

BVG vom 18. November 2021, C-5855/2019, C-5856/2019, C-5857/2019

Schicksal der Wertschwankungsreserven

Was geschieht mit der Wertschwankungsreserve, wenn eine Pensionskasse liquidiert wird und sie sich bei der neuen Vorsorgeeinrichtung nicht in die Wertschwankungsreserven einkaufen muss? Ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (BVG) gibt erste Antworten.

Sachverhalt

Der Vorstand einer Gemeindepensionskasse entschied, mit der Personalvorsorge ab dem Jahr 2018 zu einer anderen Vorsorgeeinrichtung zu wechseln. Die Stifterin, der Einwohnerrat der Gemeinde, stimmte dem Antrag des Vorstands zu. Der Pensionskasse waren drei Gemeinden mit ihrem Personal angegeschlossen. Alle drei Arbeitgeber schlossen per 1. Januar 2018 für ihr Personal neue Anschlussverträge mit der neuen Vorsorgeeinrichtung ab.

Der Vorstand der Gemeindepensionskasse beschloss sodann die Liquidation per 31. Dezember 2017 und fasste die Vermögensübertragung auf die neue Pensionskasse ins Auge. Er publizierte auch den Liquidations-Schuldenruf im Schweizerischen Handelsblatt (SHAB). Im Weiteren entschied der Vorstand die Auflösung der Wertschwankungsreserven von 12.9 Mio. Franken in die freien Mittel. Die Gemeindepensionskasse wies keine weiteren freien Mittel aus. Von diesen freien Mitteln von 12.9 Mio. Franken sollten 29% für eine zeitlich und betragsmäßig beschränkte Mitfinanzierung von künftigen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen verwendet werden (Rückstellung für künftige Beitragszahlungen). Die Verteilung der restlichen freien Mittel, das heißt 71% von 12.9 Mio. Franken, sollten gemäss einem Verteilungsplan nach objektiven Kriterien auf die aktiven Versicherten, die rentenbeziehenden Personen und die Austritte der letzten vier Jahre erfolgen.



Yolanda Müller

Rechtsanwältin, Partnerin,
CAS Berufliche Vorsorge (IRP-HSG),
c/o Dufour Advokatur AG, Basel

Im Herbst 2018 kam es zum Abschluss des Übertragungsvertrags zwischen der Gemeindepensionskasse und der neuen Vorsorgeeinrichtung sowie deren Rückversicherung, unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Der Vertrag sah die Übertragung aller Vorsorgeverhältnisse der 330 aktiven und der 109 rentenbeziehenden Versicherten vor. Ebenso wurde darin das Vermögen, gestützt auf die Liquidationseröffnungsbilanz per 1. Januar 2018 und auf Art. 98 Fusionsgesetz (FusG), transferiert.

Die Versicherten waren über die Liquidation und die Vermögensübertragung informiert worden. Drei Destinatäre beanstanden zunächst bei der Gemeindepensionskasse und sodann bei der Aufsichtsbehörde erfolglos die Bildung der Rückstellung für künftige Beitragszahlungen bzw. die kollektive Verwendung von 29% der freien Mittel. Sie gelangten daraufhin für die Aufhebung der Verfügungen der Aufsichtsbehörde an das Bundesverwaltungsgericht und forderten die individuelle Zuteilung sämtlicher Mittel. Sie argumentierten, die Bildung dieser Reserve käme nur den aktiven Versicherten und den Arbeitgebern, nicht jedoch den Rentnern und den ausgetretenen Destinatären zugute. Die Gesamtliquidation der Gemeindepensionskasse war unbestritten.

Gesetzliche Grundlagen

Art. 53c BVG sieht im Gegensatz zur Teilliquidation vor, dass bei der Aufhebung von Vorsorgeeinrichtungen (Ge-

samtliquidation) die Aufsichtsbehörde entscheidet, ob die Voraussetzungen und das Verfahren erfüllt sind und sie den Verteilungsplan genehmigt.

Gemäss Art. 98 FusG bedürfen Vermögensübertragungen im Rahmen einer Teil- oder Gesamtliquidation der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde, wenn dies im Recht der beruflichen Vorsorge vorgesehen ist. Die Parteien sind frei, bei der Vermögensübertragung das Fusionsgesetz für anwendbar zu erklären. Eine Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz bewirkt eine (partielle) Universalsukzession. Kernstück einer solchen Übertragung bildet das zum Vertrag gehörende Inventar, in dem alle zu übertragenden Aktiven und Passiven sowie Verträge aufzuführen sind. Wegen des impliziten Verweises auf Art. 53c BVG ist ein Vermögensübertragungsvertrag nach Art. 98 FusG bei einer Gesamtliquidation durch die Aufsichtsbehörde mittels Verfügung zu genehmigen.

