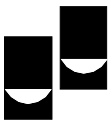
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour III
C-2434/2006

{T 0/2}

Arrêt du 23 novembre 2007

Composition

Francesco Parrino (président du collège), Michael Peterli, Franziska Schneider, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

FONDATION DE PREVOYANCE F._____,
représentée par Me Jean-Michel Duc, avocat, avenue de la Gare 1, case postale 489, 1001 Lausanne,
recourante,

contre

Autorité de surveillance des fondations du canton de Vaud, rue du Valentin 10, 1014 Lausanne Adm. cant. VD,
intimée,

Objet

décision du 10 juillet 2006 en matière de liquidation partielle.

Faits :

A.
La Fondation de prévoyance F._____ (ci-après : la Fondation ou le Fonds de prévoyance) est une institution de prévoyance inscrite au registre cantonal de la prévoyance professionnelle sous le numéro d'ordre VD-000 dont le but est, selon l'art. 2 al. 1 des statuts, "la prévoyance professionnelle, dans le cadre de la LPP et de ses dispositions d'application, en faveur des salariés de la société fondatrice, respectivement de l'employeur, et en faveur des salariés des entreprises étroitement liées économiquement ou financièrement, ainsi qu'en faveur de leurs survivants, contre les conséquences économiques de la vieillesse, du décès et de l'invalidité. Elle peut étendre la prévoyance au-delà des prestations minimales de la LPP (et verser des allocations dans le besoin, comme en cas de maladie, d'accident ou de chômage)" (pce 1 Chargé recourante [Cr]). Constituée en fondation selon les art. 80 ss du Code civil suisse (CC; RS 210) et ayant son siège sur le territoire du canton de Vaud, elle est soumise à la surveillance du Département de l'intérieur, respectivement de l'Autorité de surveillance des fondations du canton de Vaud (ci-après : l Autorité de surveillance).

Offrant, comme l'énonce l'art. 2 de ses statuts, des prestations supérieures au minimum légal prévu par la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP; RS 831.40), il s agit d une caisse de pension dite "enveloppante".

B.
Jusqu'à fin 2000, le Groupe F._____ comprenait les sociétés F._____ SA, à T._____, S._____ SA, dont le siège est à V._____, et D._____ SA, dont le siège est à Y._____. Les deux premières sociétés étaient actives dans les transports nationaux et internationaux, le levage, la manutention et la voirie alors que la troisième était quasi sans activité (pces Cr 2 et TAF 8 p. 5). En 2000-2001 le groupe mit en place une stratégie de développement dans le transport national par des acquisitions de sociétés actives dans le groupage de l'envoi de marchandises. Ces acquisitions n'ont pas été bénéficiaires et ont été sources de conflits et litiges. Au 31 décembre 2001, les sociétés F._____ SA et D._____ SA présentaient des pertes importantes au bilan (pces R 23 s. dossier CRLPP 1062/03). Au printemps 2002, la situation des sociétés d'ex-

ploitation du groupe s'est encore détériorée, au point de rendre indispensable des mesures d'assainissement. Vu la situation financière et commerciale de ces sociétés, il a été décidé de procéder au démantèlement du groupe, soit à une cession par étapes de ses activités. Ces mesures de restructuration qui procédaient d'une même décision de principe, se sont effectuées en plusieurs étapes. Le 1er octobre 2002, la société D._____ SA a changé sa raison sociale en FS._____ SA. Le 1er janvier 2003, une nouvelle société a été créée, à savoir FN._____ SA. FN._____ SA a repris 236 collaborateurs de F._____ SA. FS._____ SA a repris 73 employés de F._____ SA, ainsi que les activités de levage, grutage, manutention et déménagement industriels et le matériel d'exploitation y afférent. L'objectif visé de cette restructuration était de filialiser le groupe, afin de rendre possible la vente de chaque activité séparément (pce TAF 8 p. 8 ss).

Fin juillet 2003, F._____ SA a cédé à un tiers la société S._____ SA et sa filiale FS._____ SA. Cette cession s'est traduite par le départ d'environ 250 employés du groupe F._____, avec effet au 1er novembre 2003. A la même date, le personnel, les actifs ainsi que les activités de FN._____ SA ont été cédés au groupe P._____. Les 200 collaborateurs de cette société ont également quitté le groupe F._____ (pces TAF 8 p. 12 ss). A la fin de l'année 2003 le groupe F._____ ne déployait pratiquement plus d'activité. Le maintien des ateliers au sein du groupe ne se justifiant plus, une nouvelle société fut crée sous la raison sociale FR._____ SA qui reprit le personnel des ateliers, soit 24 personnes qui sont sorties de la Fondation de prévoyance au 1er janvier 2004 (pce TAF 8 p. 15). Le 12 janvier 2004 F._____ SA a changé sa raison sociale en Société Immobilière R._____, son activité s'est limitée à des opérations immobilières de gestion et cession de ses biens. Au 31 janvier 2004, neuf collaborateurs sont sortis du fonds de prévoyance. A partir de cette date, seul un assuré actif est resté affilié à la Fondation de prévoyance de F._____SA, les autres encore affiliés à la fondation l'étaient en raison d'arrêts maladie (pce TAF 8 p. 17).

C.

La restructuration du groupe F._____ qui s'est soldée par la vente d'entreprises, respectivement par la cession de leurs activités, a eu une influence directe sur l'effectif des assurés cotisants de la Fondation de prévoyance. Depuis le 31 décembre 2002, cet effectif n'a cessé

de diminuer. C'est ainsi qu'en une année, soit au 31 décembre 2003, l'effectif est tombé de 583 à 42 assurés cotisants, puis à 2 assurés cotisants au 31 décembre 2004, lesquels ont quitté le Fonds de prévoyance au 31 janvier 2005 (pce Cr 84 p. 4 et 8).

Sur le plan économique, à fin 2002, la situation financière de la Fondation de prévoyance présentait un découvert de Fr. 8'050'431.-, représentant un degré de couverture de 82.1% (pce Cr 84 p. 11). Selon l'expert, L._____, et l'organe de contrôle, B._____, ce découvert avait essentiellement pour origine la mauvaise tenue des marchés boursiers durant les années 2000 à 2002. Le rendement de la fortune n'a pas suffi au règlement de l'intérêt garanti jusqu'à fin 2002. Le Conseil de fondation a alors examiné une série de mesures d'assainissement qui pouvaient être envisagées pour résorber le découvert. Dans sa séance du 18 février 2003, il a décidé de suspendre tout intérêt sur les avoirs réglementaires des assurés pour l'exercice 2003 (pce Cr 39). L'organe de contrôle a transmis à l'Autorité de surveillance son rapport pour l'exercice 2002 le 27 juin 2003. Il mit en exergue un manque de liquidité pour le règlement des prestations de libre passage nécessitant la réalisation de placements à perte et que le but de prévoyance de la Fondation pouvait devenir à terme irréalisable d'où l'éventualité d'un prononcé immédiat de sa liquidation afin d'éviter d'accroître les dommages éventuels (pce Cr 45). Le 17 juillet 2003 l'Autorité de surveillance indiqua au Conseil de fondation, suite aux informations communiquées par le Conseil de fondation et reçues de son organe de révision, qu'il était nécessaire de prévoir la liquidation totale de la fondation et de prendre contact avec le Fonds de garantie (pce Cr 47). Lors d'une séance du 9 octobre 2003, le Conseil de fondation décida de procéder aux versements de libre passage liés aux restructurations en cours à hauteur de 80% afin de conserver une marge de sécurité (pce Cr 52). Par une correspondance du 9 octobre 2003, l'Autorité de surveillance indiqua à la Fondation qu'une procédure de liquidation partielle devait être mise en oeuvre suite à la cession de sociétés du groupe et au départ de plus de 200 personnes de la Fondation, mais que l'intervention du Fonds de garantie n'était prévue qu'en cas de liquidation totale et si l'institution de prévoyance était insolvable (pce Cr 51). Par correspondance du 13 octobre 2003, la Fondation requit de ses établissements bancaires la réalisation de l'ensemble de ses portefeuilles dans les meilleures conditions compte tenu d'une sortie massive d'effectifs au 1er novembre 2003 (pces Cr 53-55). Dans une correspondance du 14

octobre 2003 à l'Autorité de surveillance, l'expert a relevé que l'attribution d'un intérêt de zéro pour cent avait généré une économie de charge de Fr. 955'000.- sur les neufs premiers mois de l'année 2003, mais que le découvert était estimé à 5.7 millions à fin septembre 2003, soit proche de 14% des engagements de prévoyance (pce Cr 56 p. 2).

