invalidité. A l'appui de son recours elle releva que le nouveau règlement de liquidation de la Fondation applicable à compter du 1er décembre 2008 énonçait que lors de la répartition des fonds libres la Commission de prévoyance du personnel avait la possibilité de renoncer à prendre en compte les rentiers pour autant que ces derniers n'aient pas contribué à la constitution de la fortune libre de façon prépondérante au cours des cinq dernières années.

G.

Par réponse au recours du 27 septembre 2010, l'OFAS en proposa le rejet. Il fit valoir que l'examen des règlements de liquidation partielle ou totale rentrait dans son domaine de compétence. Il confirma en outre le bien-fondé de l'application rétroactive du règlement de liquidation en cause et la répartition des fonds libres entre les actifs et les retraités. Il précisa qu'un règlement qui aurait réparti les fonds libres uniquement entre les actifs au détriment des rentiers qui ont contribué à la constitution de la fortune libre, ou l'inverse, serait contraire au principe de l'égalité de traitement. S'agissant du nouveau règlement de la Fondation en vigueur à compter du 1er décembre 2008, l'OFAS indiqua qu'il n'était pas applicable en l'espèce et que celui-ci prenait également en compte les rentiers dans le partage des fonds libres mais selon d'autres modalités.

Invitée également à se prononcer sur le recours, l'intimée ne répondit dans le délai imparti.

Par réplique du 16 novembre 2010 la recourante confirma le bien-fondé de l'utilisation des fonds libres aux fins exclusives de diminuer les contributions paritaires du 2ème pilier tant pour les travailleurs que pour l'employeur. Elle souligna qu'il s'agissait d'une ancienne pratique qui avait

pour but de favoriser les actifs, mais dont les retraités avaient pu aussi bénéficier pendant leur vie active.

La Fondation formula le 22 décembre 2010 une duplique concluant au rejet du recours. Elle confirma la compétence de l'OFAS tant s'agissant de l'aval du règlement de liquidation partielle / totale que s'agissant du contrôle de son application. Elle défendit le principe selon lequel les fonds libres devaient être distribués en application du règlement de liquidation en cause tant aux actifs qu'aux retraités. En l'occurrence lors d'une liquidation partielle / totale tous les actifs financiers qui ne servent pas aux obligations financières de l'institution – dont le compte "Fortune IPP" – doivent être partagés. Elle précisa que, même à défaut d'application du règlement de liquidation partielle en cause, un plan de répartition incluant les retraités aurait dû être adopté. Elle releva que c'était à tort que la recourante se référait au nouveau règlement de liquidation du fait que celui-ci n'était pas applicable au cas d'espèce.

L'autorité inférieure ne déposa pas de duplique dans le délai imparti.

Par décision incidente du 17 janvier 2011 le Tribunal de céans porta à la connaissance des parties les dernières écritures et requit de la recourante une avance sur les frais de procédure de 2'500.- francs, montant dont elle s'acquitta dans le délai imparti.

Droit :

1.

1.1. 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), ce Tribunal, 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 inférieure concernant les institutions de prévoyance professionnelle peuvent être contestées devant le Tribunal de céans conformément à l'art. 33 let. d 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).

1.2. Dans ses écritures la recourante conteste la légitimation de l'Autorité de surveillance de se prononcer à la fois sur l'aval d'un règlement de liquidation partielle / totale et sur une contestation quant à son application faisant valoir un conflit de "juge et partie". Le grief ne peut qu'être rejeté, la loi, que le Tribunal de céans se doit d'appliquer (art. 190 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]), prévoyant expressément par la même autorité de surveillance un contrôle abstrait initial d'aval (art. 53*b* al. 2 LPP) et, cas échéant, sur requête, un contrôle concret de l'application du règlement avalisé (art. 53*d* al. 6 LPP).

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 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 125 II 497, 123 II 376, 120 Ib 379, 116 Ib 321, 112 Ib 228; PIERRE MOOR / ETIENNE POLTIER, Droit administratif II, 3ème éd. Berne 2011, p. 727 ss; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 483 ss).

