Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour III
C-2454/2006
{T 0/2}

Arrêt du 2 novembre 2007

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Eduard Achermann, Stefan Mesmer, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

Association A._____, recourante,
représentée par Pendia Associates SA, Michael McShee,
avenue Reverdil 8-10, 1260 Nyon

contre

Fondation A, pa/ Me Jacques-André Schneider, rue du Rhône 100, case postale 3403, 1211 Genève 3,
fondation en liquidation intimée,

Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, rue du Stand 20bis, case postale 3937, 1211 Genève 3,
autorité inférieure

Objet

Décision du 11 août 2006 constatant l'absence de fonds libres

Faits :

A.
L'institution de prévoyance A._____ (ci-après : la Fondation) fut créée par acte authentique du 7 juin 1966. Son siège est à Genève. Selon l art.2 de ses statuts actuellement en vigueur, elle a pour but la prévoyance professionnelle en faveur du personnel de A._____ SA (ci-après : A._____), dans le cadre de la LPP et de ses dispositions d exécution (al.1 let. a) et la prévoyance professionnelle facultative pour les employés qui désirent rester affiliés à la Fondation après avoir été transférés dans une entreprise du groupe A._____ située hors de Suisse (al. 1 let. e).

L'acquisition d A._____ par B._____ fut annoncée le 11 août 1998 aux employés. La fusion entre les deux entreprises impliquait la fermeture progressive du bureau de Genève d A._____. Il était prévu que d août 1998 à fin 1999 les deux tiers du personnel d A._____ quitteraient la société et que la fermeture définitive d'A._____ interviendrait en 2004. A._____ mit en place un plan social pour faire face aux conséquences de la fusion. Celui-ci prévoit notamment pour les employés de moins de 55 ans, licenciés par suite de la fusion, le paiement d indemnités de licenciement de ¾ de mois de salaire par année de service, jusqu à cinq années de service, mais au minimum deux mois de salaire. Au delà de cinq années de service, le plan social prévoit en complément le paiement d un mois de salaire par année de service supplémentaire à compter de la sixième année de service. Pour les employés de plus de 55 ans, le plan social prévoit le versement d indemnités de licenciement calculées comme celles des employés de moins de 55 ans avec en complément le paiement d une préretraite payée sans réduction actuarielle. A cet effet A._____ a mis à disposition de la Fondation, sous la forme du versement d'une prime unique de 3 millions de francs et de la dissolution partielle de la réserve de cotisation de l'employeur par Fr. 2'270'834.-, un montant total de Fr. 5'270'834.- permettant une majoration de l'avoir individuel de prévoyance des retraités anticipés variant de 30 à 97% selon les cas. Pour les employés âgés de moins de 55 ans, la Fondation décida de leur verser un complément de 20% de leur prestation de libre passage, majoré d'un intérêt de 4% depuis la date de la fin des rapports de travail (cf. jugement de la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse et survivants et invalidité du 9 août 2002 CRLPP 793/00

consid. A et B et arrêt du Tribunal fédéral du 20 mars 2003 dans la cause 2A 501/2002 consid. A).

B.
M._____, à Genève, effectua, datée du 24 avril 1999, une expertise technique de la Fondation qui établit que le degré de couverture en cas de liquidation était de 124% au 1er janvier 1999. L expertise comporte la recommandation d appliquer un taux de 24% sur le libre passage comme participation à la liquidation partielle (Cf. CRLPP 793/00 consid. C).

C.
Le 16 juillet 1999 le Conseil de Fondation informa les employés d'A._____ de sa décision de procéder à une liquidation partielle de la Fondation puis à une liquidation totale dès qu'il n'y aurait plus d'employés assurés. Le plan de répartition de la liquidation partielle prévoyait un complément de 20% de la prestation de libre passage, majoré d'un intérêt de 4%, versé aux employés de moins de 55 ans déjà licenciés et à ceux dont le contrat devait prendre fin ultérieurement jusqu'à la date de la cessation définitive des activités d'A._____. Les employés mis au bénéfice de la retraite anticipée étaient exclus du cercle des destinataires du plan de répartition partielle des fonds libres de la Fondation en raison de leurs prestations de prévoyance sans réduction actuarielle. Le 25 juillet 2000 le Conseil de Fondation précisa que les retraités anticipés bénéficieraient également de la liquidation totale (cf. ATF cité consid. A).

