

Folgen der nicht widerlegten Teilliquidationsvermutung

Labyrinth Teilliquidation

Im Teilliquidationsfall werden auch die reglementarischen Bestimmungen überprüft, die konkretisieren, wann die Vermutung der Teilliquidation nicht greifen soll. Vermutlich erstmals hat nun ein eidgenössisches Gericht, das Bundesverwaltungsgericht, die Rechtswidrigkeit einer solchen Bestimmung festgestellt.

IN KÜRZE

Der Teilliquidationstatbestand Auflösung von Anschlussverträgen ist gegenüber den anderen von unterschiedlicher Natur. Ebenso unterscheiden sich die widerlegbare Teilliquidationsvermutung und schliesslich auch die Folgen einer festgestellten Rechtswidrigkeit von präzisierenden Bestimmungen.

In einem Urteil vom 1. September 2016 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass eine reglementarische Regelung einer Gemeinschaftsstiftung ungültig sei, wonach sie bei Auflösungen von Anschlussverträgen keine Teilliquidation durchführe, wenn deren Anzahl einen bestimmten Schwellenwert nicht erreiche. Mangels gültiger Regelung, welche die Vorsorgeeinrichtung zum Verzicht auf die Durchführung berechtige, sei ungeachtet der Anzahl aufgelöster Anschlussverträge und der davon betroffenen Versicherten eine Teilliquidation durchzuführen. Die Anwendung eines alternativen, tieferen Schwellenwerts lehnte das Bundesverwaltungsgericht ab.¹ Dieses Urteil basiert auf einer Sichtweise, die das Gericht in einem früheren Urteil² ausführlicher beschrieben hat, und gibt Anlass, die Vermutung näher zu betrachten, es sei in den in Art. 53b Abs. 1 BVG umschriebenen Fällen eine Teilliquidation durchzuführen.

Tatsachenvermutung

Die Teilliquidationstatbestände der Reduktion der Belegschaft und Restrukturierung enthalten Begriffe, die ohne reglementarische Präzisierung in der konkreten Anwendung verpönte Einzelfallentscheide zulassen würden. Bei diesen Tatbeständen liegt es auf der Hand, dass das Reglement Schwellenwerte zu enthalten hat, wann eine Verminderung der Belegschaft erheblich ist und welche personellen Auswirkungen bei einer Restrukturierung die Durchführung einer

Teilliquidation auslösen. Bei Restrukturierungen ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Anzahl aktiver Versicherter fälschlicherweise eine Stabilität vortäuschen kann, weil Personalabgänge durch -zugänge kompensiert wurden.

Das Teilliquidationsreglement präzisiert hier, wann die Vermutung der Teilliquidation greift und wann nicht. Die reglementarische Präzisierung betrifft den Tatbestand. Es liegt eine Tatsachenvermutung vor.³

Rechtsvermutung

Inzwischen steht auch fest, dass Gemeinschaftsstiftungen reglementarische Bestimmungen erlassen dürfen,⁴ wonach nicht jede Auflösung eines Anschlussvertrags zu einer Teilliquidation führe.⁵ Die Rechtsprechung hat damit dem Verständnis, wonach die Formulierung «Auflösung von Anschlussverträgen» so klar sei, dass es keine Ausnahme geben könne,⁶ eine Absage erteilt. Das ergänzende Kriterium kann auf die prozen-



Kurt C. Schweizer

Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt, Küssnacht

¹ Nicht rechtskräftiges Urteil vom 1.9.2016 (A-5524/2015).

² Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 23.5.2016 (A-2907/2015).

³ Max Kummer, Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern 1962 (Nachdruck 1966), Art. 8 N 323.

⁴ Ebenso Vorsorgeeinrichtungen von Konzernen (s. Christina Ruggli, Aufsichtsbehördliche Tätigkeit bei der Teil- und Gesamtliquidation in der Praxis, in: GEWOS-Schriftenreihe Bd. 5, Bern 2013, S. 38 Fn 24) und Sammelstiftungen für gemeinschaftliches Vermögen (s. Sabina Wilson, Die Erstellung des Teilliquidationsreglements einer Vorsorgeeinrichtung und weitere Einzelfragen zur Durchführung einer Teilliquidation, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Bd. 124, Basel 2016, S. 52 Rz 156).

⁵ BGE 136 V 322.