2.2. La recourante, en sa qualité de personne morale employeur (société anonyme) et représentante des salariés concernés dans le cadre de la résiliation du contrat sui generis d'affiliation, passé en vertu de l'art. 11 LPP, a une obligation légale - en tant qu'employeur - de défendre les intérêts des salariés dont leurs expectatives sur des fonds libres de l'institution de prévoyance qu'ils quittent (cf. ISABELLE VETTER-SCHREIBER, BVG Berufliche Vorsorge, art. 74 BVG n° 11, Zurich 2009). La recourante remplit ainsi les conditions prévues à l'art. 48 PA et a la qualité pour agir (cf. ég. le jugement de l'ancienne Commission de recours en matière de prévoyance professionnelle CRLPP 1193/05 du 2 octobre 2006 consid. 2c; ATF 110 II 441). S'agissant de la forme d'organisation que revêt l'intimée, il convient de préciser qu'il s'agit d'une institution de prévoyance dite collective à affiliation ouverte comptant pour chaque employeur une caisse de prévoyance sans personnalité juridique, une organisation interne propre, des organes, un règlement séparé et des comptes propres (cf. JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER in: Schneider et Alii, LPP et LFLP, Berne 2010, Intro n° 211).

2.3. Déposé 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 donc recevable.

3.

3.1. L'objet du litige porte sur le bien-fondé de la décision du 2 juillet 2010 de l'OFAS énonçant valide le "Règlement applicable à la liquidation partielle ou totale de caisses de prévoyance" de l'intimée du 1er décembre 2005, approuvant comme conforme au règlement les conditions, la procédure et le plan de répartition dans le cadre de la liquidation partielle de la caisse de prévoyance de l'entreprise A._____ & Cie SA affiliée auprès de l'intimée, approuvant la décision de liquidation partielle de la caisse de prévoyance de l'entreprise A._____ & Cie SA prise par le Conseil de fondation en date du 24 juin 2008 et le plan de répartition annexé chargeant le Conseil de fondation de mettre en œuvre ledit plan.

Le recours reçu le 26 juillet 2010 conclut principalement, d'une part, à l'annulation de la décision du 2 juillet 2010, au motif que le règlement de liquidation partielle approuvé le 9 février 2006 par l'OFAS ne saurait s'appliquer rétroactivement au 1er décembre 2005 à la liquidation partielle litigieuse intervenant au 31 décembre 2005, du fait qu'il lésait les intérêts des destinataires actifs, et, d'autre part, à ce que la Fondation adopte un nouveau règlement de liquidation partielle prévoyant le transfert de l'entier des fonds libres à la nouvelle institution de prévoyance des salariés actifs de l'entreprise.

3.2. En d'autres termes, dans la présente cause, le principe d'une liquidation partielle de la caisse de prévoyance A._____ & Cie SA, segment de l'institution collective de prévoyance, n'est pas contesté. Sont par contre litigieuses, d'une part, la question de l'applicabilité rétroactive du règlement de liquidation partielle / totale du 1er décembre 2005 et, d'autre part, la répartition des fonds libres de la caisse de prévoyance entre les actifs et les retraités prévue par ce règlement, qui constituerait, selon la recourante, vu l'affectation de ses fonds libres depuis plusieurs années à des fins de financement partielle des cotisations paritaires de prévoyance, une violation des droits acquis et des principes d'égalité de traitement et de proportionnalité.

4.

4.1. En principe, les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits. La date de la liquidation partielle, déterminante en l'espèce, est le 31 décembre 2005, date à laquelle le contrat d'affiliation a été résilié (ATF 136 V 24 consid. 4.3, voir aussi arrêt du Tribunal fédéral 9C_319/2010 consid. 3.2 du 31 mars 2011). S'agissant de l'application du nouveau règlement entré en vigueur le 1er décembre 2008, il est renvoyé ci-dessous au consid. 8.3.

4.2. Depuis le 1er janvier 2005 la liquidation partielle et totale d'une institution de prévoyance est régie par les art. 53*b* ss LPP. Aux termes de l'art. 53*b* 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. 53*b* ss LPP, la loi énonce 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. 53*d* 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). Relativement au règlement de liquidation partielle, 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 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 CONFÉRENCE DES AUTORITÉS CANTONALES DE SURVEILLANCE LPP ET DES FONDATIONS, Liquidation partielle d'institutions de prévoyance accordant des prestations réglementaires, Lucerne 2004). Le Conseil fédéral s'est exprimé dans le même sens dans son Message accompagnant la première révision de la LPP (FF 2000 2554). Le Tribunal de céans a confirmé ces modalités (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-516/2010 du 6 avril 2011 consid. 3).

