



Cour I
A-5138/2018, A-5139/2018

Arrêt du 19 août 2022

Composition

Raphaël Gani (président du collège),
Keita Mutombo, Jürg Steiger, juges,
Raphaël Bagnoud, greffier.

Parties

1. - 358. **A. et al.**,
les recourants 1 à 6 représentés par
Maître Anne Troilletet Maître Céline Moullet,
et
A. _____,
les recourants 7 à 358 représentés par
A. _____,
recourants,
contre
B. _____,
intimée,

**Autorité cantonale de surveillance des fondations
et des institutions de prévoyance,**

Rue de Lausanne 63, Case postale 1123, 1211 Genève 1,
autorité inférieure.

Objet

LPP, liquidation partielle ; décisions du 20 juillet 2018.

Faits :**A.**

A.a B. _____ (ci-après: la Fondation ou l'intimée) a pour but de venir en aide aux employés des sociétés affiliées au groupe X. _____ (ci-après : le Groupe) en cas notamment de vieillesse ou d'invalidité. Suite à une restructuration du Groupe ayant entraîné le transfert au 30 septembre 2016 de 559 assurés dans une nouvelle institution de prévoyance, le conseil de fondation de l'intimée décida de procéder à la liquidation partielle de cette dernière.

A.b Le 5 avril 2017, l'association A. _____ fut constituée, avec pour but la défense des intérêts des anciens employés du Groupe éligibles à la prestation « *** » et des anciens employés du Groupe touchés par la liquidation partielle de la Fondation. Tous ses membres font partie du groupe d'employés transférés le 30 septembre 2016 dans une nouvelle institution de prévoyance.

B.

B.a Dans le cadre de la procédure de liquidation partielle de l'intimée, six assurés (ci-après : les recourants 1 à 6) d'une part, ainsi que l'association A. _____ et ses membres d'autre part, saisirent l'autorité de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance (ci-après : l'ASFIP ou l'autorité inférieure) de deux plaintes distinctes – mais portant des conclusions identiques – datées du 30 juin 2017. Suite à de nombreux échanges d'écritures, l'ASFIP traita chacune des plaintes précitées en disjoignant les questions ayant d'une part trait à la liquidation partielle de l'intimée et, d'autre part, à la gestion de celle-ci.

B.b Par deux décisions du 3 juillet 2018 portant sur la liquidation partielle de la Fondation, rendues l'une à l'encontre des recourants 1 à 6, l'autre à l'encontre de l'association A. _____, l'ASFIP considéra d'une part que les plaintes du 30 juin 2017, en tant que déposées par les recourants 2 et 4 et par ladite association, étaient irrecevables ; d'autre part, l'ASFIP rejeta la plainte en tant que formée par les recourants 1, 3, 5 et 6. Ces deux décisions ont été déférées au Tribunal administratif fédéral par recours du 5 septembre 2018 et font l'objet d'un arrêt distinct rendu ce jour (procédures jointes sous référence A-5129/2018).

B.c Par deux décisions du 20 juillet 2018, rendues l'une à l'encontre des recourants 1 à 6, l'autre à l'encontre de l'association A. _____, l'ASFIP déclara irrecevables les plaintes du 30 juin 2017 en tant que celles-ci portaient sur la gestion de la Fondation.

C.

C.a Les recourants 1 à 6 ainsi que l'association A._____ et ses membres (ci-après ég. : les recourants) ont contesté les décisions respectivement rendues à leur encontre le 20 juillet 2018 par deux recours séparés du 5 septembre 2018, entraînant l'ouverture de deux procédures de recours distinctes : l'une concernant les recourants 1 à 6 (A-5139/2018), l'autre l'association A._____ et ses membres (A-5138/2018). Dans leurs mémoires respectifs, les recourants ont notamment pris les conclusions – identiques – suivantes :

« Principalement

- Admettre le présent recours.
- Annuler et mettre à néant la décision de l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance rendue le 20 juillet 2018.
- Renvoyer la cause à l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance pour nouvelle décision dans le sens des considérants, après instruction des conclusions suivantes

PrincipalementA. Prestations de libre passage

- ❖ Fixer le montant total des prestations de libre passage majorées au 1er octobre 2016 des assurés actifs sortis dans le cadre du transfert à l'institution de prévoyance auprès de laquelle [la société reprenante] est affiliée.
- ❖ Dire et prononcer que le droit aux provisions et réserves collectives doit être fixé sur la base du montant total majoré des prestations de libre passage.
- ❖ Ordonner à B._____ de verser aux assurés sortis depuis le 1er janvier 2011 le solde de la prestation de libre passage majorée.

B. Taux d'intérêt technique

- ❖ Dire et constater que la décision du Conseil de fondation de maintenir le taux d'intérêt technique à 3.25% au 30 juin 2016 est nulle et non avenue.
- ❖ Ordonner à B._____ de fixer son taux d'intérêt technique conformément à la DTA 4 et à sa pratique avant le 30 juin 2016.

- ❖ Dire et constater que la décision du Conseil de fondation d'utiliser un taux d'intérêt technique de 4.5% pour le calcul des prestations de libre passage est nulle et non avenue.
- ❖ Ordonner à B. _____ de fixer son taux d'intérêt technique pour le calcul des prestations de libre passage à un taux identique à celui utilisé pour le calcul des engagements de rentes, à compter du 1^{er} janvier 2011.
- ❖ Ordonner à B. _____ d'utiliser les dernières tables de mortalité générationnelles disponibles, à savoir LPP 2015, au lieu de LPP 2010.

C. Facteurs de conversion pour les prestations d'entrée

- ❖ Dire et constater que les facteurs de conversion pour les prestations d'entrée prévus par le règlement du plan de pension sont nuls, en tant qu'ils prévoient des taux d'escompte différents appliqués aux prestations d'entrée.
- ❖ Ordonner à B. _____ de fixer des facteurs de conversion identiques pour les prestations d'entrée.

D. Cotisations

- ❖ Dire et constater que les décisions du Conseil de fondation en matière de fixation du niveau des cotisations pour financer les plans de prévoyance sont nulles.
- ❖ Ordonner à B. _____ d'augmenter le montant des cotisations périodiques de l'employeur au niveau nécessaire pour assurer le financement en tout temps des prestations de prévoyance, avec intérêts à 5%, dès le 1^{er} janvier 2008.

E. Réserve de fluctuation de valeur

- ❖ Dire et constater que B. _____ ne peut jamais être en découvert, l'employeur étant tenu, conformément à l'article 5 du contrat d'affiliation, de verser une contribution supplémentaire afin de ramener le degré de couverture au-dessus de 100%.
- ❖ Dire et constater que la décision du Conseil de fondation de dissoudre la réserve de fluctuation de valeur au 30 juin 2015 est nulle et non avenue.
- ❖ Ordonner à B. _____ de reconstituer la réserve de fluctuation de valeur à hauteur de 73% des engagements transférés, en exigeant de l'employeur qu'il verse les montants correspondants.

- ❖ Dire et constater que le montant nécessaire pour reconstituer la réserve de fluctuation de valeur doit, ad minima, comprendre la somme de CHF 17'283'094.-, laquelle correspond au montant de la réserve de fluctuation de valeur dissoute à tort au 30 juin 2015, majorée de la performance nette de la fortune depuis le 1er juillet 2015.
- ❖ Ordonner à B._____ de majorer le montant de CHF 17'283'094.- de la performance nette de la fortune depuis le 1er juillet 2015.

Subsidiairement

- ❖ Ordonner à B._____ de fixer son taux d'intérêt technique pour le calcul des prestations de libre passage dans un écart raisonnable à celui utilisé pour le calcul des engagements de rentes, à compter du 1er janvier 2011.
 - ❖ Ordonner à B._____ de verser aux assurés sortis depuis le 1^{er} janvier 2011 le solde de la prestation de libre passage, après nouveau calcul.
 - ❖ Ordonner à B._____ de procéder à un nouveau calcul de la provision pour combler la lacune du taux de référence, sur la base d'un taux d'intérêt technique conforme à la DTA 4 et à sa pratique avant le 30 juin 2016.
- Débouté B._____ de toutes autres ou contraires conclusions, avec suite de frais et dépens, y compris pour la procédure devant l'autorité cantonale. »

C.b Par réponses du 17 décembre 2018, l'intimée a conclu, dans les deux procédures ici concernées (A-5138/2018 et A-5139/2018), à la confirmation des décisions entreprises, à l'irrecevabilité, respectivement au rejet des conclusions principales et subsidiaires des recourants, ainsi qu'à ce que ceux-ci soient déboutés de toutes leurs conclusions, sous suite de frais et dépens, y compris pour la procédure devant l'autorité cantonale. Dans chacune des deux causes, l'ASFIP a conclu par réponses du 18 janvier 2019 à l'irrecevabilité des recours, à ce que les recourants soient déboutés de toutes leurs conclusions et à la confirmation des décisions entreprises.

C.c Par courrier du 9 janvier 2019, D._____ a déclaré renoncer à sa qualité de membre de l'association A._____ et de partie dans la procédure A-5138/2018. Par arrêt partiel du 16 janvier 2019, le Tribunal administratif fédéral a pris acte du désistement de D._____ et déclaré sans objet la cause A-5138/2018 en ce qu'elle concernait ce dernier.

C.d Par deux répliques du 29 mars 2019, déposées l'une dans la procédure A-5138/2018, l'autre dans la procédure A-5139/2018, les recourants ont complété leurs recours respectifs, en y ajoutant au titre de leurs conclusions principales les deux suivantes : « Dire et prononcer qu'un montant de 38'800'000.-, représentant 8,9% de l'actif au 30 juin 2016, doit être ajouté à la provision technique visée à l'article 6 du règlement des provisions techniques dans le bilan de liquidation partielle » ; « Condamner la [Fondation] à reconstituer cette provision ». Les recourants ont en outre versé aux dossiers des causes précitées un avis actuariel du 3 janvier 2019, accompagné du curriculum vitae de l'un des deux experts l'ayant établi.

Dans les deux procédures précitées, l'ASFIP a réitéré ses conclusions et en outre conclu à l'irrecevabilité des conclusions nouvelles des recourants par dupliques du 19 juin 2019. Les recourants se sont spontanément déterminés sur ces écritures par mémoires du 11 juillet 2019. Par courriers du 23 juillet 2019, l'ASFIP a déclaré persister dans toutes ses conclusions. Dans chacune des procédures en cause, l'intimée s'est déterminée sur les observations spontanées des recourants du 11 juillet 2019 et sur leurs répliques du 29 mars par mémoires du 7 août 2019 et dupliques du 19 août 2019, déclarant persister dans ses conclusions prises précédemment et concluant à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet des conclusions nouvelles des recourants.

C.e Par courriers du 25 juillet 2019 accompagnés d'un lot de pièces complémentaires, les recourants ont déclaré produire des « faits et moyens de preuves nouveaux » dans chacune des deux procédures de recours (A-5138/2018 et A-5139/2018). L'intimée s'est déterminée sur ces écritures par mémoires du 13 septembre 2019. Dans les deux procédures en cause, les recourants et l'intimée se sont encore exprimés et ont produit des pièces supplémentaires par mémoires respectifs des 31 octobre 2019 et 28 janvier 2020.

C.f Par deux ordonnances du 11 février 2020, respectivement rendues dans les procédures A-5138/2018 et A-5139/2018, le juge instructeur a imparti aux parties un délai commun non prolongeable au 9 avril 2020 « pour déposer un ultime mémoire synthétisant leur argumentation juridique en lien avec l'objet du litige, en particulier si celui-ci est limité à des questions de recevabilité ». Dans chacune des deux procédures précitées, toutes les parties ont confirmé, dans le délai imparti, les conclusions qu'elles avaient prises dans leurs précédentes écritures, l'intimée écrivant en outre encore spontanément à la Cour en date du 4 mai 2020.

Les autres faits et les arguments des parties seront repris, pour autant que besoin, dans les considérants en droit du présent arrêt.

Droit :

1.

1.1 En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) et sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de cette loi, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par les autorités cantonales de surveillance au sens de l'art. 61 de la loi du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40) peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral sur la base de l'art. 33 let. i LTAF en combinaison avec l'art. 74 al. 1 LPP (cf. PETRA CAMINADA, Staatliche Aufsicht der beruflichen Vorsorge, 2012, p. 94 ss).

En l'occurrence, les deux décisions rendues le 20 juillet 2018 par l'autorité inférieure en sa qualité d'autorité de surveillance du canton *** constituent des décisions au sens de l'art. 5 al. 1 let. c PA. Le tribunal de céans est donc matériellement compétent pour connaître des recours respectivement formés à leur encontre par les recourants 1 à 6, d'une part, et par l'association A. _____ et ses membres, d'autre part. La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

2.

2.1 En leur qualité de destinataires de la décision d'irrecevabilité du 20 juillet 2018 rendue à leur encontre, les recourants 1 à 6 sont spécialement touchés par celle-ci et ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors leur être reconnue (cf. art. 48 al. 1 PA). Il en va en outre de même de l'association A. _____, à l'encontre de laquelle (seule) la seconde décision d'irrecevabilité du 20 juillet 2018 a été expressément rendue. Dans la présente procédure, les membres de cette dernière invoquent à cet égard une violation de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) et déclarent recourir personnellement contre ladite décision, conjointement avec l'association. L'intimée fait pour sa part en substance valoir que A. _____ avait agi

devant l'autorité inférieure par le biais d'un recours « égoïste » et conclut à l'irrecevabilité du recours devant le Tribunal administratif fédéral en tant que formé par les membres de l'association. Cela étant, on observera que cette question ne revêt qu'un caractère purement théorique – les effets de la présente décision valant tous les cas pour membres de l'association, soit directement de par leur qualité de partie, soit indirectement en leur qualité de membre. Dès lors et dans la mesure où la plainte du 30 juin 2017 a expressément été formée au nom des membres de A. _____ également (cf. p. 2), lesquels ont en outre clairement fait part de leur volonté de participer à la présente procédure et disposent au surplus, de par leur qualité d'ancien assuré de l'intimée, d'un intérêt à l'annulation de la décision en cause, le tribunal de céans est d'avis qu'il convient de leur accorder la qualité pour agir (cf. au surplus le récent ATF 148 V 2 consid. 4.2 et 5.2, avec référence à l'ATF 127 V 107).

Interjetés en temps utile (cf. art. 50 al. 1 PA), les recours répondent au surplus aux exigences de contenu et de forme de la procédure administrative (cf. art. 52 al. 1 PA). Il convient donc d'entrer en matière, sous réserves des considérations suivantes.

2.2 La décision attaquée, plus particulièrement son dispositif, délimite l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours. S'agissant d'une décision d'irrecevabilité, l'objet du litige est ainsi limité à la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a refusé d'entrer en matière sur le fond (cf. ATF 132 V 74 consid. 1.1 ; arrêts du TAF A-2632/2020 du 5 août 2021 consid. 1.4.1.2 et A-3945/2013 du 2 avril 2014 consid. 1.6 ; MARKUS MÜLLER, in : Auer/Müller/Schindler [édit.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2^e éd., 2019 [ci-après cité: VwVG-Kommentar], n° 14 ad art. 44 PA ; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2^e éd., 2013, n. marg. 2.1 ss et 2.213).

Il s'ensuit que dans la mesure où ils tendent à l'annulation des décisions du 20 juillet 2018 et à ce que l'ASFIP entre en matière sur les plaintes respectivement formées par les recourants 1 à 6 et par l'association A. _____ et ses membres, les recours sont recevables. Il n'y a en revanche pas lieu d'entrer en matière sur les conclusions et arguments au fond des recourants, qui excèdent l'objet de la contestation. Il en va en outre de même des demandes d'instruction des recourants (cf. conclusions au fond préalables des mémoires de recours), dans la mesure où elles se rapportent au fond de l'affaire – et non à la question de la recevabilité des réclamations. On relèvera encore ici que les conclusions, griefs, arguments

et requêtes au fond ayant trait à la procédure de liquidation partielle de l'intimée ont été examinés dans les procédures parallèles A-5129/2018 et A-5130/2018 (cf. arrêt du TAF A-5129/2018 rendu ce jour ; cf. ég. à ce propos consid. 4.3 ci-après).

3.

3.1 Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. MOOR/POLTIER, *op. cit.*, p. 300 s.), ni par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA). La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité constate les faits d'office et apprécie librement les preuves (art. 12 ss PA). Les parties doivent toutefois motiver leur recours (art. 52 al. 1 PA) et collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) ; en conséquence, le Tribunal administratif fédéral se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013, ch. 1135 s.).

3.2 Conformément à l'art. 49 let. a à c PA, les recourants peuvent invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'inopportunité (cf. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd., 2016, n. marg. 1146 ss ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *op. cit.*, n. marg. 2.149).

4.

4.1 D'après l'art. 24 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (PCF, RS 273) en relation avec l'art. 4 PA, il y a lieu de réunir en une seule procédure des recours qui concernent les mêmes parties, présentent une étroite unité dans le contenu de leur état de fait et dans lesquels se posent les mêmes questions de droit. Une telle solution répond en effet à un souci d'économie de procédure et est dans l'intérêt de toutes les parties (cf. ATF 131 V 224 consid. 1 ; arrêt du TF 1B_83/2017 du 8 mars 2017 consid. 2 ; arrêts du TAF A-5191/2017 précité consid. 1.2.1 et A-1234/2017 du 17 avril 2019 consid. 1.2). L'autorité jouit d'un grand pouvoir d'appréciation en la matière et peut d'ailleurs procéder à la jonction

de causes à n'importe quel stade de la procédure (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. marg. 3.17).

4.2 En l'occurrence, les deux recours sont dirigés contre deux décisions d'irrecevabilité identiques en droit, rendues le même jour par l'autorité inférieure sur les plaintes – portant les mêmes conclusions et dans une très large mesure rédigées à l'identique – respectivement formées par les recourants 1 à 6 et l'association A._____ et ses membres. Les arguments que ces derniers font respectivement valoir contre le refus d'entrée en matière de l'autorité inférieure sont de plus les mêmes. En outre, les parties à la procédure A-5139/2018, à savoir les recourants 1 à 6, sont également parties à la procédure A-5130/2018 en leur qualité de membres de l'association A._____.

Dans ces conditions, le tribunal de céans considère qu'il est judicieux de joindre les causes A-5138/2018 et A-5139/2018 et de les traiter dans un seul et même arrêt (cf. consid. 4.1 ci-avant), sans qu'il ne se justifie, au préalable, de rendre sur ce point une décision incidente pouvant faire séparément l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, la jonction n'étant en l'occurrence pas susceptible de causer de préjudice irréparable (cf. art. 93 al. 1 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] ; ATF 141 III 80 consid. 1.2).

4.3 Par ailleurs, les recourants demandent que les présentes causes A-5138/2018 et A-5139/2018 soient respectivement jointes aux causes A-5139/2018 et A-5138/2018. Ils font en substance valoir que ces différentes causes ont une influence réciproque et qu'il ne serait pas possible de traiter la contestation de la liquidation partielle sans examiner au préalable les griefs soulevés en lien avec la gestion de l'intimée. L'autorité inférieure et l'intimée concluent au rejet de ces demandes.

4.3.1 Il sied d'abord de rappeler ici que, parallèlement aux présentes procédures (A-5138/2018 et A-5139/2018), deux autres causes pendantes devant le Tribunal administratif fédéral concernent aussi les recourants 1 à 6 pour l'une (A-5129/2018) et, pour l'autre (A-5130/2018), l'association A._____ et ses membres (cf. let. C ci-avant). Les causes dont la jonction est respectivement requise concernent ainsi les mêmes parties.

4.3.2 Cela étant, l'autorité de céans constate que les questions juridiques qui se posent dans ces différentes causes sont différentes. Alors que les présentes procédures ont uniquement trait à la compétence de l'autorité inférieure de se saisir des plaintes respectivement formées par les

recourants en ce que celles-ci portaient sur la gestion de l'intimée (cf. consid. 2 ci-avant), les procédures parallèles A-5129/2018 et A-5130/2018 portent quant à elles sur la liquidation partielle de l'intimée, respectivement à la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a dénié aux recourants 2 et 4 et à l'association A. _____ et ses membres la qualité pour contester devant elle la procédure de liquidation partielle, au motif que ceux-ci n'avaient respecté la procédure de conciliation interne de l'intimée.

Dans la mesure où, en outre, c'est à bon droit que l'autorité inférieure a considéré que les griefs concernant de manière générale la gestion de l'intimée ne pouvaient être traités dans le cadre de la procédure de vérification de la procédure de liquidation partielle de l'art. 53d al. 6 LPP (pour le raisonnement complet, cf. arrêt du TAF A-5129/2018 rendu ce jour dans les procédures parallèles A-5129/2018 et A-5120/2018, consid. 3.3.2), le tribunal de céans considère qu'il ne se justifie nullement de joindre les deux procédures A-5138/2018 et A-5139/2018 aux causes A-5129/2018 et A-5130/2018 (cf. consid. 4.1 ci-avant). Les requêtes en ce sens doivent donc être rejetées.

5.

Comme exposé (cf. consid. 2.2 ci-avant), le litige porte uniquement sur la recevabilité des plaintes respectivement formées par les recourants, en ce que celles-ci portaient sur la gestion de l'intimée. Pour se prononcer à ce sujet, il importe tout d'abord de rappeler le rôle et les tâches de l'autorité inférieure.

5.1 L'autorité de surveillance cantonale ou régionale au sens de l'art. 61 LPP a principalement pour tâche de s'assurer que les institutions de prévoyance, les organes de révision dans la prévoyance professionnelle, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les institutions servant à la prévoyance se conforment aux dispositions légales et que la fortune est employée conformément à sa destination (cf. art. 62 al. 1 LPP). En particulier, elle vérifie que les dispositions statutaires et réglementaires des institutions de prévoyance sont conformes aux dispositions légales (art. 62 al. 1 let. a LPP). Le cas échéant, elle prend en outre les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (art. 62 al. 1 let. d LPP). Pour remplir ses tâches, l'autorité de surveillance se fonde sur les rapports des experts en matière de prévoyance professionnelle et des organes de révision (cf. art. 62a al. 1 LPP ; cf. ég. FF 2007 5397 ss) et peut au besoin notamment donner des instructions à l'organe suprême, annuler des décisions de ce dernier, ou encore ordonner la gestion de l'institution de

prévoyance ou de l'institution servant à la prévoyance par un organe officiel (cf. art. 62a al. 2 let. b, d et g ; cf. ég. à ce propos FRANZISKA GROB, in : Basler Kommentar - Berufliche Vorsorge, 2021 [ci-après cité : BSK-BV], n° 11 ss ad art. 62 LPP et n° 4 ss ad art. 62a LPP ; CHRISTINA RUGGLI, in : CASS, n° 4ss ad art. 62 LPP et n° 4ss ad art. 62a LPP).

L'autorité de surveillance peut ainsi notamment abroger les dispositions réglementaires qui ne sont pas conformes aux prescriptions légales et donner aux institutions de prévoyance des instructions contraignantes concernant l'aménagement de ces dispositions (cf. ATF 128 II 24 consid. 1a et 112 la 180 consid. 3b ; GROB, op. cit., n° 13 ad art. 62a LPP). Dans le cadre de son pouvoir de surveillance, elle peut également donner des instructions à l'institution de prévoyance pour qu'elle fasse valoir devant l'autorité cantonale compétente (cf. art. 73 al. 1 let. c LPP) une prétention en responsabilité à l'encontre des organes de l'institution ou de l'experts en matière de prévoyance professionnelle (cf. art. 52 LPP). L'examen des chances de succès doit revêtir une attention particulière. Le cas échéant, une telle prétention pourra être formulée par un curateur ou un administrateur de l'institution de prévoyance (cf. arrêt du TAF A-565/2013 précité consid. 3.5 ; UELI KIESER, in : CASS, n° 13 ad art. 52 LPP). Tel sera notamment le cas lorsque, malgré la mise en demeure de l'organe suprême de l'institution (cf. art. 62a al. 2 let. f LPP), celui-ci refuse de la faire valoir au nom de l'institution de prévoyance – cette dernière disposant seule de la légitimation active pour ce faire (cf. art. 52 LPP ; RUTH BLOCH, in : BSK-BV, n° 12 ss ad art. 52 ; KIESER, op. cit., n° 16 ss ad art. 52 LPP ; cf. ég. MARC HÜRZELER/BARBARA BÄTTIG-LISCHER, in : BSK-BV, n° 43 ad art. 73 LPP ; ULRICH MEYER/LAURENCE OTTINGER, in : CASS, n° 68 ad art. 73 LPP).

5.2 L'art. 62 al. 1 LPP – sous réserve de sa let. e, qui a été introduite à l'occasion de la 1^{re} révision de la loi (RO 2004 1677 ; FF 2000 2495) et aux termes de laquelle l'autorité de surveillance connaît des contestations relatives au droit de l'assuré d'être informé – ne prévoit pas expressément la possibilité, pour les assurés, de saisir l'autorité de surveillance en cas de doute ou de litige concernant le respect des dispositions légales et/ou l'emploi de la fortune de l'institution de prévoyance. Cela étant, le Tribunal fédéral a déjà jugé que la conception selon laquelle cette disposition ne donnerait pas à l'employé ou à toute autre personne concernée le droit de recourir auprès de l'autorité de surveillance était en contradiction avec le droit de procédure fédéral – également déterminant pour les autorités de surveillance cantonales (cf. ATF 112 la 180 consid. 3d ; cf. ég. ATF 128 II 24 consid. 2b). Selon le Tribunal fédéral, la procédure de l'art. 62 LPP

constitue ainsi une véritable voie de droit permettant – entre autres – aux bénéficiaires effectifs ou potentiels de prestations de prévoyance de saisir formellement l'autorité de surveillance et d'obtenir de celle-ci une décision susceptible de recours selon l'art. 74 LPP (cf. ATF 108 Ia 180 consid. 3d/aa et 3e).

Concernant la qualité pour agir, il a été jugé que les dispositions de la PA étaient applicables et que toute personne habilitée à recourir devant le Tribunal administratif fédéral contre les décisions de l'autorité de surveillance pouvait également se constituer partie auprès de cette autorité et avait un droit propre à ce que celle-ci rende une décision formelle sur sa plainte (cf. ATF 112 Ia 180 consid. 3d/bb et 3e ; cf. ég. RUGGLI, op. cit., n° 4 ad art. 62 LPP ; MEYER/ OTTINGER, op. cit., n° 8 ad art. 74 LPP ; HÜRZELER/BÄTTIG-LISCHER, op. cit., n° 2 ad art. 74 LPP ; FF 1976 I 178). Ont donc qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre (art. 6 PA ; cf. ég. art. 48 PA ; ATF 112 Ia 180 consid. 3d et 3d/bb). Si l'autorité de surveillance s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire, un recours pour déni de justice ou retard injustifié peut être formé auprès du Tribunal administratif fédéral (cf. art. 46a PA ; MEYER/OTTINGER, op. cit., n° 3 ad art. 74 LPP ; HÜRZELER/BÄTTIG-LISCHER, op. cit., n° 6 ad art. 74 LPP).

5.3 Parallèlement à la voie procédurale des art. 61 ss et 74 LPP – décision de l'autorité de surveillance et procédure de recours subséquente devant le Tribunal administratif fédéral –, l'art. 73 LPP prévoit que chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. La compétence selon cette disposition suppose que le litige concerne spécifiquement le domaine juridique de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Il s'agit donc essentiellement de litiges portant sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage et des cotisations (cf. ATF 128 V 41 consid. 1b et 127 V 29 consid. 3b ; arrêt du TAF C-1193/2012 du 16 mars 2017 consid. 2.3 ; MEYER/OTTINGER, op. cit., n°26 ss ad art. 73 LPP ; HÜRZELER/BÄTTIG-LISCHER, op. cit., n° 17 ss ad art. 73 LPP). Conformément à l'art. 73 al. 1 let. c LPP, ce tribunal est également compétent pour les prétentions en matière de responsabilité selon l'art. 52 LPP, soit pour les actions en réparation du dommage que les personnes chargées d'administrer ou de gérer l'institution de prévoyance et les experts en matière de prévoyance professionnelle lui causent intentionnellement ou par négligence.

Ces deux voies procédurales – procédure de surveillance (art. 61 ss et 74 LPP) et procédure d'action (art. 73 LP) – sont distinctes et il convient de respecter cette stricte séparation des compétences – et des procédures – à raison de la matière. La compétence l'autorité de surveillance – et du Tribunal administratif fédéral – est par conséquent exclue dans le domaine d'application de l'art. 73 LPP ; inversement, pour que la voie de droit de l'art. 73 LPP soit ouverte, le litige ne doit pas relever de la compétence de l'autorité de surveillance (cf. not. ATF 147 V 86 consid. 3.2 et 146 V 169 consid. 1.1 ; arrêts du TF 9C_21/2020 du 16 novembre 2020 consid. 3.2.1 et 2A.140/2002 du 18 octobre 2002 consid. 3.1 et réf. cit. ; MEYER/OTTINGER, op. cit., n°22 s. ad art. 73 LPP ; HÜRZELER/BÄTTIG-LISCHER, op. cit., n° 3 s. ad art. 73 LPP).

6.

6.1 En l'espèce, dans ses deux décisions du 20 juillet 2020, dont sont recours, l'autorité inférieure a jugé, d'une part, que sa compétence pour connaître des contestations des assurés était limitée par le champ d'application de l'art. 62 LPP, qui ne prévoit, à son premier alinéa, qu'un seul type de contestations relativement au droit de l'assuré d'être informé. D'autre part, elle a considéré que les griefs soulevés par les plaignants, en ce qu'ils portaient avant tout sur des prestations d'assurance, de libre passage et des cotisations, concernaient spécifiquement le droit de la prévoyance professionnelle et avaient pour objet le rapport de prévoyance entre les assurés, la Fondation et les employeurs affiliés, qui, en tant qu'ils n'étaient pas manifestement bien fondés, relevaient de la compétence du tribunal cantonal au sens de l'art. 73 LPP.

Les recourants contestent ce point de vue. Ils considèrent avoir un droit à ce que des décisions formelles soit rendues sur leurs plaintes du 30 juin 2017. Ils font à cet égard valoir que l'autorité de surveillance est tenue non seulement à un contrôle abstrait de la légalité de la réglementation interne de l'institution de prévoyance, mais également à un contrôle concret de la légalité de l'activité de prévoyance. Selon les recourants, en cas de violation des règles essentielles en matière d'équilibre financier, les assurés peuvent ainsi demander l'annulation des décisions à caractère général, notamment des dispositions réglementaires, contraires à la loi. Les recourants relèvent également qu'en tant qu'ils ne disposent pas de la légitimation pour agir en responsabilité contre les organes de l'intimée, seule la voie de la plainte à l'autorité de surveillance est ouverte. Enfin, ils considèrent que la remise en cause de la légalité du système global de cette dernière n'est pas un litige individuel en matière de prestations relevant de la compétence du tribunal cantonal ; partant, de leur point de

vue, le refus de l'autorité inférieure de se saisir de leurs plaintes consacre un déni de justice arbitraire.

L'intimée conclut pour sa part à l'irrecevabilité, respectivement au rejet du recours. Elle fait en substance valoir que les mesures de l'autorité de surveillance ne peuvent déployer des effets rétroactifs, comme les recourants le demandent. Elle met également en avant que l'autorité de surveillance ne peut outrepasser son pouvoir, qui est en particulier limité par la liberté d'appréciation de l'institution de prévoyance, ainsi que par les compétences exclusives des tribunaux cantonaux prévues à l'art. 73 LPP.

6.2 En l'occurrence, il s'agit d'abord de constater que si l'autorité inférieure a refusé de se prononcer au fond sur les plaintes des recourants, elle a à cet égard rendu deux décisions formelles d'irrecevabilité, qui sont l'objet des présentes procédures. Partant, le grief de déni de justice doit être écarté (cf. consid. 5.2 ci-avant)

Il est ensuite juste de distinguer – comme l'autorité inférieure et l'intimée le font – entre la voie procédurale des art. 61 ss et art. 74 LPP et celle de l'art. 73 LPP, qui s'excluent mutuellement (cf. consid. 5.3 ci-avant). En revanche, on ne saurait suivre l'ASFIP lorsqu'elle considère que les seules contestations dont elle connaît selon l'art. 62 LPP sont celles concernant le droit de l'assuré d'être informé au sens de l'al. 1 let. e de cette disposition. En effet, comme il a été exposé (cf. consid. 5.2 ci-avant) et ainsi que les recourants le relèvent à raison, dès lors qu'il s'agit de déterminer si une institution de prévoyance s'est conformée aux dispositions légales ou si sa fortune a été employée conformément à sa destination, tâches qui constituent le cœur de l'activité de surveillance de l'autorité inférieure (cf. consid. 5.1 ci-avant), l'art. 62 al. 1 LPP oblige celle-ci à se saisir des plaintes des personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre (cf. consid. 5.2 ci-avant). Or, il apparaît que dans leurs écritures du 30 juin 2017, les recourants ont bien fait grief de l'illégalité de certaines dispositions réglementaires et décisions de l'intimée, ainsi que d'un usage de la fortune de celle-ci non conforme à sa destination – notamment en rapport avec les systèmes de cotisations et de financement de l'intéressée, qu'ils jugent contraires au droit suisse de la prévoyance professionnelle, ainsi qu'avec la dissolution de la réserve de fluctuation de valeurs au 30 juin 2015. Il s'agit donc de déterminer s'ils avaient un intérêt à ce que l'autorité inférieure se prononce à cet égard, par décisions sujettes à recours.

6.3 A ce propos, on observera d'abord qu'en tant que les recourants ne sont plus assurés auprès de l'intimée depuis le 30 septembre 2016, ils n'ont plus un intérêt actuel, par exemple, à l'annulation et à la modification des dispositions réglementaires de l'intimée qu'ils considèrent contraires au droit et/ou à la (re)constitution de réserves et provisions techniques. En d'autres termes, dès lors qu'ils ont quitté l'intimée ensuite de leur transfert dans une nouvelle institution de prévoyance, les recourants ne sont plus directement concernés au sens de l'art. 6 PA par la poursuite de l'activité de celle-ci.

Cela étant, il s'agit de rappeler ici que le montant à répartir dans le cadre de la procédure liquidation partielle n'est jamais arrêté de manière définitive. En effet, les contestations relatives à cette procédure, qui relèvent de la compétence des autorités de surveillance (cf. art. 53d al. 6 LPP), et les actions en responsabilité, dont connaissent les tribunaux cantonaux compétents, doivent être traitées séparément (cf. consid. 5.3 ci-avant) ; la question d'un dommage subi par l'institution de prévoyance qui se répercuterait, dans le cadre de la liquidation partielle, sur les expectatives des assurés sortants est en outre indissociablement liée à celle d'une éventuelle responsabilité et ne peut en conséquence être traitée dans le cadre de la procédure de liquidation (cf. ATF 143 V 321 consid. 4.2 ; cf. ég. arrêt du TAF A-5129/2018 de ce jour consid. 2.3.2 et 5.2). Aussi, il est admis que d'éventuelles indemnités en dommages-intérêts allouées à l'institution de prévoyance dans le cadre d'une action en responsabilité peuvent et doivent être prises en compte dans la liquidation partielle et réparties en conséquence et ce, également lorsque la procédure de liquidation a déjà été clôturée (cf. arrêt du TAF A-565/2013 précité consid. 5.4.3 ; KIESER, op. cit., n° 13 ad art. 52 LPP et n° 49 ad art. 53d LPP et réf. cit.).

Dès lors et dans la mesure où les recourants n'ont pas la qualité pour agir en responsabilité selon l'art. 52 LPP (cf. consid. 5.1 ci-avant), il s'agit de constater qu'ils conservent un intérêt digne de protection à ce que l'autorité inférieure (1) examine si leurs droits respectifs aux fonds libres et réserves de fluctuations de valeur découlant de la liquidation partielle ont été quantitativement réduits du fait d'un dommage causé à l'intimée dans le cadre de la gestion de celle-ci, au regard des griefs qu'ils font valoir à ce propos, et (2) s'il se justifie d'enjoindre l'intimée d'agir en réparation de son dommage, voire, le cas échéant, d'en ordonner la gestion par un organe officiel (cf. consid. 5.1 ci-avant).

Certes, les recourants n'ont pas pris de conclusions claires en ce sens dans leurs plaintes du 30 juin 2017. Toutefois, il s'agit de tenir compte du fait qu'ils ont clairement dénoncé des violations de la loi et une utilisation de la fortune non conforme à sa destination et qu'ils ont au surplus expressément relevé ne disposer que de la voie de la plainte à l'autorité de surveillance du fait de leur défaut de qualité pour agir en responsabilité. Dans ces conditions et en considération du principe de la confiance – qui découle du principe de la bonne foi (art. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC, RS 210] et art. 5 al. 3 et 9 Cst.) et qui commande d'attribuer aux déclarations des administrés le sens que l'autorité devait raisonnablement leur donner compte tenu de l'ensemble des circonstances concrètes de l'espèce (cf. arrêts du TAF A-2176/2020 du 20 janvier 2021 consid. 3 et A-5191/2017 du 26 août 2019 consid. 4.1) – ainsi que de la maxime inquisitoire applicable en procédure administrative (cf. consid. 3.1 ci-avant), le tribunal de céans est d'avis que l'autorité inférieure aurait dû se prononcer à ce propos dans une décision sujette à recours.

6.4 Bien que l'objet du litige soit en l'occurrence limité à la seule question de la recevabilité des plaintes du 30 juin 2017 (cf. consid. 2.2 ci-avant), il convient encore, au vu du temps écoulé depuis le dépôt desdites plaintes, d'examiner s'il ne se justifie pas, par économie de procédure, de se saisir directement de la cause sur le fond (cf. ég. art. 61 al. 1 PA). A cet égard, on observera que l'autorité inférieure, qui a été amenée à ouvrir un dossier de surveillance concernant l'intimée, dispose de connaissances spécifiques de l'affaire, dont l'autorité de céans ne peut se prévaloir. Doit également être pris en compte le fait qu'en raison de ses compétences propres et de sa proximité avec l'objet du litige, l'autorité de surveillance jouit, dans ses tâches de surveillance, d'une liberté discrétionnaire que le Tribunal administratif fédéral est tenu de respecter (cf. à ce propos ATF 132 II 257 consid. 3.2 ; ATAF 2011/32 consid. 5.6.4). Dans ces circonstances, il apparaît plus indiqué de renvoyer la cause à l'autorité inférieure, cette solution présentant en outre l'avantage de sauvegarder le droit des recourants à une double instance (cf. entre autres à ce propos MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. marg. 3.194 ; voir aussi arrêts du TAF A-7254/2017 du 1^{er} juillet 2020 consid. 4.4.2 et A-5191/2017 du 26 août 2019 consid. 4.2).

7.

7.1 Les considérants qui précèdent conduisent le Tribunal administratif fédéral à admettre les recours, dans la mesure de leur recevabilité, et à renvoyer la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision, au sens du consid. 6.3 ci-dessus. Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, d'un

montant total de 2'000 francs, sont laissés à la charge de l'état (cf. art. 63 al. 1 et 2 PA). Les avances de frais déjà versées par les recourants, d'un montant de 5'000 francs dans chacune des deux procédures en cause, leur seront restituées dès que le présent arrêt sera définitif et exécutoire.

7.2 Les recourants 1 à 6, qui ont été représentés par des mandataires professionnels dans le cadre de la procédure A-5139/2018, ont en outre droit à une indemnité de dépens (cf. art. 64 al. 1 PA ; cf. ég. art. 7ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). En l'absence d'un éventuel décompte remis par les intéressés, l'indemnité est fixée sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF). En l'occurrence, compte tenu du degré de complexité de la cause, en particulier de la limitation de l'objet du litige à la seule question de la recevabilité des plaintes du 30 juin 2017, ainsi que du travail effectivement nécessaire et du tarif horaire retenu par le Tribunal de céans (cf. art. 10 al. 1 et 2 FITAF), l'indemnité de dépens allouée aux recourants 1 à 6 est arrêtée à 1'500 francs (TVA comprise), à charge de l'intimée. Il n'y a en revanche pas lieu d'allouer de dépens à l'association A._____ et à ses membres, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas représentés par un mandataire professionnel et n'ont pas démontré avoir eu à supporter des frais indispensables et relativement élevés. Il en va en outre de même pour l'intimée (cf. à ce propos, entre autres, arrêt du TAF C-2881/2019 du 18 octobre 2021 consid. 9.2 et réf. cit.).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Les causes A-5138/2018 et A-5139/2018 sont jointes.

2.

Les requêtes tendant à la jonction des causes A-5138/2018 et A-5130/2018 et des causes A-5139/2018 et A-5129/2018 sont rejetées.

3.

Dans la mesure de leur recevabilité, les recours sont admis.

4.

Les décisions du 20 juillet 2018 sont annulées et la cause est renvoyée à l'autorité inférieure pour nouvelle décision au sens des considérants.

5.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. Les avances de frais déjà versées

par les recourants, d'un montant de 5'000 francs dans chacune des deux procédures, leur seront restituées une fois le présent arrêt entré en force.

6.

Un montant de 1'500 francs est alloué aux recourants 1 à 6 à titre de dépens, à charge de l'intimée.

7.

Il n'est pas alloué de dépens aux recourants 7 à 358, ni à l'intimée.

8.

Le présent arrêt est adressé aux recourants, à l'intimée, à l'autorité inférieure, à la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle et à l'Office fédéral des assurances sociales.

Le président du collège :

Le greffier :

Raphaël Gani

Raphaël Bagnoud

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 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). 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 de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (acte judiciaire)
- à l'intimée (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. *** ; acte judiciaire)
- à la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle, case postale 7461, 3001 Berne (acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales (acte judiciaire)