Dans un courrier du 15 octobre 2003, l'organe de contrôle de la Fondation informa l'Autorité de surveillance des opérations de restructuration du groupe F._____, du départ de plus de 200 collaborateurs et insista sur l'impossibilité pour la Fondation de poursuivre son but de prévoyance et la nécessité de prononcer sa liquidation totale (pce Cr 57).

D.
Par décision du 27 octobre 2003, l'Autorité de surveillance a constaté que les conditions formelles d'une liquidation partielle de la Fondation de prévoyance étaient remplies au sens de l'art. 23 al. 4 LFLP et a ordonné à celle-ci de lui remettre au plus tard le 21 novembre 2003 un rapport déterminant les modalités de la liquidation, portant notamment sur la répartition de la déduction du découvert technique en se fondant sur des calculs fournis par l'expert en matière de prévoyance professionnelle et l'organe de contrôle. Mettant en cause l'indépendance de l'expert attitré de l'institution, l'Autorité de surveillance a également invité la Fondation de prévoyance à désigner un nouvel expert indépendant au sens de la loi. De plus, l'Autorité de surveillance a invité le Conseil de fondation à faire part de cette décision à toutes les personnes affiliées ou qui ont été affiliées à la Fondation de prévoyance depuis le 1er janvier 2003. De son exposé des faits l'Autorité de surveillance a notamment retenu une diminution de personnel de 8% du 1er janvier au 31 juillet 2003, un important transfert de personnel au 31 novembre ou décembre 2003, l'existence toujours de personnes affiliées à la Fondation de prévoyance qui devrait encore compter des destinataires à la fin de l'année 2003, la réalisation "déjà" d'une économie proche d'un million de francs par la seule mesure d'assainissement prise sur les 9 premiers mois (pce Cr 58).

E.
Par acte du 27 novembre 2003, la Fondation de prévoyance, représentée par Maîtres Jean-Luc Chenaux et Aurélia Rappo, a interjeté recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (ci-après:

la Commission de recours LPP) contre la décision de l Autorité de surveillance du 27 octobre 2003. Au titre de conclusions incidentes, la recourante a demandé que l'effet suspensif soit accordé et que la décision de liquidation partielle de la Fondation de prévoyance, prononcée par l'Autorité de surveillance, ne soit pas exécutoire. Sur le fond, elle demanda l'admission du recours et la réforme de la décision rendue le 27 octobre 2003 en ce sens que la Fondation de prévoyance soit totalement liquidée à une date que justice dira. Subsidiairement, elle demanda l'annulation de la décision litigieuse. La recourante invoqua la nécessité d'une liquidation totale, compte tenu de l'absence de toute possibilité d'assainir la Fondation de prévoyance et de viabilité économique du groupe F._____ lui-même. Elle reprocha à la décision litigieuse l'inégalité de traitement que provoquerait une liquidation partielle de la Fondation de prévoyance à cause de son découvert. En ce qui concerne l'indépendance de l'expert agréé, elle souligna le côté disproportionné de la décision dans la mesure où la Fondation de prévoyance devait être liquidée prochainement et où l'ensemble de ses actifs avait déjà été réalisé (pce R 30 CRLPP 1062/03).

F.
Par courrier du 2 février 2004, l'Autorité de surveillance a fait part de ses déterminations au sujet du recours interjeté. Se référant intégralement à sa décision du 27 octobre 2003, elle demanda le rejet du recours (pce R 35 CRLPP 1062/03). Dans sa réplique du 8 avril 2004, la Fondation de prévoyance confirma les conclusions de son recours.

G.
Par acte du 16 juin 2004, l'Autorité de surveillance a produit sa duplique répondant aux observations de la recourante. Elle considéra qu'en l'absence de base légale ou de jurisprudence contraire, lorsqu'une entreprise procède à d'importantes restructurations, son institution de prévoyance doit effectuer une liquidation partielle et répartir le découvert entre les destinataires de la même manière que l'on répartit, dans d'autres circonstances, les fonds libres selon l'art. 23 LFLP. Partant, elle conclut au rejet du recours (pce R 53 CRLPP 1062/03).

H.
Le 16 août 2004 l'Autorité de surveillance s'enquit auprès de la Fondation de sa situation, notamment relativement au versement des

cotisations (pce Cr 59). La Banque cantonale vaudoise, à titre de gestionnaire de la Fondation, répondit à l'Autorité de surveillance le 26 août 2004 l'informant de cotisations impayées de Fr. 281'484.45 au 31 décembre 2003 (Fr. 276'349.45 au 26 août 2004) et du fait que les prestations de libre passage avaient été payées à 80% et que la Fondation ne comptait plus qu'un seul assuré actif (pce Cr 60). Dans une correspondance du 20 octobre 2004 à la Fondation, l'Autorité de surveillance requit un certain nombre d'informations sur les variations effectives du personnel au sein et hors le groupe F._____ depuis le début de l'année 2002 et indiqua qu'il lui paraissait en tout cas prématuré de considérer la situation de la Fondation dans une optique de liquidation totale (pce Cr 61). La Fondation répondit à la demande d'information de l'Autorité de surveillance par courrier du 15 novembre 2004 (pce Cr 62).

I.

Par jugement du 30 septembre 2005 la Commission de recours LPP rejeta le recours interjeté par la Fondation et lui impartit un délai au 16 décembre 2005 pour présenter à l'Autorité de surveillance un rapport déterminant les modalités de sa liquidation partielle. Elle releva qu'il appartient à l'autorité de surveillance de protéger les bénéficiaires des fondations de décisions arbitraires de leur conseil et d'intervenir lorsqu'un conseil de fondation omet de prendre une décision alors qu'il existe un devoir d'agir. Elle mit en exergue qu'il incombe aux fondations de prévoyance de résorber leurs découverts et que le fonds de garantie n'intervenait qu'en situation d'insolvabilité. Elle rappela qu'il appartient selon l'art. 23 al. 4 LFLP, applicable à la procédure, à l'autorité de surveillance de décider si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies. Elle releva qu'à juste titre seule une liquidation partielle était envisageable en octobre 2003, la Fondation n'ayant pas proposé de plan de liquidation portant tant sur les assurés actifs que les assurés retraités. Se prononçant sur la question de l'inégalité de traitement qui résulterait pour les assurés actifs d'une liquidation partielle suivie d'une liquidation totale, elle releva que ce n'était pas la décision constatant l'existence d'une liquidation partielle qui pouvait créer l'inégalité de traitement susmentionnée, mais bien la suite qu'entendait réserver le Conseil de fondation à cette décision. Le sort réservé au découvert étant déterminant, ceci nécessitait de prendre toutes mesures utiles, notamment de clarifier la situation de surendettement avec le Fonds de garantie dans le cadre de la liquidation partielle suivie de la liquidation totale si celle-ci était

inéluctable et qu'aucune mesure d'assainissement n'était possible (Jugement de la CRLPP 1062/03). Il sied de relever que les faits retenus dans le jugement ne font aucunement mention de quelques personnes restant assurées à la date de la décision attaquée mais d'une soixantaine d'assurés (cf. consid. C dudit jugement). La Fondation ne recourut pas contre ce jugement qui entra en force.