4.3. L'art. 53*d* LPP relatif à la procédure de liquidation partielle et totale applicable à compter du 1er janvier 2005 fait référence à l'existence

obligatoire d'un règlement de liquidation, base de l'examen de conformité prévu par l'al. 6. de cette disposition. Les dispositions transitoires de la modification du 3 octobre 2003 (1ère révision de la LPP) ne prévoient aucun régime transitoire. 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 1er janvier 2005, les institutions de prévoyance ont disposé d'un délai de trois ans pour adapter leur règlement concernant les liquidations partielle et totale. Si une institution de prévoyance avait été 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. Un règlement est donc nécessaire et applicable aux cas de liquidation intervenus après le 1er janvier 2005. L'OFAS s'est exprimé en ce sens dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 100 (p. 3 ch. 591) et a précisé qu'après l'approbation du règlement de liquidation partielle 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 1er janvier 2005 et le moment où le règlement est approuvé), que pour toutes les liquidations partielles futures. En effet, dès le 1er 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 [Ed.], Nouveautés en matière de prévoyance professionnelle, Berne 2007, p. 147).

5.

5.1. Dans le cas présent, le règlement de liquidation du 1er décembre 2005 a été avalisé par l'autorité de surveillance le 9 février 2006. Cette décision, qui a un effet constitutif (FF 2000 2555), est entrée en force et n'a pas à être réexaminée par le Tribunal de céans. La décision litigieuse du 2 juillet 2010 relève d'un cas d'application du règlement approuvé le 9 février 2006. En l'espèce, il ne s'agit donc pas de procéder à un examen in abstracto d'une norme par rapport au droit supérieur (cf. ATF 135 I 233 consid. 3.2) mais d'examiner dans un cas concret la validité du règlement et de la décision du 2 juillet 2010. Cet examen concret doit se faire par rapport au règlement même mais aussi par rapport au droit supérieur

(arrêt du Tribunal fédéral 9C_434/2009 du 6 septembre 2010 consid. 5 non publié à l'ATF 136 V 322).

5.2. La recourante conteste que le règlement, approuvé par l'OFAS le 9 février 2006, puisse s'appliquer au cas de liquidation partielle intervenu le 31 décembre 2005. Elle fait en particulier valoir que le règlement ne peut pas avoir un effet rétroactif au 1er décembre 2005 comme le prévoit explicitement son chiffre 22.

Le Tribunal administratif fédéral s'est déjà prononcé deux fois sur l'application de la lettre d des dispositions finales de la modification du 18 août 2004 de l'OPP 2, en particulier dans ses arrêts C-516/2010 du 6 avril 2011 consid. 5.2 et C-4814/2007 du 3 avril 2009 consid. 6. La question de l'admissibilité de l'effet rétroactif est examinée ci-après selon les principes développés par la jurisprudence en référence à la Constitution (cf. ATF 136 I 65 consid. 4.3 et 135 I 233 consid. 15).

5.2.1. Il y a rétroactivité de la loi quand celle-ci attache des conséquences juridiques nouvelles à des faits qui se sont produits et achevés entièrement avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. En règle générale, la rétroactivité proprement dite est exclue parce qu'elle porte atteinte aux principes de la sécurité et de la prévisibilité du droit qui découlent des art. 5 al. 1, 8 et 9 Cst. (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_797/2009 du 20 juillet 2010 consid. 4.1 avec les références, THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, chiffre 420). Cette règle s'applique tant aux lois formelles qu'aux règlements (arrêts du Tribunal fédéral 2A.228/2005 du 23 novembre 2005 consid. 2.3 et B 72/05 du 24 octobre 2006 consid. 4.2).

La jurisprudence admet cependant qu'une norme puisse avoir un effet rétroactif à des conditions strictes. Ainsi, il est possible de déroger au principe de la non-rétroactivité aux conditions cumulatives suivantes: la rétroactivité doit être expressément prévue par la loi ou ressortir clairement de son esprit, elle doit être raisonnablement limitée dans le temps, ne pas conduire à des inégalités choquantes, se justifier par des motifs pertinents et, enfin, respecter les droits acquis (cf. ATF 125 I 182 consid. 2b/cc, 119 Ia 254 consid. 3b; ATAF 2007/25 consid. 3.1).