D.
Par décision du 19 octobre 2000, le Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance du canton de Genève (ci-après l'Autorité de surveillance) approuva le plan de liquidation partielle. Par acte du 20 novembre 2000 une dizaine d'employés âgés de plus de 55 ans recoururent contre la décision de l'Autorité de surveillance auprès de la la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (ci-après: la Commission de recours) concluant notamment à leur intégration dans le cercle des bénéficiaires de la fortune libre de la Fondation lors de la liquidation partielle et définitive. Leur recours fut rejeté par jugement de la Commission de recours du 9 août 2002 (CRLPP 793/00) qui fut confirmé par le l'arrêt du Tribunal fédéral du 20 mars 2003 (ATF 2A. 501/2002).

Dans cet arrêt, relativement à un soupçon soulevé par les recourants laissant entendre que le Conseil de Fondation pourrait être enclin à financer les contributions de l'employeur au moyen des fonds libres, affirmant même que le Conseil prévoyait d'affecter la fortune libre de la Fondation au paiement des contributions de l'employeur pendant une certaine durée en éludant ainsi les règles gouvernant une liquidation conforme à la loi, le TF, relevant que les critiques émises sortaient du cadre du litige, indiqua que dans une telle hypothèse les recourants disposaient de la voie de la plainte auprès de l'Autorité de surveillance et rejeta le grief (cf. ATF cité consid. 5.5).

E.
Par arrêté du 17 mars 2004, l'Autorité de surveillance dissout la Fondation et nomma Me Jacques-André Schneider comme liquidateur unique de celle-ci avec signature individuelle (cf. pce B 2/2 p. 2 ch. 11). Il fit parvenir par un courrier du 26 avril 2006 à l'"Association A._____" (ci-après l'Association) les comptes de liquidation de la Fondation au 31 décembre 2005 faisant apparaître que celle-ci ne disposait plus de fonds libres (cf. pce B2/4).

Par courrier du 24 mai 2006 l'Association adressa une plainte à l'Autorité de surveillance faisant valoir qu'en date du 2 juin 2004 elle avait déjà attiré son attention sur "un certain nombre de faits relatifs aux opérations de la Fondation en titre suite à la fusion A._____ / B._____, (...) erreurs susceptibles d'être corrigées" et qu'en l'occurrence tel n'avait pas été le cas au vu des comptes de liquidation produits. Elle releva en substance que si ces comptes ne présentaient plus de fonds libres, la raison en était que ceux-ci avaient été absorbés par le financement des prestations réglementaires de l'employeur (pce B 2/4). L'Autorité de surveillance transmit la plainte de l'Association au liquidateur par courrier du 30 mai 2006 (cf. pce B 2/5 p. 1). Par courrier du 23 juin suivant, le liquidateur de la Fondation, se référant à la plainte, remit à l'Autorité de surveillance ses conclusions concernant l'inexistence de fonds libres à répartir. Il releva pour l'essentiel que si l'expertise actuarielle au 1er janvier 1997 avait fait apparaître un excédent technique de Fr. 1'912'993.-, l'expertise actuarielle au 1er janvier 2003, constatant un découvert technique de Fr. 588'313.-, avait établi un degré de couverture de la Fondation de 93.2% et que le rapport de révision sur les comptes au 31 décembre 2004, faisant apparaître un découvert de Fr. 2'289'328.-, avait obligé l'employeur, après dissolution de toutes les provisions devenues sans

objet, à régler le montant de Fr. 1'738'207.- pour couvrir le découvert résiduel au 31 décembre 2005 conformément à ses obligations. Il releva de plus que "En vertu de l'article 66 LPP et de l'article 331 al. 3 CO, la somme des cotisations de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés. La contribution de l'employeur ne peut être fixée plus [réd.: haut] qu'avec son assentiment" (cf. pce B 2/5 p. 4).

F.
Par décision du 11 août 2006, l'Autorité de surveillance constata l'absence de fonds libres dans le cadre de la liquidation totale de la fondation. Elle releva que le Conseil de Fondation avait décidé d'octroyer un complément de 20% aux prestations de libre passage et que pour ce faire il avait été constitué au 31 décembre 1999 une "provision spéciale de libre passage et de contentieux" de 4 millions de francs qui avait été débitée au fur et à mesure des départs des assurés, de sorte que le solde de cette provision de Fr. 750'000.- au 31 décembre 2002 fut dissout dans les états financiers de l'exercice 2004 conformément à la décision du Conseil de fondation. L'Autorité de surveillance releva que les comptes ayant fait apparaître un découvert de Fr. 2'289'328.- au 31 décembre 2004, résorbé au 31 décembre 2005 à Fr. 1'727'428.- en raison de l'amélioration des marchés boursiers et de la dissolution de certaines réserves, l'employeur avait versé un montant de Fr. 1'738'207.- durant l'année 2005 et s'était acquitté de l'ensemble des contributions dues en vertu du règlement de prévoyance et conformément à la loi (pce B 2/2).

G.
Contre cette décision, l'Association, représentée par Pendia Associates SA, interjeta recours par acte du 3 novembre 2006 auprès de la Commission de recours. Elle conclut au respect par la Fondation de l'art. 10.3 de son règlement du 20 novembre 1995 afin que les contributions réglementaires selon une évaluation actuarielle soient versées par l'employeur afin que la provision préalablement mise de côté dans le but d'être versée aux ayants droit puisse leur être versée, que le niveau des contributions réglementaires soit déterminé selon une évaluation actuarielle depuis l'année 1998, que la provision de liquidation soit réapprovisionnée et utilisée dans son but initial. Implicitement elle conclut à l'annulation de la décision de l'Autorité de surveillance dans la mesure où celle-ci a avalisé l'inexistence de fonds libres et n'a pas

constaté que les fonds libres existant antérieurement avait été indûment utilisés par l'employeur.

Elle fit valoir ne point contester l'absence de fonds libres mais la raison pour laquelle des fonds libres ne pouvaient être distribués, à savoir le non respect de l'art. 10.1 du règlement de la Fondation, selon lequel la contribution annuelle de l'entreprise est déterminée d'après une évaluation actuarielle après déduction du total des contributions des employés et que depuis 1998 il n'y avait pas eu, à la connaissance du comité, d'évaluation actuarielle ayant effectué ce calcul, d'où le fait que le niveau adéquat de la contribution n'avait pas été déterminé ni, implicitement, versé. Elle releva qu'au 1er janvier 1999 les fonds libres avaient été fixés à Fr. 5'844'907.- avec une proposition d'utilisation comme suit:

Fonds libres:	Fr.	5'844'907.-
- dont provision pour distribution de liquidation:	Fr.	4'000'000.-
- dont provision pour fluctuation des placements:	Fr.	1'645'843.-
- dont solde non assigné:	Fr.	199'064.-

et que les années suivantes Fr. 1'935'644.- avaient été payés à titre de distribution de liquidation et qu'aucune perte n'avait eu lieu sur investissements vu que ceux-ci avaient été tous réalisés. Elle indiqua qu'en conséquence vu les fonds libres initiaux et le montant distribué à titre de distribution de liquidation, la différence de Fr. 3'909'263.- avait été utilisée indûment par l'employeur pour financer les prestations réglementaires du plan. A ce sujet elle rappela que selon l'art. 10.3 du règlement qui détermine le montant annuel de la cotisation de l'employeur en référence au système de primauté des prestations, celle-ci nécessitait d'être fixée annuellement par un calcul actuariel et qu'en fait l'employeur se serait acquitté uniquement d'une contribution de 5% sur les salaires assurés correspondant à la contribution minimale selon le règlement mais insuffisante pour répondre aux besoins de capitaux nécessaires au plan de prévoyance, d'où l'utilisation indue des fonds libres. Elle souligna que l'arrêt du TF avait relevé que la contribution de la Fondation aux employés sortants était garantie par une réserve de 4 millions de francs et qu'au final faute de contribution suffisantes cette garantie n'avait pas pu être payée (pce B 3). L'association joignit à son recours divers documents à l'appui de ses allégués et la copie de sa démarche du 24 mai 2006 par les soins de sa mandante à l'adresse de l'Autorité de surveillance, rappelant son courrier du 2 juin

2004. Celle-ci, restée sans suite, relevait le paiement par l'employeur de contributions seulement égales à celle des employés en violation de l'art. 10.3 de son règlement et de l'obligation d'effectuer les évaluations actuarielles requises par le règlement depuis l'expertise du 1er janvier 1999 (cf. pce B 2/4).

H.
Invitée à se déterminer sur le recours, l'Autorité de surveillance informa la Commission de recours par lettre du 21 novembre 2006 renoncer à se déterminer, les recourants n'ayant pas apporté d'éléments nouveaux (pce B 9).

De son côté, le liquidateur de la Fondation répondit par acte du 10 janvier 2007 au Tribunal administratif fédéral, auquel le dossier fut transmis au 1er janvier 2007, conclure à l'apport de la procédure CRLPP 793/00 et à l'irrecevabilité du recours avec suite de dépens, subsidiairement au rejet du recours avec suite de dépens. Il fit valoir, au titre de la recevabilité formelle du recours, que la recourante ne contestant pas le fait qu'il n'y ait plus de fonds libres et ne demandant pas l'annulation du dispositif de la décision entreprise, le recours devait être déclaré irrecevable faute de qualité pour agir. Sur le plan, subsidiaire, de la recevabilité matérielle, il fit valoir que la Fondation s'était acquittée de l'ensemble de ses contributions réglementaires selon l'art. 10.3 de son règlement, comme cela ressortait des comptes annuels révisés depuis l'exercice 1998, lesquels faisaient systématiquement état des engagements actuariels et de l'existence d'un excédent ou d'un découvert ainsi que de la contribution de l'employeur comblant ce dernier, dont en particulier un découvert de couverture au 31 décembre 2004 de Fr. 2'292'328.- résorbé au 31 décembre 2005 à Fr. 1'730'428.- (cf. TAF pce 7/9 p. 5) comblé par l'employeur conformément à ses engagements (cf. TAF pce 7/9 p. 8). Il releva que des expertises techniques avaient été établies au 1er janvier 1997, 2000, 2002 et 2003 et que si un excédent technique avait effectivement existé au 1er janvier 1997 de Fr. 1'9120993.-, un découvert technique de Fr. 588'313.- était apparu au 31 décembre 2002 / 1er janvier 2003 abaissant le degré de couverture à 93,2% et que, nonobstant la dissolution de toutes les provisions devenues sans objet au 31 décembre 2005, la Fondation présentait un découvert de Fr. 1'738'207.- dont l'employeur s'était acquitté et dont le montant, par comparaison à ses contributions moyennes des années 2000 à 2002 de Fr. 244'228.-, était huit fois supérieur. S'agissant des provisions et de leur dissolution, le liquidateur releva que la recourante

et ses membres ne s'étaient jamais vu reconnaître un quelconque droit à une quelconque provision et que l'ensemble des opérations comptables et actuarielles relatives à la constitution des provisions et à leur dissolution avait fait l'objet de vérifications et d'attestations par l'expert agréé et l'organe de contrôle, qu'en l'occurrence la provision spéciale de libre passage et de contentieux de Fr. 4'000'000.- avait dû être majorée en raison du litige relatif au cercle de ses bénéficiaires et que suite au déboutement des querelleurs le solde non utilisé avait été dissous. Enfin le liquidateur indiqua que la réserve de fluctuation avait été dissoute lors de la liquidation totale et que le déficit technique provenait également de la reprise du service des pensions par une institution tierce, dont le coût avait été financé dans une très large mesure par la Fondatrice employeur après dissolution de toutes les provisions constituées.

Invitée à répliquer par ordonnance du 13 février 2007, la recourante ne donna pas suite.

I.
Par ordonnance du 27 mars 2007 le Tribunal de céans requit de la recourante une avance de frais de Fr. 5'000.- dont elle s'acquitta en temps utile (pces TAF 9 et 11). Par ordonnance du 2 juillet 2007 la composition du collège fut communiquée aux parties, lesquelles ne la contestèrent pas.

Droit :

1.

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

conformément à l'ancien art. 74 al. 2 let. c LPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006.

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

2.

2.1 La décision litigieuse du 11 août 2006 constitue manifestement une décision au sens de l'art. 5 PA. La qualité pour agir devant le Tribunal de céans selon l'art. 48 al. 1 PA dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2007 appartient à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. L'intérêt digne de protection au sens où l'entend la loi peut être de nature juridique ou simplement un intérêt de fait. Il n'est pas nécessaire qu'il corresponde à celui que tend à protéger la norme dont la violation est alléguée. Il faut simplement que le recourant soit touché plus que quiconque par la décision attaquée et qu'il se trouve dans une relation particulièrement étroite et digne de considération avec l'objet du litige. Un intérêt digne de protection existe lorsque la situation juridique ou de fait peut être influencée par l'issue de la procédure. L'intérêt peut aussi consister en l'utilité pratique que le succès du recours peut constituer pour le recourant, c'est-à-dire l'élimination du dommage matériel ou idéal que la décision attaquée lui causerait (ATF 125 II 497, 123 II 376, 120 Ib 379, 116 Ib 321, 112 Ib 228; PIERRE MOOR, Droit administratif II, 2ème éd. Berne 2002, p. 626 ss; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 483 ss).

2.2 S'agissant d'association recourante, l'intérêt lésé doit être commun à la majorité ou à un grand nombre de ses membres, même si l'association elle-même n'est pas personnellement touchée. Ses buts statutaires doivent comprendre la protection de ses membres et ceux-ci, pris individuellement, doivent avoir pour eux-mêmes qualité pour recourir (MOOR, op. cit. p. 644; BOVAY, op. cit. p. 362; ATF 122 I 70/73; 119 Ia 123/127).

2.3 L'objet d'un recours est la modification ou l'annulation partielle ou totale de la décision attaquée. Le recourant doit donc prendre des conclusions en ce sens, mais il suffit qu'elles ressortent clairement de la motivation du recours (MOOR, op. cit., p. 674; BOVAY, op. cit., p. 386; ATF 101 V 127). En l'espèce, il est patent que l'Association recourante conclut à l'annulation de la décision attaquée, faute d'avoir été clarifiée par l'Autorité de surveillance l'existence ou non de fonds libres compte tenu antérieurement de la prise en compte de contributions patronales versées à l'institution de prévoyance conformes à son règlement. Or le liquidateur n'a pas répondu à cette question, ou très succinctement, dans sa prise de position du 23 juin 2006 en indiquant que des contributions plus élevées à celles de tous les salariés nécessitaient son accord (cf. pce B 2/5 p. 4), allégué manifestement erroné au vu de l'art. 10.3 du règlement. Bien que la recourante ne conteste pas le fait qu'il n'y ait plus de fonds libre, son recours vise les causes de cette inexistence de fonds libres et, cas échéant, leur reconstitution si leur inexistence est fautive, d'où sa légitimation active à l'annulation de la décision attaquée. Le grief tendant à l'irrecevabilité du recours formulé par la fondation intimée doit par conséquent être rejeté.

2.4 En l'espèce, l'Association, dans la mesure de son existence (statuts et organisation), laquelle n'est pas contestée par les parties intimées, a sans conteste pour ses membres un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée.

2.5 Déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 50 al. 1 et 52 PA), l'avance de frais de procédure ayant été effectuée, le recours est recevable.

3.
Selon les art. 62 al. 2 LPP et 84 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210), l'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur but. En outre, conformément à l'art. 62 al. 1 LPP, elle s'assure que l'institution de prévoyance se conforme aux dispositions légales (ATF 99 Ib 259, consid. 3; Jugement de la Commision fédérale LPP du 8 décembre 2000 [cause 618/99], p. 9, publié in: Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [RSAS] 2002, p. 476 ss).

4.
Selon l'art. 331 al. 3 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220), l'employeur finance sa contribution envers l'institution de pré-

voyance à laquelle il est affilié ou qu'il a fondée par ses moyens propres ou à l'aide de réserves de cotisations de l'institution de prévoyance; ces réserves, cas échéant, doivent avoir été accumulées préalablement dans ce but par l'employeur et être comptabilisées séparément. La disposition précitée du CO est valable dans le domaine obligatoire comme dans le domaine surobligatoire en l'absence de dispositions à ce sujet dans la LPP. Ainsi, les réserves de cotisations de l'employeur doivent clairement apparaître au bilan de l'institution de prévoyance comme telles et elles seules peuvent être utilisées pour financer ses contributions. S'il est patent que l'employeur peut donc utiliser les réserves de cotisations qu'il a constituées pour s'acquitter de ses cotisations annuelles d'employeur, il est patent également qu'il ne saurait prétendre quelque droit sur des excédents de l'institution de prévoyance relevés par les expertises actuarielles déterminant le degré de couverture de l'institution du fait que seuls les bénéficiaires de l'institution ont des expectatives sur ces excédents.

5.
Selon l'art. 5.1.2 du Règlement de la Fondation, le montant annuel de la rente de vieillesse s'élève, pour chaque année de service déterminante, à 1.75% du salaire final déterminant. Le système de retraite est en conséquence fondé sur la primauté des prestations et non des cotisations, ce qui implique que l'employeur, parallèlement aux cotisations annuelles réglementaires payées par les salariés, dont le montant annuel ne peut être inférieur à celui versé par tous les salariés (art. 331 al. 3 CO et 66 al. 1 LPP), doit financer le solde permettant d'atteindre le niveau des prestations réglementaires. Le calcul de ce montant ne peut s'effectuer que hors prise en compte des excédents d'une année à une autre. Une solution contraire reviendrait à exclure tout excédent dans une fondation en primauté de prestations et reviendrait à permettre à l'employeur de financer sa part patronale par les excédents au bilan.

Selon l'art. 10.2 al. 1 du règlement, "les cotisations annuelles des assurés sont fixées à 5% du salaire final déterminant; elles ne sont dues qu'à partir du 1er janvier suivant le 24ème anniversaire". Selon l'art. 10.3 al. 1 dudit règlement, "la contribution annuelle de l'entreprise est déterminée d'après une évaluation actuarielle, après déduction du total des contributions des employés". L'alinéa 2 énonce que si "l'entreprise le juge nécessaire et en vue de changements de législation ou pour cause de ses propres possibilités financières, elle peut, après notifica-

tion aux représentants des employés du Conseil de Fondation, décider de baisser sa contribution annuelle. Toutefois, la contribution annuelle de l'entreprise est au moins égale à la somme des contributions de tous les employés, et celle-ci doit être au moins suffisante pour couvrir les prestations minimales LPP". Cette disposition permet donc à l'entreprise en cas de nécessités financières d'abaisser sa cotisation annuelle jusqu'au montant de celle versée par tous les salariés mais dans la mesure d'une notification préalable au représentants des employés du Conseil de fondation. Le principe est donc différent de celui évoqué par le liquidateur (cf. *supra* consid. E *in fine*) et ce dernier ne fait pas valoir que l'employeur a effectué la notification précitée.

En l'espèce, il appert des comptes annuels de l'institution de prévoyance que de 1998 (voire même 1997) à 2004 la contribution de l'employeur a été égale à celle des employés et s'est donc montée à 5% des salaires versés totalisant, avec la contribution des employés, un taux de contribution à l'institution de prévoyance de 10% des salaires versés. Or, vu qu'a priori il est manifeste que ce taux de 10% est inférieur à ce qui paraît être requis par le système de primauté des prestations institué par l'art. 5.1.2 du règlement sans que les excédents actuariels de l'institution de prévoyance ne soient mis à contribution en faveur de l'employeur, contrairement à la loi, l'Autorité de surveillance se devait d'instruire la plainte qui lui a été adressée le 24 mai 2006 réitérant une plainte du 2 juin 2004 restée d'ailleurs sans suite. Faute d'avoir clarifié préalablement la question de la suffisance du montant de la contribution de l'employeur à l'institution de prévoyance sans porter atteinte aux excédents actuariels quand ceux-ci étaient existant, l'Autorité de surveillance a rendu une décision avalisant l'inexistence de fonds libres en méconnaissance des conclusions devant être tirées de l'instruction des plaintes des 2 juin 2004 et 24 mai 2006 sur le grief précis soulevé auquel le liquidateur n'a pas répondu et que l'Autorité de surveillance n'a pas analysé. Mal fondée la décision doit être annulée et le dossier retourné à l'Autorité de surveillance pour instruction de la plainte et nouvelle décision.

6.

6.1 En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, aucun frais de procédure ne peut être mis à la charge d'une autorité inférieure. En l'occurrence, vu l'issue de la procédure, il n'est pas perçu de frais de procédure et

l'avance de frais de Fr. 5'000.- fournie par la recourante lui est remboursée.

6.2 En vertu de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. En l'espèce, il est allouée à l'Association recourante une indemnité de dépens de Fr. 2'000.- à charge de la fondation intimée.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est admis.

2.
Le dossier est retourné à l'Autorité de surveillance afin qu'elle instruise les plaintes des 2 juin 2004 et 24 mai 2006 et rende à l'issue de leur instruction une nouvelle décision.

3.
Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de Fr. 5000.- est remboursée à la recourante.

4.
Il est allouée à la recourante une indemnité de dépens de Fr. 2'000.- à charge de la fondation intimée.

5.
Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à la fondation intimée (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. ; Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales (Acte judiciaire)

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

Le président du collège :	Le greffier :
Francesco Parrino	Pascal Montavon

Indication des voies de droit :

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

Expédition :