Art. 53d BVG wiederum regelt das Verfahren der Gesamt- und der Teilliquidation. Für die Berechnung der freien Mittel muss sich die Vorsorgeeinrichtung auf eine kaufmännische und technische Bilanz abstützen, aus denen die tatsächliche Lage deutlich hervorgeht.

Auf Verordnungsstufe bestimmt Art. 27g BVV 2, wie der individuelle/ kollektive Anspruch auf freie Mittel bei einem individuellen bzw. kollektiven Austritt zu handhaben ist. Art. 27h BVV 2 wiederum regelt die Mitgabe der Rückstellungen und anteiligen Wertschwankungsreserven bei gemeinsamem Übertritt von Versicherten in eine neue Vorsorgeeinrichtung. Abs. 3 dieser Bestimmung hält fest, dass der kollektive Anspruch auf Wertschwankungsreserven in jedem Fall kollektiv an die neue Vorsorgeeinrichtung zu übertragen ist.

Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Streitgegenstand ist die angefochtene Rückstellung für künftige Beitragszahlungen. Das BVGer stellte sich zunächst die Frage, was es prüfen darf. Es hielt fest, dass die Überprüfung der Zulässigkeit der Verteilung des freien Vermögens auch die vorgängige Feststellung der freien Mittel, die vorliegend unbestritten waren, einschliesst. Nicht beanstandete Aspekte kann das BVGer prüfen, wenn

aufgrund der Parteivorbringen oder der Akten hinreichender Anlass besteht.

Das BVGer hielt fest, dass die vom Vorstand genehmigte und überprüfte Liquidationseröffnungsbilanz per 1. Januar 2018 der Bilanz per 31. Dezember 2017 entspreche und keine freien Mittel ausweise. Es betonte, dass die Wertschwankungsreserven zu Recht in der Bilanz belassen worden seien, denn der Zielwert der Wertschwankungsreserven sei nicht erreicht worden. Massgebend ist gemäss konstanter Rechtsprechung einzig die Situation der abgebenden Vorsorgeeinrichtung. Irrelevant ist, dass die Gemeindepensionskasse keinen Einkauf in die Wertschwankungsreserven der neuen Vorsorgeeinrichtung tätigen musste. Da zwischenzeitlich auch keine Verminde rungen auf Seite der Bilanzaktiven, wie grössere Veräußerungen von Wertpapieren oder Liegenschaften, stattgefunden hatten, erachtete das Gericht den Beschluss über die Auflösung der Wertschwankungsreserven in die freien Mittel als rechtswidrig. Auch eine nachträgliche Umbuchung der Wertschwankungsreserven in die freien Mittel im Vermögensübertragungsvertrag außerhalb der Bilanz ist gemäss dem BVGer unzulässig (vgl. auch Art. 27h Abs. 3 BVV 2). Das Gericht kam zum Schluss, dass gar keine freien Mittel vorhanden waren, die verteilt werden konnten.

Die Beschwerden wurden zwar gut geheissen, als die angefochtenen Verf ügungen der Aufsichtsbehörde aufgehoben wurden, aber abgewiesen, als die individuelle Ausrichtung aller freien Mittel verlangt wurde. Die Sache wurde vielmehr an die Vorinstanz zurückgewiesen, mit der Auflage an die Gemeindepensionskasse, der Vorinstanz einen neuen Beschluss betreffend Verteilung und betreffend Vermögensübertragungsvertrag zur Genehmigung vorzulegen.

Bemerkungen

Die Beschwerdeführer erzielten somit einen Pyrrhussieg. Der vorliegende Entscheid des BVGer wurde nicht an das Bundesgericht weitergezogen. Der Entscheid ist rein juristisch gesehen korrekt. Er hinterlässt jedoch auch Fragezeichen.

Bei einer Vermögensübertragung auf eine neue Vorsorgeeinrichtung ist darauf zu achten, dass keine Verwässerung dieser Mittel stattfindet: Wird die Wert-

TAKE AWAYS

- Bei einem Übertritt eines Versichertenkollektivs in eine neue Vorsorgeeinrichtung können die entsprechenden Wertschwankungsreserven nicht in die freien Mittel aufgelöst werden, sondern sind als Wertschwankungsreserven kollektiv an die neue Vorsorgeeinrichtung zu übertragen.
- Bei einer Vermögensübertragung auf eine neue Vorsorgeeinrichtung ist der Liquidationsbilanz genügend Beachtung zu schenken.
- Es empfiehlt sich, den Vermögensübertragungsvertrag sorgfältig zu redigieren, um Verwässerungen zulasten des zu übertragenden Versichertenkollektivs zu vermeiden.

schwankungsreserve bei der neuen Vorsorgeeinrichtung aufgelöst, ist sie für das bisherige Versichertenkollektiv zu reservieren. Die freien Mittel einer Pensionskasse haben dem Personal zu folgen, das zur Aufnung des Vermögens beigetragen hat.

Es empfiehlt sich, Bestimmungen in den Vermögensübertragungsvertrag aufzunehmen, dass diese Mittel auch für ausgetretene Destinatäre vor der Vermögensübertragung verwendet werden. Über die allfällige Verteilung der aufgelösten Mittel entscheidet die neue Vorsorgeeinrichtung (neue Vorsorgekommission bzw. Stiftungsrat) in einem anderen Verfahren (allfällige freiwillige Verteilung von freien Mitteln).

Arrêts du TAF du 18 novembre 2021, C-5855/2019, C-5856/2019, C-5857/2019

Destin des réserves de fluctuation de valeur

Qu'advient-il de la réserve de fluctuation de valeur quand une caisse de pension est liquidée et qu'elle n'a pas besoin d'effectuer un rachat dans les réserves de fluctuation de valeur de la nouvelle institution de prévoyance? Un arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) nous apporte de premières réponses.

Exposé des faits

Le comité d'une caisse de pension communale a décidé de transférer la prévoyance en faveur du personnel dans une autre institution de prévoyance dès 2018. La fondatrice, l'assemblée communale, a approuvé la proposition du comité. Trois communes et leur personnel étaient affiliés à la caisse de pension. Les trois employeurs ont conclu de nouveaux contrats d'affiliation avec la nouvelle institution de prévoyance au 1^{er} janvier 2018.

Le comité de la caisse de pension communale a alors décidé la liquidation au 31 décembre 2017 et a envisagé le transfert de la fortune à la nouvelle caisse de pension. Il a également publié l'appel aux créanciers dans le cadre de la liquidation dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Le comité a par ailleurs décidé la dissolution des réserves de fluctuation de valeur de 12.9 millions de francs dans les fonds libres. La caisse de pension communale n'affichait pas d'autres fonds libres. Sur ces fonds libres de 12.9 millions, 29 % devaient être utilisés pour un co-financement d'une durée et d'un montant limités des futures cotisations de l'employeur et des salariés (provision pour futurs paiements de cotisations). Les fonds libres restants, à savoir 71 % de 12.9 millions de francs, devaient être répartis selon des critères objectifs entre les assurés actifs, les bénéficiaires de rente et les sorties des quatre dernières années, conformément à un plan de répartition.

Le contrat d'affiliation entre la caisse de pension communale et la nouvelle institution de prévoyance et sa réassurance a été conclu à l'automne 2018, sous réserve d'approbation par l'autorité de surveillance. Le contrat prévoyait le transfert de tous les rapports de prévoyance des 330 assurés actifs et des 109 bénéficiaires de rentes. De même, la fortune a été transférée sur la base du bilan d'ouverture de la liquidation au 1^{er} janvier 2018 et de l'art. 98 de la loi sur la fusion (LFus).

Les assurés avaient été informés de la liquidation et du transfert de la fortune. Trois destinataires ont dans un premier temps contesté sans succès auprès de la caisse de pension communale puis de l'autorité de surveillance la constitution de la provision pour les paiements futurs de cotisations ou l'affectation collective de 29 % des fonds libres. Ils ont ensuite saisi le Tribunal administratif fédéral pour faire annuler les décisions de l'autorité de surveillance et ont exigé l'affectation individuelle de tous les fonds. Ils ont argumenté que la constitution de cette réserve ne bénéficiait qu'aux assurés actifs et aux employeurs et non aux retraités et aux destinataires sortis. La liquidation totale de la caisse de pension communale était incontestée.

Bases légales

Contrairement à la liquidation partielle, l'art. 53c LPP prévoit que l'autorité de surveillance décide si les condi-

tions et la procédure sont observées et approuve le plan de répartition lors de la dissolution d'une institution de prévoyance (liquidation totale).

Selon l'art. 98 LFus, tout transfert de patrimoine dans le cadre d'une liquidation totale ou partielle nécessite l'approbation de l'autorité de surveillance si cela est prévu par le droit de la prévoyance professionnelle. Les parties sont libres de déclarer applicable la loi sur la fusion lors du transfert de patrimoine. Un transfert de patrimoine selon la loi sur la fusion entraîne une succession universelle (partielle). L'inventaire qui fait partie intégrante du contrat et dans lequel doivent être mentionnés tous les actifs et passifs à transférer ainsi que les contrats est au cœur d'un tel transfert. En raison du renvoi implicite à l'art. 53c LPP, un contrat de transfert de patrimoine selon l'art. 98 LFus doit être approuvé par l'autorité de surveillance au moyen d'une décision lors d'une liquidation totale.

L'art. 53d LPP règle quant à lui la procédure de liquidation totale et partielle. Pour le calcul des fonds libres, l'institution de prévoyance doit s'appuyer sur un bilan commercial et technique indiquant clairement la situation effective.

Au niveau de l'ordonnance, l'art. 27g OPP 2 détermine comment gérer les droits individuels/collectifs en cas de sortie individuelle ou collective. L'art. 27h OPP 2 règle le transfert des provisions et des réserves de fluctuation de valeur proportionnelles lors d'un transfert commun des assurés dans une nouvelle institution de prévoyance. L'al. 3 de cette disposition retient que le droit collectif sur les réserves de fluctuation doit dans tous les cas être transféré collectivement à la nouvelle institution de prévoyance.

Considérants du Tribunal administratif fédéral

Le litige porte sur la provision contestée pour les futurs paiements de cotisations. Le TAF s'est d'abord demandé ce qu'il est en droit d'examiner. Il a retenu que l'examen de la licéité de la répartition de la fortune libre incluait également la constatation préalable des fonds libres qui étaient incontestés dans le cas présent. Le TAF a le droit d'examiner les aspects non contestés, lorsque les arguments des parties ou les documents le justifient.

Le TAF a retenu que le bilan d'ouverture de la liquidation au 1^{er} janvier 2018 approuvé et contrôlé par le comité correspondait au bilan au 31 décembre 2017 et ne présentait pas de fonds libres. Il a souligné que les réserves de fluctuation de valeur avaient été conservées à juste titre dans le bilan, car la valeur cible des réserves de fluctuation de valeur n'avait pas été atteinte. Selon la jurisprudence constante, seule la situation de l'institution de prévoyance transférante est déterminante. Il importe peu que la caisse de pension communale n'ait pas eu à effectuer de rachat dans les réserves de fluctuation de valeur de la nouvelle institution de prévoyance. Comme il n'y a pas non plus eu entre-temps de réductions du côté des actifs du bilan, telles que des liquidations importantes de titres ou de biens immobiliers, le tribunal a estimé que la décision de dissoudre les réserves de fluctuation de valeur dans les fonds libres était illicite. Le transfert ultérieur des réserves de fluctuation de valeur dans les fonds libres dans le contrat de transfert de patrimoine en dehors du bilan est également illicite selon le TAF (cf. aussi l'art. 27h al. 3 OPP 2). Le tribunal a conclu qu'il n'y avait pas de fonds libres susceptibles d'être distribués.

Le recours a certes été approuvé lors de l'annulation des décisions contestées de l'autorité de surveillance, mais il a été rejeté dans le sens où le versement individuel de tous les fonds libres était exigé. La cause a plutôt été renvoyée à l'instance précédente avec l'obligation pour la caisse de pension communale de présenter pour approbation à l'instance précédente une nouvelle décision concernant la répartition et le contrat de transfert de patrimoine.

Remarques

Les recourants ont donc remporté une victoire à la Pyrrhus. Le présent arrêt du TAF n'a pas été transmis au Tribunal fédéral. D'un point de vue purement juridique, l'arrêt est correct. Mais il soulève néanmoins aussi des interrogations.

Lors du transfert du patrimoine à une nouvelle institution de prévoyance, il faut veiller à ce que ces fonds ne soient pas dilués: si la réserve de fluctuation de valeur est dissoute dans la nouvelle institution de prévoyance, elle doit être réservée pour l'ancien collectif d'assurés. Les

TAKE AWAYS

- Lors du transfert d'un collectif d'assurés dans une nouvelle institution de prévoyance, les réserves de fluctuation de valeur correspondantes ne peuvent pas être dissoutes dans les fonds libres, mais doivent être transférées collectivement à la nouvelle institution de prévoyance en tant que réserves de fluctuation de valeur.
- Lors d'un transfert de patrimoine à une nouvelle institution de prévoyance, le bilan de liquidation doit faire l'objet d'une attention suffisante.
- Il est conseillé de rédiger le contrat de transfert de patrimoine avec soin, afin d'éviter les dilutions au détriment du collectif d'assurés à transférer.

fonds libres d'une caisse de pension doivent suivre le personnel qui a contribué à la constitution du patrimoine.

Il est conseillé d'intégrer des dispositions dans le contrat de transfert de patrimoine indiquant que ces fonds sont également utilisés pour des destinataires sortis avant le transfert du patrimoine. La nouvelle institution de prévoyance décide de la répartition éventuelle des fonds dissous (nouvelle commission de prévoyance ou nouveau conseil de fondation) dans le cadre d'une autre procédure (répartition facultative éventuelle des fonds libres). ■

Yolanda Müller