5.2.2. En l'espèce, il est vrai qu'au vu de l'effet constitutif rattaché à la décision du 9 février 2006, en principe, le règlement ne pourrait entrer en vigueur avant cette date. Les conditions pour admettre un effet rétroactif sont toutefois réalisées.

La rétroactivité est prévue explicitement par le règlement à son chiffre 22 et découle de l'esprit de la loi, notamment des art. 53*b* et *d* LPP. Conformément à ces dispositions, toutes les institutions de prévoyance doivent se doter d'un règlement de liquidation partielle et une liquidation partielle ne peut plus se faire sans disposer au préalable d'un règlement approuvé par l'autorité de surveillance (voir ci-dessus consid. 4.3).

L'effet rétroactif a une portée limitée dans le temps. En l'espèce, l'effet rétroactif se limite à une période très brève, la décision d'approbation étant intervenue déjà le 9 février 2006.

La nécessité d'un règlement – même pour la période transitoire du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2007 – résulte du fait qu'il garantit l'affectation de la fortune de la fondation au but statutaire compte tenu de l'étendue du cercle des bénéficiaires, à savoir les travailleurs et retraités. L'obligation de se doter d'un règlement permet de garantir une certaine égalité de traitement lors des procédures de liquidation partielle: l'autorité de surveillance est en effet tenue, lors de l'approbation, de vérifier si les conditions de validité du règlement sont remplies (contrôle abstrait, voir ci-dessus consid. 5.1).

Cette solution ne lèse pas de droits acquis, à supposer que des expectatives de prestations puissent être dans le cas d'espèce assimilées à des droits acquis (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_78/2007 du 15 janvier 2008 consid. 5.2). D'une part, il n'y a aucun indice d'une éventuelle violation des droits acquis. En outre, la recourante même n'apporte pas la preuve ni n'indique quels droits acquis auraient pu être concrètement violés en l'espèce. Pour un examen matériel des griefs de la recourante concernant les critères de répartitions du plan de liquidation, on renvoie au consid. 8.2.2 ci-après.

Par ailleurs, il convient de rappeler que, de manière générale, les assurés ont la possibilité de soulever leurs griefs concernant la répartition des fonds libres déjà lors de la phase de l'adoption du règlement puis dans le cadre de son application devant l'autorité de surveillance et de porter le litige devant une autorité de recours.

5.3. Vu ce qui précède, le grief de la recourante concernant l'effet rétroactif du règlement doit être rejeté. La mise en vigueur avec effet au 1er décembre 2005 est conforme aux principes exposés ci-dessus. Il reste donc a examiner, dans le cadre d'un contrôle concret, la validité de la

décision du 2 juillet 2010 par rapport au règlement de liquidation partielle et par rapport au droit fédéral en matière de prévoyance professionnelle.

6.

6.1. La résiliation d'un contrat d'affiliation à une institution de prévoyance, cas prévu par la lettre c de l'art. 53*b* al. 1 LPP, entraîne 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, mais également des conséquences au sein de la caisse de prévoyance de l'entreprise dont le contrat d'affiliation a été résilié s'agissant des salariés changeant effectivement d'institution de prévoyance et des rentiers de la caisse de prévoyance de l'institution de prévoyance qui sont ou non transférés dans la nouvelle institution. Tant pour les uns que pour les autres s'applique le principe établi selon lequel la fortune de prévoyance suit le personnel, respectivement les bénéficiaires (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, Eléments 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, 2ème éd. Berne 2006, § 2 n° 115; UELI KIESER in: Schneider et Alii, LPP et LFLP, Berne 2010, art. 53b LPP n° 6).