J.
Le jugement de la Commission de recours se référant à la position du Fonds de garantie dans la cause, la Fondation, par le biais de son expert, requit de l'Autorité de surveillance le 22 novembre 2005 une prolongation de délai pour produire un plan de liquidation partielle au motif que la position de principe du Fonds de garantie était déterminante pour la suite des opérations (pce Cr 65). L'Autorité de surveillance, par acte du 30 novembre 2005, rejeta cette demande tout en indiquant surseoir sa décision à la détermination définitive du Fonds de garantie (pce Cr 66). Par courrier du 16 décembre 2005 l'expert informa l'Autorité de surveillance de son impossibilité à transmettre un rapport déterminant les modalités d'une liquidation partielle dans l'hypothèse d'une non-participation du Fonds de garantie du fait que certaines données en mains d'autres intervenants sur lesquels il n'avait pas d'emprise lui manquaient (pce Cr 67). Par acte du 22 décembre 2005, l'Autorité de surveillance constata un défaut de diligence dans le traitement du dossier de la part de la Fondation, convoqua son Conseil pour le 11 janvier 2006 et lui impartit à cette occasion un ultime délai au 15 février suivant pour produire les modalités de la liquidation partielle (pce Cr 68). Par courrier du 9 janvier 2006, Me A. Rappo communiqua à l'Autorité de surveillance que l'examen du dossier par le Fonds de garantie allait prendre un certain temps et sollicita en accord avec ledit Fonds une prolongation de délai pour que puisse être tansmis le rapport de liquidation partielle (pce Cr 69). Le 14 février 2006 l'expert transmit à l'Autorité de surveillance un projet de rapport de liquidation partielle incomplet réservant diverses informations attendues; l'expert retint comme dates déterminantes la période du 31 octobre 2003 au 31 janvier 2004 (pce Cr 71). Par courrier du 9 mars 2006, l'Autorité de surveillance accusa réception du projet de rapport incomplet confirmant l'attente de la détermination du Fonds de garantie, il indiqua cependant contester la date du 31 octobre 2003 du fait que les premières restructurations remontaient au 31 juillet 2003 (pce Cr 72). Par un courrier du 31 mars 2006, faisant suite à sa séance du Conseil du 27 mars précédent, la

Fondation fit valoir les dates des 1er janvier 2003 et 30 juin 2004; elle joignit à son courrier le procès-verbal de la séance du 27 mars dans lequel était précisé une baisse permanente des effectifs jusqu'à fin janvier 2004 suivie d'une période jusqu'au 30 juin durant laquelle les personnes encore assurées n'étaient ni actives ni productives mais sous délai de protection (arrêts maladie, femme enceinte), à l'exception d'un ancien apprenti employé de commerce assuré contre les risques mais non en épargne (pce Cr 73). Par courrier du 21 avril 2006 l'Autorité de surveillance informa la Fondation retenir les dates des 1er janvier 2003 et 31 janvier 2004 relevant que la date du 31 janvier 2004 était "clairement définie par le maintien de 15 à 20 assurés dans la fondation au printemps et en été 2004" (pce Cr 74). Suite à un courriel de l'expert à l'Autorité de surveillance contestant la date de fin de liquidation partielle, ladite autorité confirma à l'expert par courrier du 12 mai 2006 les dates précitées précisant que son mandat d'expert devait être compris "comme un ordre au sens de l'article 41 OPP2 et de l'article 11 du règlement cantonal sur la surveillance des fondations" (pce Cr 76). L'expert adressa le 30 mai 2006 à l'Autorité de surveillance un nouveau projet de rapport de liquidation partielle établi sur la base des instructions de ladite autorité. Il nota que le Conseil de fondation n'avait pu en prendre connaissance pour des questions de délai, que les dates étaient controversées et que la position du Fonds de garantie était toujours pendante. S'agissant des dates à retenir pour la liquidation partielle, le rapport retint une date finale au 31 janvier 2004 relevant que le 31 janvier 2005 serait plus adéquat, compte tenu de l'inactivité des 6 assurés cotisants du 31 janvier 2004 au 31 janvier 2005 à l'exception d'une personne non assurée sur le plan de l'épargne (pce Cr 77). Par courrier du 6 juin 2007 l'Autorité de surveillance enjoignit le Conseil de fondation d'approuver formellement le rapport de liquidation partielle de l'expert jusqu'au 16 juin suivant (pce Cr 78). Le 16 juin 2006, le Conseil de fondation communiqua à l'Autorité de surveillance sa détermination par la production du procès-verbal de sa séance du 15 juin 2006. Celui-ci relève que l'Autorité de surveillance était dans l'erreur en affirmant dans son courrier du 21 avril 2006 qu'il y avait eu maintien de 15 à 20 assurés cotisant dans la fondation au printemps et en été 2004 et indique qu'à ce jour aucune décision formelle n'avait été rendue par l'Autorité de surveillance quant aux dates à retenir pour la liquidation partielle, lesquelles étaient controversées. Fort de ces constatations, le procès-verbal indique que ledit rapport d'expert ne peut être approuvé (pce Cr 79).

K.
Par décision du 10 juillet 2006, l'Autorité de surveillance, rappelant les faits précités, dont la confirmation d'une situation de liquidation partielle par jugement du 30 septembre 2005 de la Commission de recours à compter au plus tard de fin juillet 2003, sous réserve d'une date antérieure plus adéquate, relevant que la Fondation ne pouvait faire coïncider une date de fin de liquidation partielle avec celle de la liquidation totale, détermina la période de référence de liquidation partielle du 1er janvier 2003 au 31 janvier 2004, précisant qu'un éventuel recours n'aurait pas d'effet suspensif (pce 80).

L.
Par courrier du 30 août 2006, la Fondation déclara son état de surendettement, respectivement son insolvabilité, à l'Autorité de surveillance, conformément à la décision de son Conseil du 28 août 2006, transmise en annexe, et fit part de la démission du Conseil, désignant Me Jacques-André Schneider en qualité de liquidateur. La Fondation requit également de l'Autorité de surveillance la révision de sa décision du 10 juillet 2006 (pce Cr 83). Par courrier du 6 septembre 2006 l'expert prit contact avec Me Schneider l'informant être en désaccord avec la date finale de la liquidation partielle et lui adressa un rapport de liquidation partielle (pce Cr 84).

Par courrier du 7 septembre 2006 l'Autorité de surveillance prit acte de la correspondance du 30 août de la Fondation, rappela le caractère exécutoire de la liquidation partielle selon sa décision du 27 octobre 2003, requit un complément d'information sur les deux derniers employeurs affiliés à la Fondation et indiqua que sa dernière décision allait être remplacée par une nouvelle décision après examen des informations requises (pce 85).

M.
Par recours du 11 septembre 2006 interjeté auprès de la Commission de recours LPP, Me Schneider conclut principalement à l'annulation et à la mise à néant de la décision du 10 juillet 2006 en tant qu'elle fixe une date de fin de liquidation partielle au 31 janvier 2004, retire l'effet suspensif au recours et arrête à Fr. 3'000.- l'émolument relatif à la décision et requit, préalablement, la restitution de l'effet suspensif, réservant un mémoire complémentaire. Au fond il fit valoir que les dernières sorties d'assurés de la Fondation après le 31 janvier 2004 étaient intervenues également en raison de la restructuration du

groupe F._____, plus précisément de la fin de son activité, qu'en conséquence la date finale du 31 janvier 2004 était inadéquate, la date du 31 janvier 2005 étant elle adéquate. Il indiqua que l'Autorité de surveillance avait en un premier temps analysé le dossier sous l'angle d'une liquidation totale (lettre du 22 juillet 2003 à la Fondation) puis sous l'angle d'une liquidation partielle (lettre du 9 octobre 2003) et que le jugement de la Commission de recours du 30 septembre 2005 avait souligné que l'égalité de traitement entre les assurés ayant quitté la fondation dans le cadre de la liquidation partielle, avec ceux quittant la fondation peu après une liquidation totale, devait être assurée. Il releva que les contacts pris avec le Fonds de garantie n'avaient jusqu'à ce jour pas clarifié la situation. Me Schneider souligna qu'un avis d'insolvabilité avait été adressé à l'Autorité de surveillance par l'organe de contrôle en juin 2003 et que celui-ci était resté sans suite. Il releva qu'il était surprenant que le Fonds de garantie ne soit pas intervenu dans le cadre de la liquidation partielle, laquelle devait être suivie nécessairement d'une liquidation totale. De son avis la liquidation partielle n'aurait aucun intérêt du fait de la liquidation totale subséquente. Si on devait néanmoins admettre le principe d'une liquidation partielle suivie d'une liquidation totale, on finirait par contourner abusivement le principe de garantie de l'art. 56 LPP en faisant supporter aux assurés sortis dans le cadre de la liquidation partielle le découvert technique contrairement aux quelques assurés sortis entre la liquidation partielle et la liquidation totale (pce Cr 86).

N.

Par correspondance du 15 septembre 2006, l'Autorité de surveillance informa le Conseil de fondation que sa décision de nommer un liquidateur était contraire aux statuts de la Fondation, l'art. 10 al. 4 de ces derniers prévoyant une liquidation menée à terme par le dernier conseil de fondation, celui-ci restant en fonction jusqu'à ce que la liquidation soit terminée. Elle invita le Conseil à revenir sur sa décision (pce Cr 87). Par décision du Conseil par voie de circulaire prise les 20 et 21 septembre 2006 par ses membres, la démission des membres fut confirmée de même que fut confirmée la désignation de Me Schneider en tant que liquidateur. La décision confirma également le recours déposé devant la Commission de recours (pce Cr 88). Par pli recommandé du 21 septembre 2006, Me Schneider confirma auprès de l'Autorité de surveillance son mandat de liquidateur relevant que la démission irrévocable des membres du Conseil intervenait "en raison de leur impossibilité à assumer un conflit d'objectifs contradictoires

résultant de la situation comptable et actuarielle de la Fondation, de ses propres décisions, des décisions de [l'Autorité de surveillance], ainsi que des considérants du dernier jugement de la Commission de recours en matière de prévoyance professionnelle LPP". Il releva que la Fondation ne pouvant plus réaliser son but, elle devait de plein droit conformément à l'art. 88 al. 1 CC être dissoute, dissolution pouvant être provoquée par tout intéressé conformément à l'art. 89 al. 1 CC (pce Cr 89). Par pli recommandé de même date, Me Schneider porta à la connaissance du Fonds de garantie sa charge de liquidateur et la démission du Conseil de fondation (pce Cr 90).

O.

Par acte du 12 octobre 2006, Me Schneider adressa à la Commission de recours son mémoire complémentaire (daté du 16 octobre). Il fit valoir au fond qu'une liquidation totale n'entre en considération que lorsqu'une institution de prévoyance ne peut réaliser son but, le surendettement et l'insolvabilité étant les causes principales d'une liquidation totale, ce qui présuppose que la perte des actifs soit durable, sans qu'il soit possible de prévoir, de manière fondée, un renouvellement des moyens de la fondation. Il releva qu'une sous couverture durable, telle celle de la Fondation, sans perspective d'assainissement, constitue un cas de liquidation totale. Sur le plan de la garantie des prestations de libre passage dans les limites de la loi par le Fonds de garantie, il mit en exergue les principes de l'art. 56 LPP relevant que la mise en oeuvre de la garantie nécessitait selon l'art. 24 al. 2 OFG une attestation de l'Autorité de surveillance à l'attention du Fonds de garantie, selon laquelle l'institution de prévoyance fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de faillite ou d'une procédure analogue, attestation que l'Autorité de surveillance n'avait jamais émise, persistant dans sa décision de liquidation partielle. Il indiqua également qu'une institution de prévoyance ne saurait réduire de près de 20% les prestations de sortie acquises, dans les limites de l'avoir de vieillesse minimum selon la LPP, sans s'exposer au reproche de mise à néant disproportionnée et illicite de la protection contre le risque d'insolvabilité consacrée par les art. 56 ss LPP. Or telle était la conséquence de la procédure de liquidation partielle défendue par l'Autorité de surveillance conduisant à une inégalité de traitement entre, d'une part, les assurés sortis et, d'autre part, les assurés allant sortir suite à la liquidation partielle et les retraités qui eux ne subiront pas de réduction de leurs droits. Enfin, Me Schneider fit valoir que le retrait de l'effet suspensif était contraire aux

intérêts des anciens assurés de la Fondation sans justification aucune (pce Cr 91).

P.
Par courrier du 10 novembre 2006, Me Schneider requit à nouveau de l'Autorité de surveillance une décision de mise en liquidation totale de la Fondation. Il joignit à cet effet une lettre de l'organe de contrôle concluant à la nécessité de la liquidation totale vu le départ de tous les assurés actifs et le nombre restreint de bénéficiaires de la Fondation (pce Cr 92). Il informa également la Commission de recours de sa nomination en tant que liquidateur de la Fondation avec démission des membres de son Conseil, nomination et démission non reconnues par l'Autorité de surveillance (pce Cr 93).

Q.
Par décision incidente du 10 novembre 2006 la commission de recours restitua l'effet suspensif à la décision du 10 juillet 2006 de l'Autorité de surveillance. Elle releva notamment que par son jugement du 30 septembre 2005 elle avait constaté que les conditions d'une liquidation partielle étaient données mais n'avait pas défini de dates de début et de fin à la période de liquidation partielle, de plus elle releva que le retrait de l'effet suspensif risquait de causer un dommage irréparable aux anciens assurés actifs en cas de report du découvert sur leur prestation de sortie (pce Cr 94). Suite à cette décision incidente, Me Schneider requit à nouveau l'Autorité de surveillance de prononcer la liquidation de la Fondation, précisant que celle-ci n'entendait en aucun cas assumer la responsabilité de son maintien (pce Cr 96). Etant sans réponse de l'Autorité de surveillance, Me Schneider l'informa par courrier du 13 décembre 2006 que la Fondation allait entreprendre un appel d'offre pour le transfert des pensionnés à une institution tierce (pce Cr 97).

R.
Par courrier du 19 décembre 2006, le Fonds de garantie LPP informa la Fondation qu'il n'allait pas intervenir pour couvrir le découvert de la Fondation aux motifs notamment: 1) que le Fonds de garantie n'intervenait que dans le cadre d'institutions de prévoyance insolvables en liquidation totale, 2) que la situation de la Fondation durant la période de restructuration du groupe F._____ n'était pas insolvable et ne présentait pas un découvert irréversible, 3) qu'aucun document déterminant ne permettait d'affirmer que toutes les mesures d'assai-

nissement possibles avaient été prises pour limiter le découvert, 4) que si la Fondation n'avait pas réalisé au plus vite ses actifs dans le but de régulariser rapidement et partiellement les prestations de libre passage elle aurait diminué son découvert technique de 5,47% (passant d'un taux de couverture de 81,19% à 86,66% à fin 2003) selon le bilan technique théorique élaboré par l'organe de contrôle relatif aux exercices 2002 et 2003, 5) que la sortie de la Fondation des assurés employés auprès de S._____ SA et leur reprise par la caisse de prévoyance P._____ ne constituait pas une manoeuvre obligatoire au vu des buts et de la situation de la Fondation à cette époque, 6) qu'en d'autres termes les employés auraient pu rester assurés et la Fondation aurait pu tenter d'assainir sa situation. Enfin, le Fonds de garantie releva que la phase de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance n'était pas déterminante pour l'obtention de prestations du Fonds de garantie, car était déterminant en premier lieu la notion d'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Le fonds de garantie conclut son courrier en indiquant qu'une décision formelle sujette à recours pouvait être rendue (pce 98). Par courrier du 25 janvier 2007 Me Schneider répondit audit Fonds qu'une décision ne pouvait être rendue tant que l'Autorité de surveillance n'avait pas rendue de décision de liquidation totale et que le Tribunal administratif fédéral ne s'était prononcé sur le recours pendant relatif à la liquidation partielle (pce Cr 101).

S.

Par réponse du 15 février 2007 au recours, l'Autorité de surveillance conclut à son rejet. Elle rappela qu'en un premier temps la Fondation de prévoyance avait contesté les conditions d'une situation de liquidation partielle, confirmée par la Commission de recours dans son jugement du 30 septembre 2005 entré en force, qu'en un deuxième temps il avait proposé des dates s'apparentant à une liquidation totale dans le but de ne pas prétériter les assurés touchés par la liquidation partielle, but louable en soi mais ne pouvant être retenu. S'agissant du grief que l'Autorité de surveillance aurait dû prononcer la dissolution de la Fondation au sens de l'art. 88 al. 1 CC, elle reprit l'analyse du Fonds de garantie faisant valoir que l'insolvabilité et une situation de découvert irrévocable n'avaient jamais été démontrées. Elle indiqua de plus que les comptes 2005 laissaient apparaître que si la Fondation effectuait une liquidation partielle elle n'était plus en découvert et pouvait sans autre assurer le service des rentes (pce Cr 103).

Dans sa réplique du 10 avril 2007, Me Schneider releva que la réponse au recours soulevait deux faits nouveaux, à savoir que le découvert technique de la Fondation aurait pu être diminué de 5,47% si ses actifs n'avaient pas été réalisés précipitamment et que les employés de S._____ SA auraient pu rester affiliés à la Fondation, ce qui aurait contribué à rétablir sa situation financière. Afin de pouvoir répondre à ces critiques il requit un délai complémentaire (pce Cr 104). Par acte du 31 mai 2007, Me Schneider fit état des faits de la cause accompagné d'un chargé de pièces et brossa la situation financière de la Fondation au 31 décembre 2006 selon le rapport de l'organe de révision du 16 mai 2007. Celui-ci fait état d'un excédent passif au 31 décembre 2006 de Fr. 7'234'839.19 en tenant compte de l'entier du solde des prestations de libre passage, excédent qui serait réduit de quelque 6 millions en cas de liquidation partielle selon la décision de l'Autorité de surveillance, laissant un découvert de quelque 1,2 million (pce Cr 107), situation ne permettant pas le maintien de la Fondation, vu la liquidité des actifs, le défaut d'assurés actifs et les seuls rentiers, l'impossibilité d'une gestion administrative rationnelle, la gestion des risques de longévité, les risques de placements de fortune d'un montant très faible. Il indiqua que la Fondation avait fait l'objet de plusieurs commandements de payer pour le solde des libres passages en souffrance (pces Cr 109, 112-114). En droit, Me Schneider rappela que les contrats de travail maintenus après le 31 janvier 2004 l'avaient été en raison de périodes d'incapacités de travail et non dans l'optique d'une continuation des rapports de travail à long terme, qu'il y avait unité économique entre les différentes vagues de licenciements survenues. Il fit valoir la situation d'insolvabilité de la Fondation en 2003 déjà du fait qu'aucune mesure d'assainissement n'était possible vu le départ d'une importante partie des assurés auxquels le 80% de leur prestation de libre passage avait été versé. Il souligna que la garantie contre le risque d'insolvabilité au sens de l'art. 56 al. 1 let. b et c LPP visait à protéger les salariés assurés et les pensionnés des risques liés à la déconfiture d'une institution de prévoyance, notamment en cas d'insolvabilité de l'employeur. Il nota que la Fondation avait dû rendre ses actifs liquides en raison du départ des assurés et qu'elle ne pouvait spéculer sur l'évolution future des marchés boursiers, ce qu'une autorité de surveillance ne saurait contredire. Il fit valoir que lorsqu'une institution de prévoyance se déclare insolvable et sollicite sa liquidation totale, il appartient à l'Autorité de surveillance d'intervenir d'office, en application des art. 88 et 89 CC, et que le Fonds de garantie peut, après

avoir versé des prestations, se retourner contre les responsables éventuels de l'insolvabilité, mais ne saurait refuser d'intervenir au motif qu'un tiers en serait le responsable. S'agissant de la question du maintien des employés de S._____ SA au sein de la Fondation après le rachat de la société, Me Schneider releva que les statuts de la Fondation, selon lesquels seuls les "salariés des entreprises étroitement liées économiquement ou financièrement" peuvent être affiliés (art. 2 al. 1), ne permettaient pas un tel maintien et auraient constitué une violation de ceux-ci. La même impossibilité de maintien d'affiliation était valable également pour les employés de la société P._____ AG (pce TAF 8).

T.
Dans une correspondance du 29 mai 2007 à l'Autorité de surveillance, Me Schneider requit la mise en liquidation totale de la Fondation joignant à sa requête les comptes 2006 de cette dernière, relevant que plus la liquidation totale serait reportée plus le découvert causé par ce retard non imputable à la Fondation allait augmenter (pce Cr 108).

U.
Dans sa duplique du 11 juillet 2007, l'Autorité de surveillance a rappelé le caractère exécutoire du jugement de la Commission de recours LPP du 30 septembre 2005 établissant la nécessité d'une liquidation partielle. Elle releva que la seule question litigieuse était celle des dates de référence de la liquidation partielle que la Fondation n'avait pas voulu déterminer et qui furent fixées par sa décision du 10 juillet 2006 (pce TAF 10).

V.
Par correspondance du 23 juillet 2007, Me Schneider informa le Tribunal administratif fédéral d'une prochaine requête de sursis concordataire par la Fondation avec l'accord de l'Autorité de surveillance afin de surseoir à une prochaine mise en faillite de la Fondation jusqu'à droit connu sur le recours pendant devant le Tribunal de céans (pce TAF 12). Par courrier du 26 juillet 2007 Me Schneider communiqua au Tribunal le prononcé du 25 juillet 2007 du sursis concordataire provisoire octroyé pour deux mois rendu par le Tribunal d'arrondissement de la Côte et le désignant en qualité de commissaire provisoire (pce TAF 13).

W.
Par ordonnance du 2 août 2007 le Tribunal de céans requit une avance

de frais de procédure de Fr. 3'000.-, laquelle fut versée dans le délai imparti (pces TAF 14 s.).

X.
Par décision du 5 octobre 2007, l'Autorité de surveillance, constatant les faits de la cause, dont que les dernières sociétés de la fondatrice ont été déclarées en faillite en date des 9 février et 2 juin 2006, que la Fondation ne comptait plus d'assurés au 31 décembre 2006, hormis les rentiers, que les membres du Conseil de fondation souhaitaient être démis de leurs fonctions, que la Fondation présentait un découvert comptable de Fr. 7'234'830.19 au 31 décembre 2006 pouvant être réduit de 6 millions par suite d'une liquidation partielle selon un courrier de l'expert de 21 septembre 2007, qu'un sursis concordataire dont l'audience a été fixé au 9 octobre 2007 avait été prononcé, que la Fondation était dans l'impossibilité de poursuivre son but de prévoyance, prononça la destitution des membres du Conseil de fondation, désigna en qualité de liquidateur Me Jean-Michel Duc, avocat à Lausanne, y compris la charge de mener à son terme la procédure devant le Tribunal de céans, constatat la dissolution de la Fondation et ordonna sa liquidation (pce TAF 16a).

Y.
Par correspondance reçue le 11 octobre 2007, Me Schneider Communiqua au Tribunal de Céans la décision du 5 octobre 2007 de l'Autorité de surveillance. Il fit valoir que le Conseil de fondation n'allait pas recourir contre cette décision de liquidation sollicitée depuis 2003 faute de possibilité d'assainissement (pce TAF 16). Il joignit également à son envoi le procès-verbal de la séance de l'audience du Tribunal de la Côte du 9 octobre 2007 notant sa reprise en principe le 4 décembre 2007 (pce TAF 16b).

Z.
La décision du 5 octobre 2007 de l'Autorité de surveillance ne fut pas contestée devant le Tribunal de céans.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l art.32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l art.31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l art.5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF. En particulier, les décisions rendues par les autorités cantonales de surveillance en matière de surveillance des fondations de prévoyance peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. i LTAF et à l'art. 74 al. 1 LPP, comme d'ailleurs elles pouvaient l'être antérieurement devant la Commission de recours LPP conformément à l'ancien art. 74 al. 2 let. c LPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006.

1.2 Les affaires pendantes devant les commissions fédérales de recours ou d arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1er janvier 2007 sont traitées par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où il est compétent. Le nouveau droit de procédure s applique (cf. art.53 al. 2 LTAF).

2.

2.1 La décision litigieuse du 10 juillet 2006 constitue manifestement une décision au sens de l'art. 5 PA. La qualité pour agir devant le Tribunal de céans selon l'art. 48 al. 1 PA appartient à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. L'intérêt digne de protection au sens où l'entend la loi peut être de nature juridique ou simplement un intérêt de fait (ATF 125 II 497, 123 II 376, 120 Ib 379, 116 Ib 321, 112 Ib 228; PIERRE MOOR, Droit administratif II, 2ème éd. Berne 2002, p. 626 ss; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 483 ss).

En l'espèce, le Fonds de prévoyance a sans conteste un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée. Il est en outre relevé que la dernière décision de l'Autorité de surveillance du 5 octobre 2007 prononçant la dissolution de la Fondation, décision requise par

celle-ci, maintient une liquidation partielle préalable pour la période du 1er janvier 2003 au 31 janvier 2004 et que le bien-fondé de cette liquidation partielle est contesté par la Fondation au motif d'un démantèlement unitaire du groupe F._____ et d'un défaut manifeste des conditions de viabilité économique au-delà de la période de liquidation partielle requise.

2.2 Déposé dans les formes et délais prévus par les art. 50 et 52 al. 1 PA et l'avance de frais requise ayant été payée dans le délai imparti, le recours est recevable.

3.
Selon l'art. 23 al. 1 de la Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LFLP, RS 831.42) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, l'autorité de surveillance décide si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies. L'al. 4 de cette disposition énonce que les conditions d'une liquidation partielle sont présumées lorsque: a) l'effectif du personnel est considérablement réduit; b) l'entreprise est restructurée; c) un employeur résilie le contrat qui le lie à l'institution de prévoyance et que celle-ci subsiste. Fondée sur cette disposition et les faits de la cause tels qu'établis jusqu'au 27 octobre 2003, l'Autorité de surveillance, constatant les opérations de restructuration intervenues au sein du groupe F._____, dont le départ de plusieurs centaines d'assurés actifs du Fonds de prévoyance, et le maintien de quelque 80 personnes affiliées (cf. décision du 27 octobre 2003, faits n° 25; pce Cr 58), constata que les conditions formelles d'une liquidation partielle étaient remplies au sens de l'art. 23 al. 4 LFLP. Cette décision a été confirmée par la Commission de recours dans son jugement du 30 septembre 2005, lequel est entré en force. Dans son jugement, la Commission de recours à notamment relevé dans ses considérants 5 c et d:

"c) Dès le mois d'octobre 2002, l'effectif de la Fondation de prévoyance a diminué par étapes. Le Conseil de fondation aurait pu demander la liquidation totale de son institution dès la première sortie collective en proposant à l'Autorité de surveillance un autre support de prévoyance en faveur des assurés qui n'étaient pas encore touchés par la restructuration de l'employeur. Rien de tel n'a été demandé à l'époque. Compte tenu des sorties collectives successives, l'Autorité de surveillance n'avait pas d'autres possibilités que de constater l'existence d'une liquidation partielle, les conditions de l'ancien

art. 23 al. 4 LFLP étant réunies. En octobre 2003, elle ne pouvait prononcer une liquidation totale, puisque la Fondation de prévoyance comptait encore des assurés actifs et des bénéficiaires de rentes et qu'aucune solution pour le maintien de leur prévoyance n'avait été proposée. De plus, elle ne pouvait pas non plus fixer une date-buttoir pour la liquidation partielle faute d'information précise sur l'évolution effective du nombre des assurés de la Fondation de prévoyance. Elle relève toutefois dans sa décision que le début des premières restructurations majeures, accompagnées d'une réduction sensible de l'effectif du "groupe F._____" affilié à la Fondation de prévoyance pour le personnel de F._____ SA et sociétés affiliées, peut être arrêté au plus tard à la fin du mois de juillet 2003. Il appartient dès lors au Conseil de fondation de proposer une autre date, si celle supposée par l'Autorité de surveillance s'avère inadéquate, compte tenu de l'évolution réelle de l'effectif de la Fondation de prévoyance.

d) Il y a lieu de faire une différence nette entre l'existence d'une liquidation partielle, qui repose sur des conditions clairement énumérées à l'ancien art. 23 al. 4 LFLP et la répartition des fonds libres, respectivement la déduction du découvert technique. Ce n'est pas parce qu'une institution de prévoyance se trouve en liquidation partielle, qu'elle aura forcément besoin d'établir un plan de répartition d'éventuels fonds libres, ou, a contrario, une proposition de répartition du découvert technique. Dans la pratique, les autorités de surveillance rendent deux décisions distinctes, à savoir une décision de constatation de l'existence d'une liquidation partielle et une décision d'approbation du plan de répartition des fonds libres ou du découvert (ancien art. 23, al. 1 *in fine* LFLP). La liquidation partielle doit permettre de faire le point sur la situation financière de l'institution. Ses actifs et ses passifs doivent être évalués à leurs valeurs réelles, c'est-à-dire à leurs valeurs de liquidation. Seul un bilan de liquidation permet au conseil de fondation de garantir un traitement équitable entre les assurés partants et les assurés restants".

Puis, au considérant 6a elle a indiqué:

"Dans le cadre d'une liquidation partielle, un découvert doit également être supporté par les assurés partants, lorsque la fondation continue à réaliser la prévoyance professionnelle en faveur des assurés restants, faute de quoi elle péjore son degré de couverture en transférant les prestations de sortie intégralement. Dans ce cas de figure, le Conseil de fondation veillera au respect du principe de l'égalité de traitement entre assurés partants et assurés restants. Toute autre est la situation où la fondation en situation de découvert doit

être liquidée totalement peu de temps après sa liquidation partielle. En effet, lors de la liquidation totale d'une fondation de prévoyance devenue insolvable, les prestations de libre passage sont en grande partie garanties par le Fonds de garantie (art. 56 LPP et art. 16 ss de l'Ordonnance du 22 juin 1998 sur le Fonds de garantie (OFG; RS 831.432.1). Si le Conseil de fondation déduit le découvert des prestations de sortie au moment de la liquidation partielle, sachant que sa fondation devenue insolvable sera dissoute par la suite, il crée une inégalité de traitement entre les assurés sortis lors de la liquidation partielle et les assurés qui quitteront au moment de la dissolution de la fondation. Alors que les premiers subiront une perte sur leur prestation de libre passage à cause du report du découvert, les derniers verront leur prestation garantie par le Fonds de garantie; la limite de couverture posée par l'art. 56 al. 2 LPP demeure réservée. La recourante reproche précisément à la décision litigieuse du 27 octobre 2003 de provoquer une inégalité de traitement. Toutefois, sa crainte est prématurée. Ce n'est pas la décision constatant l'existence d'une liquidation partielle qui peut créer l'inégalité de traitement susmentionnée, mais bien la suite qu'entend réserver le Conseil de fondation à cette décision".

4.

Depuis le 1er janvier 2005 la liquidation partielle et totale d'une institution de prévoyance est régie par les art. 53*b* ss LPP sous réserve de l'application des dispositions de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus, RS 221.301) en vigueur depuis le 1er juillet 2004 (en l'espèce non applicable). La décision du 10 juillet 2006 dont est recours étant postérieure au 1er janvier 2005, les nouvelles dispositions sont applicables au cas d'espèce et non plus les anciennes sur lesquelles s'est fondée la décision du 27 octobre 2003. Aux termes de l'art. 53*b* al. 1 LPP, les conditions pour une liquidation partielle sont 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'art. 53*c* LPP, lors de la dissolution d'une institution de prévoyance (liquidation totale), l'autorité de surveillance décide si les conditions et la procédure sont observées et approuve le plan de répartition. Selon l'art. 53*d* al. 1 LPP, 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. Le conseil fédéral définit les principes. L'al. 3 précise que les institutions de prévoyance qui doivent respecter le principe de l'établissement du bilan en caisse fermée peuvent déduire proportionnellement les

découverts techniques pour autant que cela ne contribue pas à réduire l'avoir de vieillesse (art. 15 LPP). Le principe est également énoncé à l'art. 19 LFLP selon lequel les institutions de prévoyance autre que de droit public ne peuvent déduire ce découvert technique que lors d'une liquidation partielle ou totale. Le principe a pour but de ne pas favoriser les assurés qui s'en vont par rapport à ceux qui restent (Message du Conseil fédéral du 26 février 1992 concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1992 III 529 p. 592; ATF A. 699/2006 du 11 mai 2007 consid. 5.3).

5.

5.1 Les modifications structurelles d'une société entraînent généralement des conséquences pour l'institution de prévoyance. La prévoyance peut devoir subir une réorganisation et les institutions être adaptées à la nouvelle situation de la société, en vertu du principe bien établi selon lequel la fortune de prévoyance suit le personnel (JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, Fonds libres et liquidation de caisses de pension, Eléments de jurisprudence in: Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [RSAS] 2001/45 p. 454; HANS MICHAEL RIEMER / GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in des Schweiz, 2ème éd. Berne 2006, § 2 n°115). De règle, la vente d'une société a pour conséquence que les employés liés à l'entité vendue quittent la fondation de prévoyance qui les assuraient pour intégrer l'institution de prévoyance de l'entité acquéreuse. Le maintien dans une institution de prévoyance d'assurés de sociétés devenues tierces au groupe va à l'encontre des réalités économiques et généralement des statuts de l'institution de prévoyance qui assurait les salariés repris dans le cadre de la cession de l'entité. Ceci ne libère cependant pas les parties à une transaction portant sur la cession d'une société de trouver une solution convenable aux prétentions de libres passages des salariés si une ou des solutions sont économiquement envisageables, lesquelles sont effectivement inexistantes en cas de surendettement des sociétés vendues et de la société venderesse. En indiquant que les salariés sortis du Fonds de prévoyance suite à la cession d'entreprises du groupe F._____ à des sociétés tierces auraient pu y être maintenus, l'Autorité de surveillance a énoncé ce faisant un considérant erroné tant du point de vue économique que juridique.

5.2 En cas de liquidation partielle ou totale d'une fondation de prévoyance, les fonds libres doivent être distribués entre les groupes d'assurés selon un plan de répartition établi par le Conseil de fondation. Dans ce domaine, ledit conseil dispose d'un large pouvoir d'appréciation lui permettant de décider des critères à retenir. L'exercice de ce pouvoir est limité par l'obligation légale de respecter les buts de l'acte de fondation, l'interdiction de l'arbitraire et le principe de la bonne foi et de l'égalité de traitement (PARISSIMA VEZ, La fondation: lacunes et droit désirable, Berne 2004, p. 260 et les références citées; ATF 2A. 402/2005 consid. 3.2; RSAS 1984 p. 222). En cas de découvert technique, les principes sont les mêmes (ATF 2A.699/2006 consid. 4.1; FF 1992 III 529, p. 598). Le découvert doit être réparti en cas de liquidation partielle entre les assurés partants et restants sous réserve que l'avoir de vieillesse ne peut être réduit (art. 18 et 19 LFLP). L'élaboration de ce plan et les critères de répartition relèvent de la seule compétence du conseil de fondation. A titre d'exemple, on notera qu'il ne serait pas contraire au droit de prévoir comme critère d'équité une prise en compte du découvert technique plus importante pour des employés jeunes que pour des employés âgés, du fait de leur prochaine entrée en retraite alors que des assurés jeunes bénéficieront de plusieurs années pour rétablir leur capital de retraite, ainsi qu'une prise en compte du découvert technique moindre pour les prestations de libre passage peu élevées en relation avec de bas salaires.

6.

6.1 La détermination du cadre d'une liquidation partielle ou totale nécessite de clarifier les personnes concernées. En principe on inclut dans le cercle d'une liquidation partielle ou totale les personnes qui ont quitté l'entreprise dans la période précédant la date déterminante pour la liquidation, qui peut aller jusqu'à trois voire cinq ans (ATF 128 II 394 consid. 3.3 p. 397 s.; ATF 2A.276/2002 consid. 2.2.; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zurich 2005, n° 1149 note 167). Si la jurisprudence et la doctrine ont eu à discuter le *dies a quo* d'un cercle de personnes prises en compte et ont à ce titre déterminé les critères applicables, il tombe sous le sens que la détermination du terme de la période à prendre en considération relève des mêmes principes, à savoir l'unité de temps de la restructuration considérée relevant d'une même volonté de principe sans que celle-ci ait été entrecoupée d'une ou de périodes particulièrement longues justifiant la distinction de deux ou plusieurs périodes de référence. En l'espèce, si certes le ju-

gement de la Commission de recours du 30 septembre 2005 a considéré que les critères d'une liquidation partielle étaient remplis, son appréciation s'est établie sur les données à sa disposition, dont notamment le fait qu'environ 80 salariés allaient être maintenus dans le Fonds de prévoyance pendant une période indéterminée d'une certaine durée. La Commission de recours LPP a d'ailleurs relevé que l'Autorité de surveillance ne pouvait en date du 27 octobre 2003 fixer le terme de la période de liquidation partielle faute d'éléments et d'informations pour ce faire (cf. consid. 5c du Jugement reproduit *supra* au consid. 3). Or il appert des faits que les opérations de restructuration du groupe F._____ se sont révélées être un démantèlement complet du groupe en un temps relativement court procédant d'une unique volonté de liquidation des activités du groupe déficitaire. Par ailleurs, la recourante a démontré qu'à compter du 31 janvier 2004 les quelques salariés restés dans l'entreprise l'ont été en raison de protections légales contre le congé à l'exception d'un salarié non assuré en épargne LPP. Les faits de la cause justifient en conséquence que le démantèlement du groupe soit considéré comme émanant d'une unique opération de restructuration-démantèlement du 1er janvier 2003 au 31 janvier 2005, cette dernière date correspondant à la sortie des derniers assurés restés assurés en raison de la protection du Code des obligations contre les licenciements à l'exception d'un assuré non couvert en assurance épargne. La période précitée s'inscrit d'ailleurs dans le délai de 3 voire 5 ans applicable de jurisprudence et doctrine constantes. C'est donc à tort que l'Autorité de surveillance, au vu des développements portés à sa connaissance par la Fondation, a maintenu sa décision, bien que confirmée par la Commission de recours LPP sur la base des faits alors présentés, d'exiger de la Fondation l'élaboration d'un plan de liquidation partielle pour la période du 1er janvier 2003 au 31 janvier 2004, ce d'autant que le jugement de la Commission de recours avait clairement indiqué que "ce n'est pas la décision constatant l'existence d'une liquidation partielle qui peut créer l'inégalité de traitement (...), mais bien la suite qu'entend réserver le Conseil de fondation à cette décision". Autrement dit, qu'une liquidation partielle ou non ait été prononcée était sans incidence sur la liquidation de la Fondation du fait qu'une liquidation totale s'imposait directement après et que le principe d'égalité de traitement obligeait la Fondation à traiter les assurés sortis lors de la liquidation partielle et sortis lors de la liquidation finale à égalité de droit, au besoin en sollicitant l'intervention du Fonds de garantie vu la liquidation totale requise qui devait suivre la liquidation partielle. En effet, comme l'a

d'ailleurs énoncé le Fonds de garantie dans sa correspondance du 19 décembre 2006, la phase de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance n'est pas déterminante pour l'obtention de prestations du Fonds de garantie car est déterminant en premier lieu la notion d'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Si tant dans le cadre de la liquidation partielle que dans le cadre de la liquidation totale qui y fait directement suite, il y a unité de situation économique, le Fonds de garantie doit ainsi intervenir tant dans le cadre de la liquidation partielle que dans le cadre de la liquidation totale qui y fait suite. La loi ne prévoit pas d'intervention du Fonds de garantie uniquement en cas de liquidation totale, par contre la loi énonce comme condition à l'intervention du Fonds de garantie une situation d'insolvabilité (art. 56 al. 1 let. b et c LPP) laquelle peut déjà se présenter dans le cadre d'une liquidation partielle précédant une liquidation totale prononcée directement après la première (l'intérêt du prononcé d'une liquidation partielle précédant immédiatement une liquidation totale peut dans certains cas se justifier pour des raisons essentiellement comptables).

6.2 L'art. 25 al. 1 de l'Ordonnance sur le Fonds de garantie LPP (OFG, RS 831.432.1) dispose qu'une institution de prévoyance (...) est réputée insolvable lorsque l'institution (...) ne peut pas fournir les prestations légales ou réglementaire dues et lorsqu'un assainissement est devenu impossible. L'al. 2 let. a précise qu'un assainissement est réputé impossible lorsque une institution de prévoyance fait l'objet d'une procédure de faillite, d'une procédure de liquidation ou d'une procédure analogue. L'ordonnance, en faisant référence à la procédure de liquidation, ne distingue pas la liquidation partielle de la liquidation totale, mais la finalité de la disposition vise nécessairement une liquidation éventuellement partielle suivie directement d'une liquidation totale tendant à la liquidation finale de l'institution de prévoyance, par opposition à une liquidation partielle maintenant l'institution de prévoyance pour une durée indéterminée, situation à laquelle s'appliquent les art. 18 et 19 LFLP. Faute de pouvoir envisager concrètement un assainissement, le fonds de prévoyance n'est manifestement pas dans cette dernière situation.

7.

Selon l'art. 65 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. Selon l'art. 62 al. 1 LPP, l'autorité de surveillance s'assure que l'institution

de prévoyance ainsi que l'institution qui sert à la prévoyance se conforment aux prescriptions légales. En application de la première disposition, la Fondation a dès 2003 et de façon insistante après le jugement de la Commission de recours LPP du 30 septembre 2005 informé l'Autorité de surveillance être en situation de surendettement sans possibilité de mesures d'assainissement autre que celle prise ayant consisté à ne plus rétribuer les avoirs de prévoyance, mesure d'ailleurs insuffisante. En application de la deuxième disposition, l'Autorité de surveillance, non sans avoir laissé s'accroître le surendettement de la Fondation en prenant la mesure de dissolution s'imposant relativement tardivement en regard de la protection des intérêts des assurés et du Fonds de garantie, mais il est vrai en partie en raison du défaut de diligence de la Fondation à proposer concrètement une solution maintenant la prévoyance des rentiers (une démarche dans ce sens n'a été annoncée que le 13 décembre 2006; cf. pce Cr 97), a par décision du 5 octobre 2007 prononcé la dissolution et liquidation totale de la Fondation. En ceci la condition de l'art. 24 al. 2 OFG à l'entrée en matière du Fonds de garantie, selon laquelle l'autorité de surveillance atteste à l'attention du Fonds de garantie que l'institution de prévoyance fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de faillite ou d'une procédure analogue, est remplie. Compte tenu de la période relativement longue entre le 1er janvier 2003 et le 5 octobre 2007, il sied de se poser la question si une liquidation partielle suivie d'une liquidation totale se justifie, or le défaut d'intérêt à une liquidation partielle est manifeste notamment dans la perspective de l'économie de frais comptables, il se justifie dès lors d'admettre le recours dans le sens de l'annulation de la liquidation partielle au profit d'une liquidation totale au 1er janvier 2003. Bien fondé le recours est admis.

8.

8.1 En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, aucun frais de procédure ne peut être mis à la charge d'une autorité inférieure. En l'occurrence, vu l'issue de la procédure, il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais de Fr. 3'000.- fournie par la recourante lui est remboursée.

8.2 En vertu de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relative-

ment élevés qui lui ont été occasionnés. Cependant, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'y avait en règle générale pas lieu d'allouer des dépens à une institution de prévoyance, qui est une institution chargée de tâches de droit public (ATF 126 V 143 consid. 4, ATF 128 V 124 consid. 5b). Il n'y a pas lieu en l'espèce de s'écarter de cette règle de sorte que le Fonds de prévoyance ne se verra pas allouer de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est admis et la décision de l'Autorité de surveillance du 10 juillet 2006 est réformée dans le sens du prononcé d'une liquidation totale au 1er janvier 2003.

2.
Il n'est pas perçu de frais de procédure. Le montant de Fr. 3'000.- avancé par la recourante lui est restitué.

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 (n° de réf. 300346 ; Acte judiciaire)
- au Fonds de garantie (Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales (Acte judiciaire).

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

Le président du collège : Le greffier :

Francesco Parrino Pascal Montavon

Indication des voies de droit :

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

Expédition :