



## Résiliation du contrat d'affiliation : analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_409/2019 du 5 mai 2020

GUY LONGCHAMP

### I. Objet de l'arrêt

La décision du Tribunal fédéral a trait principalement à la question de la participation du personnel en cas de changement de caisse de pensions. Comme on le verra, le Tribunal fédéral a jugé que les travailleurs disposent d'un réel droit de participation en cas de changement par l'employeur de l'institution de prévoyance professionnelle. La résiliation par l'employeur du contrat d'affiliation de la Caisse de pension en vigueur nécessite l'accord préalable du personnel. Si celui-ci fait défaut, la résiliation n'est pas valable. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas expressément examiné la question, pourtant importante en pratique, de savoir si l'art. 11 al. 3<sup>bis</sup> LPP s'applique à la prévoyance professionnelle surobligatoire, d'une part, et comment il y a lieu de traiter la problématique en présence d'une institution de prévoyance enveloppante, par opposition à une institution de prévoyance pratiquant le *splitting*.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Plusieurs associations professionnelles en particulier l'Association suisse des boulangers confiseurs (SBC), l'Association des « Cafetiersuisse », l'Association suisse du commerce des vins (ASCV), la Caisse de compensation Panvica, ainsi que des boulangers particuliers, ont résilié le contrat d'affiliation à l'institution de prévoyance professionnelle ProParis « Fondation prévoyance arts et métiers Suisse », pour le 31 décembre 2017.

Dans le cadre d'une décision portant sur la liquidation partielle d'une institution de prévoyance consécutive à la résiliation du contrat d'affiliation, l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations a notamment conclu que le contrat d'affiliation avait été résilié valablement. Par décision du 24 avril 2019, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours interjeté contre cette décision par la Fondation ProParis.

Ladite fondation a contesté cet arrêt du Tribunal administratif fédéral, en interjetant recours auprès du Tribunal fédéral.

## B. Le droit

1. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral a considéré que la voie empruntée, à savoir celle prévue par l'art. 74 LPP, était correcte : en effet, le litige a trait à la question de savoir si une liquidation partielle a été déclenchée par la résiliation du contrat d'affiliation. Selon l'art. 53b al. 1 lit. c 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, en particulier, le contrat d'affiliation est résilié.

En l'espèce, la question de savoir s'il y a bien eu résiliation du contrat, respectivement si le personnel n'a pas donné son accord préalable pour une telle résiliation, doit être examinée par l'autorité de surveillance, dans le cadre d'une contestation qui lui est soumise conformément à l'art 53d al. 6 LPP. En effet, selon cette disposition, les assurés et les bénéficiaires de rente ont le droit de faire vérifier par l'autorité de surveillance compétente les conditions, la procédure et le plan de répartition et de leur demander de rendre une décision. La jurisprudence a, à ce propos, eu l'occasion de préciser qu'un employeur est en droit de saisir l'autorité de surveillance, selon l'art 53d al. 6 LPP (ATF 140 V 22 consid. 4.2).

2. Sous l'angle matériel, le Tribunal fédéral, au considérant 3, a précisé la construction, relativement complexe, de la fondation : les associations d'employeurs et les employeurs séparément ont conclu un contrat d'affiliation (« Anschlussvereinbarung ») avec la fondation ProParis. Il a été considéré que, dans ce cadre, la fondation ProParis devait être assimilée à une fondation commune « par analogie », dès lors qu'il existait une certaine solidarité entre les employeurs affiliés (comptabilité et règlements identiques). Parallèlement, les associations réunies sous l'appellation « Panvica » ont conclu un « contrat d'affiliation interne » (« Beitrittsvereinbarung ») avec l'œuvre de prévoyance PanVica, les autres employeurs étant affiliés auprès de leur propre œuvre de prévoyance, s'apparentant à une fondation collective. En clair, différentes œuvres de prévoyance sont gérées par la fondation commune ProParis. Les œuvres de prévoyance sont gérées séparément, de telle sorte qu'aucune solidarité n'existe entre elles, celles-ci étant conçues et gérées séparément.

Dans le cas espèce, le Tribunal fédéral, à l'instar du Tribunal administratif fédéral, a considéré que la résiliation du contrat d'affiliation (« Anschlussvertrag ») par les associations affiliées avait entraîné la résiliation des contrats d'affiliation internes (« Beitrittsvereinbarung ») pour chacun des employeurs affiliés auprès d'une œuvre de prévoyance. Au vu de l'attitude de la Caisse de pension ProParis, les associations affiliées pouvaient raisonnablement considérer que la résiliation, expressément confirmée au demeurant par ProParis, entraînait un départ collectif des employeurs et des assurés. En d'autres termes, dans le cas d'espèce, la résiliation du contrat d'affiliation entraînait également, pour chacun des employeurs concernés, la résiliation des contrats d'affiliation internes pour les œuvres de prévoyance.

Cela étant et à juste titre, les juges fédéraux ont expressément précisé que si les conditions pour une liquidation partielle, selon le règlement de liquidation partielle concerné, semblaient réunies, la question de la validité de la participation du personnel à la résiliation du contrat d'affiliation devait être examinée séparément.

3. La Haute Cour a ainsi examiné, au considérant 4, si l'art 11 al. 3bis 1<sup>ère</sup> phrase LPP a été respecté dans le cas d'espèce.

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral rappelle que la participation du personnel ne doit pas être confondue avec la gestion paritaire d'une institution de prévoyance selon l'art. 51 al. 1 LPP. En effet, par « personnel » il faut comprendre les travailleurs, et non pas les représentants des employeurs au sein de l'organe suprême de l'organisation de prévoyance.

Le Tribunal fédéral poursuit en insistant sur le fait que l'absence de consultation préalable du personnel ne saurait être « guérie » par une acceptation tacite. Une simple consultation ou orientation ne suffit pas. Ainsi, et contrairement à ce qu'avait retenu le Tribunal administratif fédéral, la résiliation du contrat d'affiliation a été considérée comme contraire au droit, dès lors qu'elle est intervenue sans concertation préalable du personnel. En effet, celui-ci en a été informé pendant le délai de résiliation. Le fait qu'aucune objection n'a été soulevée ne saurait guérir l'absence de consultation préalable selon l'art. 11 al. 3bis 1<sup>ère</sup> phrase LPP. En d'autres termes, un « droit d'opposition » des travailleurs ne saurait valablement remplacer un véritable « droit de participation ».

Selon la Haute Cour, la résiliation du contrat d'affiliation est un acte formateur unilatéral irrévocable et inconditionnel (cf. ATF 141 V 597 consid. 3.1). Il s'ensuit que la résiliation d'un tel contrat, conditionnée à une éventuelle acceptation postérieure du personnel, est contraire au système légal. En clair, l'employeur ne saurait mettre le personnel ou la représentation du personnel devant un « fait accompli » (cf. consid. 4.3.3.3).

Un réel droit de participation, selon l'art. 11 al. 3bis 1<sup>ère</sup> phrase LPP, implique que le personnel soit informé et puisse effectivement participer préalablement à la décision de la résiliation du contrat d'affiliation, ce qui, certes en pratique, nécessite quelques adaptations, comme en convient le Tribunal fédéral.

Au final, et dès lors que la résiliation du contrat d'affiliation n'a pas été valablement signifiée, le Tribunal fédéral conclut logiquement à l'invalidité du congé respectivement au maintien des associations et des employeurs concernés au sein de la Caisse de pension ProParis. Celle-ci, ayant eu gain de cause, n'a pas à procéder à une liquidation partielle selon l'art. 53b al. 1 lit. c LPP.

### **III. Analyse**

#### **A. Aspects procéduraux**

1. Le Tribunal fédéral rappelle à juste titre que la procédure prévue aux art. 53d al. 6 et 74 LPP est applicable, en cas de contestation des conditions d'un cas de liquidation partielle, respectivement de la validité d'une résiliation du contrat d'affiliation selon l'art. 53b al. 1 lit. c LPP.

2. Cette situation doit être distinguée de celle, d'ordre purement contractuel, où une institution de prévoyance contesterait que, par exemple, le délai contractuel de résiliation n'aurait pas été respecté par l'employeur et invoquerait des droits. Dans une telle situation, la voie de l'action selon l'art. 73 LPP devrait être empruntée.

## **B. Droit de participation du personnel sur l'affiliation à une institution de prévoyance**

### **a. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire**

3. Selon l'art. 11 al. 3bis 1<sup>ère</sup> phrase LPP, la résiliation de l'affiliation et la réaffiliation à une nouvelle institution de prévoyance par l'employeur s'effectuent après entente avec le personnel, ou, si elle existe, avec la représentation des travailleurs.

Cette disposition renvoie à la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (LParticipation). L'art. 10 lit. d LParticipation prévoit ainsi que la représentation des travailleurs dispose notamment, sur la base de la législation y relative, de droits de participation lors l'affiliation à une institution de la prévoyance professionnelle et la résiliation d'un contrat d'affiliation. Ainsi, le choix initial de l'institution de prévoyance, de même que la résiliation de l'affiliation et la réaffiliation, doivent intervenir après entente entre l'employeur et son personnel ou sa représentation.

4. Il ne fait aucun doute, et la doctrine est unanime sur ce point, que cet accord est une condition nécessaire à la perfection de l'acte d'affiliation, de résiliation de l'affiliation et de réaffiliation dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire (cf. J.-A. Schneider, L'employeur affilié et l'art. 11 LPP, SZS 2018 p. 465 et les références).

A nos yeux, il n'en va pas forcément de même dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire.

### **b. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire**

5. Selon l'art. 49 al 2 LPP, qui a un caractère exhaustif, lorsqu'une institution de prévoyance étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules s'appliquent à la prévoyance plus étendue les articles expressément listés.

Or, l'art. 11 al. 3bis 1<sup>ère</sup> phrase LPP ne figure pas à l'art. 49 al. 2 LPP.

6. Pour certains auteurs, il y aurait néanmoins lieu d'appliquer l'art. 11 al. 3bis 1<sup>ère</sup> phrase LPP dans le domaine surobligatoire, pour des raisons d'ordre essentiellement pratique (cf. O. M. Peter, « Abwicklungsstörungen » beim Wechsel des Berufsvorsorgeträgers, SZS 2018 p. 86 et les références). Pour d'autres, ce droit de codécision ne serait pas applicable en dehors de la prévoyance professionnelle obligatoire (J.-A. Schneider, op. cit., pp. 468ss ; R. Wyler in : BVG und FZG, 2<sup>e</sup> éd., Bern 2019, art. 11 N 22ss).

Sur cette question, le Tribunal administratif fédéral a expressément laissé la question ouverte, en relevant que, à tout le moins en partie, les avoires de vieillesse relevaient de la prévoyance professionnelle obligatoire à concurrence de 77%, voire même 87.2% pour certains employeurs. Il en a déduit (implicitement) que la caisse de pensions ProParis pratiquait majoritairement la prévoyance professionnelle obligatoire et qu'il y avait dès lors lieu d'examiner l'application de l'art. 11 al.3bis 1<sup>ère</sup> phrase LPP (cf. arrêt du TFA A-3248/2018 du 24 avril 2019 consid. 4.5.2.2). Le Tribunal fédéral ne revient pas sur cette question, dans l'arrêt du 5 mai 2020. La controverse subsiste donc.

7. Nous partageons la doctrine majoritaire qui est d'avis que l'art. 11 al. 3bis 1<sup>ère</sup> phrase LPP ne s'applique pas dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire. Cette disposition ne devrait pas non plus trouver application en présence d'institutions de prévoyance enveloppantes (cf. J.-A. Schneider, op. cit., pp. 470-471), à tout le moins lorsque la part des avoires de vieillesse relevant de la prévoyance professionnelle surobligatoire est

prépondérante. Dans ces cas, le droit de participation se réalise au niveau de la gestion paritaire, que ce soit au sein de l'organe suprême selon les art. 51 et 51a LPP, ou au niveau des commissions de prévoyance. Il est indéniable que, dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire, le contenu des contrats d'affiliation et des règlements de l'institution de prévoyance joue un rôle prédominant.

### **C. Absence de liquidation partielle**

8. L'arrêt du Tribunal fédéral concernait, avant tout, la question de savoir si un cas de liquidation partielle était réalisé. On rappelle que la résiliation du contrat d'affiliation, selon l'art. 53b al. 1 lit. c LPP entraîne la présomption de l'existence d'une liquidation partielle.

L'art. 53e al. 4 LPP traite des conséquences de la résiliation par l'employeur du contrat d'affiliation avec son institution de prévoyance – il n'est pas fait référence ici à la participation du personnel ou à la représentation des travailleurs. En effet, cet article concerne exclusivement le sort des rentiers. Cela dit, cette disposition est expressément inscrite à l'art. 49 al. 2 ch. 12 LPP, de sorte qu'elle s'applique au domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire, tout comme les règles sur la liquidation partielle (art. 53b à 53d LPP : cf. art. 49 ch. 11 LPP).

9. Aussi, il aurait été intéressant de connaître la position du Tribunal fédéral sur l'articulation des art. 11, 49, 53b à d et 53e LPP, s'agissant en particulier du droit de participation des travailleurs dans la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire.

On précisera encore que le droit de participation des travailleurs ne vaut, évidemment, qu'en cas de résiliation par l'employeur. Ce droit ne vaut pas si la résiliation provient de l'institution de prévoyance.

10. L'arrêt du Tribunal fédéral du 5 mai 2020 a des conséquences pratiques.

S'agissant des institutions de prévoyance (anciennes ou nouvelles), elles feront bien de s'assurer que les règles de résiliation du contrat d'affiliation ont été respectées, en particulier celles sur le droit de participation des travailleurs, notamment pour, cas échéant, contester la mise en œuvre d'une liquidation partielle (procédure pouvant s'avérer longue et coûteuse). En l'espèce, on relève néanmoins que le maintien, respectivement l'affiliation (rétroactive) des associations faîtières et employeurs concernés au sein de la caisse de pensions ProParis soulèveront certainement quelques difficultés.

Pour les employeurs, il ne fait aucun doute qu'ils devront veiller à anticiper les délais de résiliation, en informant et faisant « participer » les travailleurs ou leur représentation. Sur ce dernier point, la Haute Cour n'a pas précisé sous quelle forme cette participation devait avoir lieu. Il ne fait toutefois aucun doute que le refus d'un seul travailleur ne saurait bloquer la résiliation. Enfin, on relèvera ici simplement qu'il n'est pas exclu que ce droit désormais affirmé de participation du travailleur soulève, dans certains cas, des questions intéressantes de résiliation (abusive ou non) de contrat de travail (« congé-modification »), relevant du droit du travail.