6.2. L'art. 53*e* LPP réglemente la résiliation des contrats d'affiliation. L'al. 1 énonce le principe d'un droit à la réserve mathématique. L'al. 2 précise que ce droit est augmenté d'une participation proportionnelle aux excédents sous réserve de la déduction des coûts de rachat. L'al. 4 énonce que si l'employeur résilie le contrat d'affiliation avec une institution de prévoyance, le maintien des rentiers dans l'actuelle institution de prévoyance ou leur transfert à la nouvelle institution est réglé par accord entre l'ancienne institution de prévoyance et la nouvelle, dans la mesure où ledit contrat d'adhésion ne prévoit pas de règle particulière. En l'absence de règle, ou si aucun accord n'est conclu, les rentiers restent affiliés à la première institution. La réserve mathématique de l'al. 1 relative aux rentiers reste acquise à l'institution de prévoyance les maintenant en son sein. Selon l'al. 6, si les rentiers restent affiliés à l'ancienne institution, le contrat d'affiliation concernant les rentiers est maintenu. Il s'ensuit que lors d'une liquidation partielle de la caisse de prévoyance il est nécessaire de distinguer les assurés sortant des restant et qu'il faut calculer les réserves mathématiques de chacune des deux

masses, l'une devant être transférée à la nouvelle institution de prévoyance et l'autre restant dans l'ancienne (UELI KIESER in: Schneider et Alii, op. cit., art. 53*e* LPP n° 19).

6.3. 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. 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) le précise comme suit: en cas de liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. L'art. 23 al. 1 LFLP est donc applicable à une liquidation partielle par suite de la résiliation d'un contrat d'affiliation pour déterminer les montants des fonds libres attribués aux assurés actifs et aux retraités (cf. UELI KIESER in: Schneider et Alii, op. cit., art. 23 LFLP n° 12). L'art. 27*g* OPP 2 ne fait d'ailleurs pas de distinction. Il énonce clairement l'existence d'un droit individuel à une part des fonds libres en cas de sortie individuelle lors d'une liquidation partielle ou totale et précise que ce droit peut être individuel ou collectif en cas de sortie collective.

7.

7.1. Selon le chiffre 1 lettre c du règlement de liquidation, il y a liquidation partielle d'une caisse de prévoyance de la Fondation lorsque le contrat d'adhésion est partiellement résilié (voir aussi art. 53*b* al. 1 let. c LPP). C'est le cas lorsque les personnes assurées actives doivent quitter la caisse de prévoyance alors que les bénéficiaires de rentes de vieillesse et de survivants y demeurent. La recourante ayant résilié le contrat d'assurance avec effet au 31 décembre 2005, la caisse de prévoyance de l'entreprise se trouve selon son règlement de liquidation dans une situation de liquidation partielle.

7.2.

7.2.1. Les chiffres 14 et 15 du règlement de liquidation totale ou partielle énoncent les modalités de la décision de liquidation et l'information devant s'ensuivre aux assurés et rentiers avec pour eux la possibilité de s'opposer à la dite décision auprès de l'autorité de surveillance au motif d'une violation du règlement applicable. Le Tribunal de céans relève des actes au dossier (cf. en particulier le courrier du 9 septembre 2009) que les salariés et retraités ont dûment été informés du cas de liquidation partielle de la caisse de prévoyance de l'entreprise et que ceux-ci ont pu

à satisfaction faire valoir leurs droits, ils n'ont d'ailleurs pas soulevé de griefs précis quant à la procédure suivie.

7.2.2. Les chiffres 10 à 12 du règlement de liquidation partielle ou totale traitent de la date d'effet de la liquidation partielle ou totale (chiffre 10), du calcul du montant des fonds libres / du découvert (déficit de couverture) (chiffre 11) et de la répartition et versement des fonds libres (chiffre 12). Selon le chiffre 12 al. 1 § 2 du règlement, en substance, la répartition des fonds libres entre le groupe des personnes actives assurées, y compris d'éventuels rentiers quittant la caisse de prévoyance, et le groupe des rentiers y restant est fonction du rapport existant entre la somme des avoirs de vieillesse des personnes assurées actives quittant la caisse de prévoyance, y compris les réserves mathématiques des éventuels rentiers, et la somme des réserves mathématiques des rentiers restant dans la caisse de prévoyance (tous les montants à la date d'effet de la liquidation partielle). Le groupe des rentiers n'est pas pris en considération lorsque la part moyenne revenant à chacun d'eux est inférieure à 6'000.- francs. L'al. 3 précise que "les fonds libres revenant aux rentiers sont attribués à ces derniers proportionnellement à leurs réserves mathématiques et servent à augmenter leurs rentes".