⁶ So Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.8.2008 (C-3896/2007).

tuale Verminderung des Versichertenbestands oder des Deckungskapitals abstellen.⁷

Bei Auflösungen von Anschlussverträgen liegt der Interpretationsspielraum nicht im Tatbestand. Entweder läuft ein Anschlussvertrag weiter oder er wird aufgelöst. Wenn zwar eine Auflösung eines Anschlussvertrags in der Regel zu einer Teilliquidation führen soll, in Ausnahmefällen aber eine solche unterbleiben kann, ist aufgrund rechtlicher Zusatzkriterien zu entscheiden, wann welche Rechtsfolge eintreten soll. Es geht um eine Rechtsvermutung.⁸

Widerlegbarkeit der Vermutung

Sowohl die Tatsachenvermutung wie auch die Rechtsvermutung sind widerlegbar, und zwar auf der Basis einer entsprechenden rechtsverbindlichen Bestimmung im Teilliquidationsreglement.⁹ Eine Teilliquidation hat zu unterbleiben, wenn eine Verminderung der Belegschaft die reglementarischen Schwellenwerte nicht erreicht oder wenn die einzelnen Personen freiwillig austraten, das Reglement aber nur auf unfreiwillige Austritte abstellt.¹⁰

Ein Versuch, die Rechtsvermutung von Art. 53b Abs. 1 lit. c BVG zu widerlegen, muss misslingen, wenn der reglementarische Schwellenwert nicht erreicht ist¹¹ oder wenn dem Reglement keine rechtsgenügende Bestimmung dazu zu entnehmen ist, unter welchen Voraussetzungen trotz Auflösung eines Anschlussvertrags keine Teilliquidation erfolgen soll.¹²

Zweistufige Rechtskontrolle

Zwar erlässt der Stiftungsrat das Teilliquidationsreglement,¹³ doch bedarf es

der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde.¹⁴ Die Aufsichtsbehörde muss sich im Genehmigungsverfahren auf eine Rechtskontrolle beschränken und darf ihr Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Stiftungsrats setzen.¹⁵ Die Genehmigungsverfügung hat konstitutive Wirkung, mit ihr tritt das Teilliquidationsreglement in Kraft.¹⁶

Die Wirkung der Genehmigung ist beschränkt, können das Teilliquidationsreglement und die reglementarischen Bestimmung doch vorfrageweise im Rahmen eines konkreten Anwendungsfalls auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüft werden.¹⁷ Bisher hatte nach dem Kenntnisstand des Verfassers kein eidgenössisches Gericht eine die Teilliquidationsvermutung konkretisierende reglementarische Bestimmung rechtswidrig erklärt. Nun liegt ein erster Entscheid dazu vor, und zwar zum Tatbestand der Auflösung von Anschlussverträgen. Nachfolgend einzugehen ist aber nicht auf den Grund der Aufhebung, sondern auf die Folgen, die sich daraus ergeben.

Folgen der Rechtswidrigkeit

Eine in akzessorischer Normenkontrolle festgestellte Rechtswidrigkeit führt nach Lehre und Rechtsprechung nicht zur Aufhebung der betreffenden Regelung, sondern lediglich zu ihrer Nichtanwendung im strittigen Einzelfall. Sie bleibt damit an sich bestehen, doch kann natürlich ihre Rechtswidrigkeit in jedem nächsten Anwendungsfall wieder geltend gemacht werden.¹⁸ Allerdings lässt sich der rechtmässige Zustand nicht in allen Fällen durch die blosser Nichtanwendung der beanstandeten Bestimmung wieder herstellen. Die Normenkontrolle sollte grundsätzlich – inner-

halb der massgebenden Schranken – auch dort greifen, wo es richterlicher Lückenfüllung bedarf.¹⁹

Das Bundesverwaltungsgericht ging in seinen Erwägungen zum besprochenen Entscheid zwar auf die Option ein, anstelle der rechtswidrigen Bestimmung (Auflösung von mindestens 10 Prozent der Anschlussverträge) eine subsidiäre anzuwenden, gemäss der auf die praxisgemäss noch maximal zulässige Schwelle von 5 Prozent der Anzahl Versicherten abzustellen sei, verwarf sie aber. Es führt an, dass für die Umsetzung des Teilliquidationstatbestands der Auflösung von Anschlussverträgen keine konkretisierende Bestimmung notwendig ist, und vertritt die Auffassung, bei deren Unverbindlichkeit bestehe keine Lücke im Reglement beziehungsweise keine planwidrige Unvollständigkeit. Mangels gültiger Einschränkung sei also in jedem Fall der Auflösung eines Anschlussvertrags – dem Grundsatz der Gleichbehandlung entsprechend – eine Teilliquidation durchzuführen.²⁰

Die blosser Nichtanwendung ist möglich, wenn sich in der Inzidenzkontrolle eine reglementarische Einschränkung zum Teilliquidationstatbestand Auflösung des Anschlussvertrags als rechtswidrig erweist. Zwar kann eine konkretisierende Bestimmung in angemessener Ausprägung aus Praktikabilitäts- und Verhältnismässigkeitsüberlegungen sinnvoll sein (auch wenn sie dem Grundsatz der Gleichbehandlung eher zuwider läuft),²¹ doch braucht es sie nicht zwingend, um eine Teilliquidation durchführen zu können.

Für die anderen Teilliquidationstatbestände sind hingegen zusätzliche Präzisierungen unverzichtbar, und nächste Entscheide werden zeigen, ob sich die Gerichte als dafür zuständig und aufgrund der Komplexität der Materie als dazu geeignet erachten.²² Ungeachtet von Kognitionsfragen spricht für eine richterliche Lückenfüllung, dass sie zu keiner zusätzliche Verzögerung des Teilliquidationsverfahrens führt. **I**

⁷ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 100, Ziffer 590; s. zu Kombinationsmöglichkeiten Wilson (zit. Fn 4), S. 52 Rz 155.

⁸ Martina Stocker, Die Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, AISUF Bd. 317, Zürich 2012, S. 117; Kummer (zit. Fn 3) Art. 8 N 324.

⁹ Die Widerlegung erfolgt durch den Gegenbeweis, Stocker (zit. Fn 8) S. 117; A-2907/2015 (zit. Fn 2) E. 1.3.1.

¹⁰ Bundesgericht, Urteil vom 6.11.2015 (9C_297/2015).

¹¹ A-2907/2015 (zit. Fn 2).

¹² A-5524/2015 (zit. Fn 1).

¹³ Art. 51a Abs. 2 lit. c BVG.

¹⁴ Art. 53b Abs. 3 BVG.

¹⁵ Art. 62 Abs. 1 lit. a BVG, s. Wilson (zit. Fn 4), S. 122 Rz 397 und zum Vorgehen bei Gesetzeswidrigkeit S. 123 f. Rz 402.

¹⁶ Lucrezia Glanzmann-Tarnutzer, Aktuelle Problemfelder in der Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, in: AJP 2014, S. 453 m.w.H.

¹⁷ BGE 139 V 72; sog. akzessorische Normenkontrolle (A-5524/2015 [zit. Fn 1] E. 4.2) bzw. Inzidenzkontrolle (Glanzmann-Tarnutzer [zit. Fn 16], s. 453).

¹⁸ Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8.A., Zürich 2012, S. 680 Rz 2076.

¹⁹ BGE 117 V 318 E. 5 S. 323 f. mit Erwähnung der Schranke der Gewaltenteilung.

²⁰ A-5524/2015 (zit. Fn 1) E 7.

²¹ S. A-5524/2015 (zit. Fn 1) E. 7.4.

²² Dies war nicht der Fall in BVG 117 V 318, s. dort E. 6.b S. 327 f.

Conséquences de la présomption de liquidation partielle non réfutée

Labyrinthe de la liquidation partielle

Les dispositions réglementaires qui concrétisent les conditions dans lesquelles la présomption de liquidation partielle ne doit pas faire effet sont également vérifiées en cas de liquidation partielle. Pour la première fois sans doute, un tribunal fédéral, à savoir le Tribunal administratif fédéral, a constaté qu'une telle disposition était contraire au droit.

EN BREF

L'état de fait de liquidation partielle de la résiliation des contrats d'affiliation est de nature différente par rapport aux autres.

La présomption de liquidation partielle réfutable et pour finir les conséquences d'une illégalité constatée des dispositions visant à préciser les règles diffèrent également.

Dans un arrêt du 1^{er} septembre 2016, le Tribunal fédéral a statué qu'une disposition réglementaire d'une fondation collective, aux termes de laquelle elle ne procéderait pas à une liquidation partielle lors de la résiliation de contrats d'affiliation si leur nombre n'atteint pas une certaine valeur seuil, était invalide. Faute de réglementation valable qui autorise l'institution de prévoyance à renoncer à l'exécution, une liquidation partielle est requise, nonobstant le nombre de contrats d'affiliation résiliés et les assurés concernés. Le Tribunal administratif fédéral a refusé l'application d'une valeur seuil alternative plus basse.¹ Cet arrêt se fonde sur un point de vue que le tribunal a décrit plus en détail dans un arrêt antérieur² et offre l'occasion d'étudier de plus près l'hypothèse selon laquelle une liquidation partielle devrait être réalisée dans les cas décrits à l'art. 53b al. 1 LPP.

Présomption des faits

Les états de faits de la liquidation partielle que sont la réduction de l'effectif du personnel et la restructuration impliquent des notions qui autoriseraient des décisions au cas par cas décrites, en l'absence de précision de l'application concrète dans le règlement. Dans ces états de faits, il est évident que le règlement doit inclure des valeurs seuils précisant quand une réduction de l'effectif est importante et quelles conséquences personnelles déclenchent la mise en œuvre d'une liquidation partielle en cas de restructuration. Les restructurations

doivent également tenir compte du fait que le nombre d'assurés actifs peut donner l'illusion d'une stabilité, les sorties de personnel ayant été compensées par des entrées.

Le règlement de liquidation partielle précise à cet égard les conditions dans lesquelles la présomption de liquidation partielle est effective ou non. La précision réglementaire concerne l'état de fait. Les faits sont présumés.³

Présomption légale

Entre-temps, il est également établi que les fondations collectives ont le droit d'édicter des dispositions réglementaires,⁴ selon lesquelles chaque résiliation d'un contrat d'affiliation ne débouche pas sur une liquidation partielle.⁵ La jurisprudence a donc rejeté l'idée selon laquelle la formulation «résiliation des contrats d'affiliation» serait suffisamment claire pour qu'il ne puisse pas y avoir d'exception.⁶ Le critère complémentaire peut porter sur la diminution

¹ Arrêt non entré en force du 1.9.2016 (A-5524/2015).

² Tribunal administratif fédéral, arrêt du 23.5.2016 (A-2907/2015).

³ Max Kummer, Berner Kommentar, Einleitungsband, Berne 1962 (réédition en 1966), Art. 8 N 323.

⁴ Il en va de même des institutions de prévoyance de groupes (cf. Christina Ruggli, Aufsichtsbehördliche Tätigkeit bei der Teil- und Gesamtliquidation in der Praxis, in: GEWOS-Schriftenreihe tome 5, Berne 2013, p. 38 note de bas de page 24) et des fondations collectives pour la fortune commune (s. Sabina Wilson, Die Erstellung des Teilliquidationsreglements einer Vorsorgeeinrichtung und weitere Einzelfragen zur Durchführung einer Teilliquidation, Basler Studien zur Rechtswissenschaft tome 124, Bâle 2016, p. 52 Cm 156).

⁵ ATF 136 V 322.

⁶ Idem pour l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 22.8.2008 (C-3896/2007).

en pourcentage de l'effectif des assurés ou sur le capital de couverture.⁷

En cas de résiliation des contrats d'affiliation, la marge d'interprétation ne relève pas de l'état de fait. Soit un contrat d'affiliation se poursuit, soit il est résilié. Même si la résiliation d'un contrat d'affiliation doit généralement déboucher sur une liquidation partielle, mais que celle-ci peut exceptionnellement ne pas avoir lieu, il faut décider en vertu de critères juridiques complémentaires quelles conséquences juridiques doivent intervenir et quand il s'agit d'une présomption légale.⁸

Réfutabilité de la présomption

Tant la présomption des faits que la présomption légale sont réfutables et ce, sur la base d'une disposition contraignante dans le règlement de liquidation partielle.⁹ Il ne doit pas y avoir de liquidation partielle si une réduction de l'effectif n'atteint pas les valeurs seuils réglementaires ou si les différentes personnes ont volontairement quitté la fondation, alors que le règlement ne se base que sur les départs non volontaires.¹⁰

Une tentative pour réfuter l'hypothèse juridique de l'art. 53b al. 1 let. c LPP doit échouer si la valeur seuil réglementaire n'est pas atteinte¹¹ ou si le règlement ne comporte aucune disposition juridiquement suffisante précisant les conditions dans lesquelles il ne devrait pas y avoir de liquidation partielle malgré la résiliation d'un contrat d'affiliation.¹²

Contrôle juridique à deux niveaux

Le conseil de fondation édicte certes le règlement de liquidation partielle,¹³

mais l'approbation par l'autorité de surveillance est requise.¹⁴ Dans le cadre de la procédure d'approbation, l'autorité de surveillance doit se limiter à un contrôle juridique et ne doit pas substituer sa libre appréciation à celle du conseil de fondation.¹⁵ La décision d'approbation a un effet constitutif, le règlement de liquidation partielle prend effet avec elle.¹⁶

L'effet de l'approbation est limité, la conformité du règlement de liquidation partielle et de la disposition réglementaire avec un droit de rang supérieur pouvant être contrôlée à titre préjudiciel, dans le cadre d'un cas d'application concret.¹⁷ Autant que l'auteur le sache, aucun tribunal fédéral n'avait pour l'instant déclaré illégale une disposition réglementaire concrétisant la présomption de liquidation partielle. Nous disposons à présent d'une première décision en ce sens concernant la résiliation des contrats d'affiliation. Nous étudierons ci-après non pas le motif de l'annulation, mais les conséquences qui en découlent.

Conséquences de l'illégalité

Conformément à la doctrine et à la jurisprudence, une illégalité constatée lors d'un contrôle accessoire des normes n'entraîne pas l'annulation de la réglementation concernée, mais seulement sa non-application dans le cas particulier litigieux. Elle est donc conservée, mais il est bien sûr possible de faire valoir son illégalité à chaque nouvelle application.¹⁸

L'état conforme au droit ne peut cependant pas être restauré dans tous les cas par la simple non-application de la disposition contestée. Dans le cadre des limites déterminantes, le contrôle des normes devrait en principe également

s'appliquer lorsque les lacunes doivent être comblées par un juge.¹⁹

Dans ses considérants concernant l'arrêt évoqué, le Tribunal administratif fédéral a examiné l'option consistant à appliquer une disposition subsidiaire à la place de la disposition illégale (résiliation d'au moins 10% des contrats d'affiliation), selon laquelle il faudrait se baser sur le seuil maximal admissible de 5% des assurés conformément à la pratique, mais l'a finalement rejetée. Il indique qu'aucune disposition concrétisant l'état de fait de liquidation partielle de la résiliation de contrats d'affiliation n'est requise pour sa mise en œuvre et considère que sa nature non contraignante n'entraîne aucune lacune dans le règlement ni son inconséquence. Faute de restriction valable, une liquidation partielle serait donc requise en cas de résiliation d'un contrat d'affiliation, conformément au principe de l'égalité de traitement.²⁰

La simple non-application est possible s'il s'avère lors du contrôle de l'incidence qu'une restriction réglementaire concernant l'état de fait de liquidation partielle de la résiliation du contrat d'affiliation est illégale. Une disposition visant à concrétiser les faits peut certes être utile dans la perspective d'une réflexion sur la praticabilité et la proportionnalité (même si elle est plutôt contraire au principe de l'égalité de traitement),²¹ mais elle n'est pas requise pour pouvoir mener à bien une liquidation partielle.

Des précisions supplémentaires sont en revanche indispensables pour les autres états de fait de la liquidation partielle, et les décisions à venir montreront si les tribunaux estiment être compétents à cet égard et être en mesure de statuer compte tenu de la complexité du sujet.²² Nonobstant les questions de cognition, le comblement des lacunes par un juge a l'avantage de n'entraîner aucun retard supplémentaire de la procédure de liquidation partielle. **I**

Kurt C. Schweizer

⁷ OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 100, chiffre 590; cf. à propos des possibilités de combinaison Wilson (note citée 4), p. 52 Cm 155.

⁸ Martina Stocker, Die Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, AISUF Tome 317, Zurich 2012, p. 117; Kummer (note citée 3) Art. 8 N 324.

⁹ La réfutation s'effectue en apportant la preuve du contraire, Stocker (note citée 8) p. 117; A-2907/2015 (note citée 2) Consid. 1.3.1.

¹⁰ Tribunal fédéral, arrêt du 6.11.2015 (9C_297/2015).

¹¹ A-2907/2015 (note citée 2).

¹² A-5524/2015 (note citée 1).

¹³ Art. 51a al. 2 let. c, LPP.

¹⁴ Art. 53b al. 3 LPP.

¹⁵ Art. 62 al. 1 let. a LPP, cf. Wilson (note citée 4), p. 122 Cm 397 et à propos de la procédure en cas d'illégalité p. 123 s. Cm 402.

¹⁶ Lucrezia Glanzmann-Tarnutzer, Aktuelle Problemfelder in der Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen, in: PJA 2014, p. 453 avec de nombreux renvois.

¹⁷ ATF 139 V 72; contrôle accessoire des normes (A-5524/2015 [note citée 1] Consid. 4.2) ou contrôle d'incidence (Glanzmann-Tarnutzer [note citée 16], p. 453).

¹⁸ Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8.A., Zurich 2012, p. 680 Cm 2076.

¹⁹ ATF 117 V 318 Consid. 5 p. 323 s. avec évocation de la barrière de la séparation des pouvoirs.

²⁰ A-5524/2015 (note citée 1) Consid. 7.

²¹ Cf. A-5524/2015 (note citée 1) Consid. 7.4.

²² Ce n'était pas le cas dans l'arrêt TAF 117 V 318, cf. le consid. 6.b p. 327 s.