7.3. La date d'effet de la liquidation partielle a été établie au 31 décembre 2005 et n'est pas contestée. Le montant des fonds libres à cette date, calculé en référence au chiffre 7 du règlement, a été établi à 439'362.30 francs et n'est pas non plus contesté. Ce montant est libre en ce sens qu'il n'est lié à aucune affectation spéciale, tous les montants définis en relation avec la couverture de prévoyance ayant été établis compte tenu des réserves nécessaires (réserves de fluctuation de cours, réserves pour risques accrus, etc.) tant pour les salariés que pour les retraités.

Le mode de répartition des fonds libres est contesté par la recourante dans la mesure où elle demande le transfert intégral de ces fonds à la nouvelle institution de prévoyance en faveur des assurés actifs, faisant valoir que les retraités en ont déjà bénéficié, que les fonds en questions, conformément à leur utilisation établie de longue date, doivent financer en partie dans le futur les cotisations paritaires des salariés restant et que leur répartition entre les salariés et les retraités serait constitutive d'une violation de la proportionnalité et des droits acquis.

8.

8.1.

8.1.1. L'art. 12 du règlement, comme relevé par l'autorité inférieure dans sa réponse au recours, permet de respecter le principe de l'égalité de traitement entre les différentes catégories d'assurés (actifs et retraités) et est aussi conforme au principe de la proportionnalité (voir ci-dessus consid. 6.1). Cette disposition énonce les modalités d'une répartition des fonds libres en proportion des avoirs de vieillesse ou de la réserve mathématique de chaque assuré actif respectivement retraité pour chacun des groupes et exclut une répartition actifs / retraités si la part moyenne revenant à chacun des retraités n'atteint pas 6'000 francs. Les critères de répartition sont objectifs et ne privilégient pas un groupe de bénéficiaires en application de critères subjectifs ou constitutifs d'une orientation particulières de la répartition si ce n'est l'exclusion d'une partie des bénéficiaires théoriques des fonds libres fondée sur le critère du montant seuil de 6'000 francs qui de toute façon en l'espèce est largement dépassé et non contesté en tant que tel. L'examen de ce seuil dans le cas présent ne rentre de toute façon pas dans l'objet du litige de la présente cause et n'a pas à être examiné par le Tribunal de céans.

8.1.2. Les critères de répartition retenus en l'espèce sont sous l'angle de la proportionnalité usuels et peuvent être considérés en l'espèce comme conformes aux critères généralement admis en matière de répartitions de fonds libres dans la mesure où ils visent l'égalité de traitement des bénéficiaires théoriques des fonds moyennant la prise en compte de critères objectifs (tels que les années d'assurance, l'avoir de vieillesse des assurés ou la réserve mathématique liées aux prestations futures des rentiers). D'importants montants d'avoirs de vieillesse d'assurés actifs, respectivement d'importantes réserves mathématiques de retraités, sont généralement liés à de nombreuses années d'affiliation justifiant une attribution importante de fonds libres. Ce n'est que si des avoirs de vieillesse importants se trouvaient dans la caisse de prévoyance pour un assuré en raison d'un motif particulier, tel un transfert dans la caisse de prévoyance peu avant sa liquidation, que le critère de l'avoir de vieillesse, cas échéant de la réserve mathématique d'un rentier ayant intégré la caisse de prévoyance peu avant sa mise en retraite, serait inopportun. Or en l'espèce ce grief n'a pas été soulevé.

8.2.

8.2.1. A l'appui de son recours, l'entreprise fait également valoir qu'en accordant aux retraités un droit aux fonds libres dans le cadre de la liquidation partielle de la caisse de prévoyance, ceux-ci seraient doublement bénéficiaires car ils auraient déjà bénéficié antérieurement des fonds libres par une ponction sur ceux-ci annuellement de 1% des cotisations paritaires et que le montant qui leur serait accordé collectivement diminuerait d'autant celui attribué aux assurés actifs. Elle relève que la ponction de 1% était réglementée par un procès-verbal de la Commission de prévoyance du personnel du 15 décembre 2003 et que le contrat d'adhésion entre A._____ & Cie SA et l'intimée du 18 août 2000 prévoyait expressément le principe d'un prélèvement annuel sur le compte "Fortune IPP" pour financer l'amélioration des prestations assurées ainsi que la diminution des cotisations paritaires. En soulevant ce grief la recourante invoque à la foi la violation des droits acquis et la violation du principe de proportionnalité.

8.2.2. L'utilisation des fonds libres *avant* la liquidation ici querellée sort de l'objet du présent litige et n'a pas à être examinée par le Tribunal de céans (cf. consid. 3 ci-dessus). Dans le cadre de l'examen du règlement de liquidation, il faut néanmoins vérifier si l'utilisation des fonds libres pour financer les cotisations paritaires ne devait pas être prise en compte dans l'élaboration des critères de répartition comme le requiert la recourante.

Il sied de préciser que selon l'art. 331 al. 3 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220) l'employeur doit payer ses cotisations par des moyens propres, respectivement à l'aide de réserves de cotisations de l'employeur qui ont préalablement été constituées par celui-ci dans l'institution de prévoyance et affectées séparément. Depuis le 1er janvier 1985, date de l'entrée en vigueur de la LPP et dudit art. 331 al. 3 CO, les fonds libres de l'institution de prévoyance ne peuvent ainsi pas être utilisés pour le paiement des cotisations de l'employeur alors que jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPP cette possibilité n'était pas exclue par l'ancien art. 331 al. 3 CO (JÜRG BRECHBÜHL in: Schneider et Alii, op. cit., art. 66 LPP n° 22). Compte tenu de l'art. 331 al. 3 CO, la pratique évoquée par la recourante, consistant à financer les cotisations paritaires par un prélèvement de 1% des fonds libres, était illégale. Elle ne doit donc pas être prise en considération dans le cadre du règlement de liquidation et ne saurait constituer un droit acquis en faveur des salariés qui aurait été violé par le règlement de liquidation.

On relèvera au surplus que ni le règlement de liquidation partielle en vigueur au 1er décembre 2005, ni une convention de la Commission de prévoyance signée des représentants de l'employeur et des salariés établie en complément du règlement précité ne prévoient explicitement ce prélèvement de 1%. Faute de disposition légale et règlementaire explicite, il n'y avait donc aucune raison de prendre en considération, lors de l'élaboration des critères de répartition contenus dans le règlement de liquidation, d'une manière ou d'une autre (par exemple pour le financement des cotisations dues par les assurés), la ponction de 1% des fonds libres. Il s'ensuit que, à ce titre également, le grief de la recourante ne saurait être retenu.

8.3. La recourante fait en outre valoir que le nouveau règlement de liquidation partielle ou totale applicable aux caisses de prévoyance de la Fondation à compter du 1er décembre 2008 prévoit une réglementation différente de l'attribution des fonds libres et que les rentiers peuvent en être exclus. À son avis cette nouvelle réglementation démontrerait le bien-fondé d'un transfert de l'entier des fonds libres à la nouvelle institution de prévoyance des assurés actifs. Ce règlement est postérieur à la liquidation partielle qui est objet de la présente procédure et ne peut pas être appliqué en l'espèce comme l'a souligné l'autorité inférieure dans sa réponse du 27 septembre 2010 (voir ci-dessus consid. 4.1).

9.
Vu ce qui précède, les griefs soulevés par la recourante se révèlent infondés et le recours doit être rejeté.

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, soit en l'espèce la recourante. Ils sont fixés à 2'500.- francs et sont compensés par l'avance effectuée de 2'500.- francs requise par le Tribunal de céans.

10.2. Vu l'issue de la cause, il n'y pas lieu d'allouer de dépens à la recourante. L'autorité inférieure n'a pas non plus droit à une indemnité de dépens en sa qualité d'autorité (art. 7 al. 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]), ni l'intimée (ATF 126 V 149 consid. 4 et arrêt du Tribunal de céans C-3914/2007 du 23 avril 2009 consid. 6.2).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1
Le recours est rejeté.

2
Les frais de procédure, d'un montant de 2'500.- francs, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés par l'avance de frais déjà versée.

3
Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (Acte judiciaire)
– à l'intimée (Acte judiciaire)
– à l'autorité inférieure (Acte judiciaire, n° de réf. _)
– à la Commission de haute surveillance en matière de prévoyance professionnelle (Acte judiciaire)

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 fédérale 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :