Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour III
C-1511/2009
{T 0/2}

Arrêt du 8 septembre 2010

Composition

Vito Valenti (président du collège),
Johannes Frölicher, Elena Avenati-Carpani, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

A._____ et alii
tous représentés par Maître Pierre Del Boca,
recourants,

contre

Autorité de surveillance des fondations du canton de Vaud,
rue du Valentin 10, 1014 Lausanne Adm cant VD,
autorité inférieure.

Objet

Prévoyance professionnelle (décisions du 4 février 2009).

Faits :

A.
La fondation de prévoyance B._____ (ci-après la Fondation) a été constituée en 1941 sous le nom de C._____. Elle est inscrite au registre de la prévoyance professionnelle du canton de Vaud avec effet au 1er janvier 1985.

A maintes reprises de 1997 à 2003, l'Autorité de surveillance des fondations du canton de Vaud (ci-après l'Autorité de surveillance ou AS) a dû intervenir auprès de la fondation pour que celle-ci se conforme à ses obligations, notamment afin qu'elle fournisse ses comptes annuels et les rapports de révision (pces 2a-f). Les années ultérieures, l'Autorité de surveillance a également à maintes reprises dû sommer le conseil de fondation, et même chacun des membres (2005 et 2007), de lui adresser les comptes annuels et les rapports de révision. Selon un récapitulatif établi par l'Autorité de surveillance, relativement aux comptes des années 2004 à 2007, les rappels, sommations et amendes prononcées ont été résumés par le tableau ci-après:

Comptes 2004 (pces 3a-3)	
14.07.05	Sommation
29.08.05	Frais de sommation, CHF 200.-
29.09.05	Amende, CHF 500.-
09.11.05	Sommation 79 LPP adressée à tous les membres
Rapport de l'organe de révision daté du 6 décembre 2005 transmis le 15 décembre 2005.	

Comptes 2005 (pces 4a-e)	
12.07.06	Sommation
11.08.06	Renvoi des comptes car non-conformes à la loi. Délai au 30 septembre 2006
05.10.06	Frais de sommation, CHF 200.-
08.10.06	2ème renvoi des comptes pour non conformité à la loi. Sommation 79 LPP adressée à tous les membres
Rapport de l'organe de révision daté du 16 décembre 2006 transmis le 5 novembre 2007.	

Comptes 2006 (pces 5a-c)	
12.07.07	Sommation
28.08.07	Frais de sommation, CHF 200.-
08.10.07	Rappel rapport de l'organe de contrôle de 2005 et 2006. Sommation 79 LPP adressée à tous les membres
Rapport de l'organe de révision daté du 29 octobre 2007 transmis le 5 novembre 2007.	

Comptes 2007 (pces 6a-f)	
15.07.08	Sommation
26.08.08	Frais de sommation, CHF 300.-
06.10.08	Amende, CHF 500.-
24.11.08	Sommation 79 LPP adressée à tous les membres
04.02.09	Amende à tous les membres du conseil
Rapport de l'organe de révision daté du 26 décembre 2008 transmis le 12 février 2009.	

L'Autorité de surveillance, par décisions du 4 février 2009, constata qu'à cette date le conseil de fondation n'avait pas donné suite à ses correspondances des 15 juillet, 26 août, 6 octobre et 24 novembre 2008. Pour ce motif l'Autorité de surveillance infligea à chaque membre du Conseil de fondation, à leur adresse privée, une amende de Fr. 2'000.- et souligna rester dans l'attente des documents requis (pce 6f).

B.

Suite à une correspondance de D._____ (recourant) à l'Autorité de surveillance contestant l'amende reçue au motif qu'il avait quitté le Conseil de fondation en 2006 (pce au dossier de l'AS) et à des réactions des membres du Conseil de fondation faisant valoir qu'ils pensaient que les documents requis avaient déjà été produits, l'Autorité de surveillance adressa à la Fondation, et à chacun des membres à leur adresse privée, en date du 26 février 2009, une motivation au prononcé d'amende. Dans ce courrier libellé « Prononcé d'amende selon l'art 79 LPP », l'Autorité de surveillance rappela que la Fondation tardait depuis de nombreuses années à produire les documents comptables annuels, soit le bilan et son annexe, les comptes d'exploitation, le rapport de l'organe de révision, le rapport annuel de gestion, le procès-verbal du conseil de fondation entérinant les comptes et la gestion

dans le délai imparti pour ce faire, soit le 30 juin de l'année suivant l'exercice écoulé. Elle indiqua que des sommations et frais de sommation avaient dû être respectivement adressés et infligés et que le Tribunal administratif fédéral avait admis qu'un prononcé d'amende de Fr. 2'000.- à chaque membre du conseil de fondation pour défaut de présentation des comptes annuels respectait le principe de proportionnalité dès lors que l'amende avait été précédée de sommations et de premières amendes à la fondation. Elle indiqua que l'amende infligée à D._____ était revue du fait qu'il avait quitté le conseil et avait été remplacé par E._____, une amende à cette dernière étant réservée, qu'il était relevé que les annonces de changement de membres du conseil n'avaient pas été opérées au registre du commerce en temps utile. Elle constata de plus que le rapport de révision pour 2007 n'était pas conforme à la loi et qu'il y avait encore lieu de relever d'autres dysfonctionnements dans le cadre de la gestion relativement aux communications des modifications statutaires devant être faites à l'autorité de surveillance (pces au dossier de l'AS).

C.

Contre les décisions du 4 février 2009, les membres du Conseil de fondation – à l'exception de E._____, non amendée, et D._____, précédemment sorti dont l'amende a été annulée par l'Autorité de surveillance (cf. pce au dossier de l'AS) – représentés par Me P. del Boca, interjetèrent collectivement recours auprès du Tribunal de céans en date du 9 mars 2009. Ils firent valoir que les décisions d'amende n'étaient pas motivées exception faite d'un renvoi à 4 correspondances demandant la production de documents et que dans tous les cas la motivation d'une décision ne saurait être ultérieure à la décision même. Ils notèrent que ce ne fut que par une correspondance du 26 février 2009, réceptionnée presque à l'échéance du délai de recours, que l'Autorité de surveillance évoqua le grief justifiant les amendes, à savoir la transmission en date du 12 février 2009 du rapport 2007 établi en date du 26 octobre 2006 [recte: 26 décembre 2008]. Ils notèrent que la quotité de l'amende n'avait pas été justifiée dans les décisions du 4 février 2009 et que la motivation du prononcé d'amende ne s'était référée qu'à un arrêt non référencé ne permettant dès lors pas d'apprécier le bien-fondé des décisions d'amende, l'autorité inférieure n'ayant par ailleurs pas indiqué "en quoi la situation in casu se rapprocherait suffisamment de l'état de fait de l'arrêt auquel il est fait référence". En outre, s'agissant de la quotité des amendes, il n'y avait aucune justification ni dans les décisions ni dans les

documents séparés. Se fondant sur ce qui précède, ils conclurent à l'admission du recours, les décisions attaquées étant déclarées nulles, subsidiairement annulées et de nul effet, plus subsidiairement réformées dans le sens du prononcé d'une réprimande. Les recourants relevèrent que l'Autorité de surveillance n'avait pas tenu compte, d'une part, de pièces en sa possession au moment de rendre les décisions attaquées, à savoir trois exemplaires du bilan et du compte de résultat au 31 décembre 2007 avec ses annexes (courrier du 15 novembre 2008), trois exemplaires du bilan technique (courrier du 30 novembre 2008), et, d'autre part, qu'elle avait admis téléphoniquement en date du 5 février 2009 avoir reçu aussi le rapport de l'organe de révision relevant toutefois un défaut formel de reliure des comptes annuels avec le rapport de révision, défaut qui avait été comblé par un nouvel envoi des comptes 2007 en date du 11 février 2009 avec un rapport de révision joint relié aux comptes. Les recourants notèrent que ces précisions avaient fait défaut dans les correspondances du 26 février 2009, lesquelles étaient dès lors incomplètes dans l'exposé des faits pertinents. Ils précisèrent que même si effectivement le rapport de révision n'était parvenu qu'en date du 12 février 2009, ce seul document manquant à la date des décisions attaquées ne justifiait pas la quotité de l'amende infligée à chacun des membres du conseil de fondation. Ils arguèrent que les manquements en question étaient véniels et ne permettaient pas une amende à chacun d'eux correspondant à la moitié du maximum prévu par la loi applicable, qu'au plus seule une réprimande aurait dû être prononcée (pce TAF 1).

D.
Invitée à se déterminer sur le recours, l'Autorité de surveillance dans sa réponse du 20 mai 2009 conclut à son rejet tant principalement que subsidiairement. Elle rappela les manquements du Conseil de fondation s'agissant de la production des comptes révisés des années 2004 à 2007 et rappela d'autres manquements pour lesquels elle dut intervenir. Elle indiqua notamment que les membres d'un conseil de fondation doivent être au courant des exigences de leurs fonctions et des pièces qui doivent être produites à l'Autorité de surveillance, qu'en l'occurrence la motivation de la décision du 4 février 2009 mentionnant simplement que les documents relatifs aux comptes n'avaient pas été remis était suffisante. Elle nota que chaque membre du Conseil de fondation avait été sommé depuis 2005 relativement à la reddition des comptes et qu'il appartenait à chacun d'eux de se soucier de l'effective reddition des comptes. S'agissant de la proportionnalité de la sanction

infligée, elle se référa aux arrêts du Tribunal de céans C-2410/2006 et C-2834/2007. S'agissant de la production des comptes 2007, elle précisa que le rapport de révision n'avait été envoyé qu'en date du 11 février 2009 et que les envois de novembre 2008 sans ledit rapport de révision ne répondaient pas aux exigences. Elle releva de plus que le rapport technique daté antérieurement d'un mois par rapport au rapport de révision ne reposait pas sur des comptes audités (les rôles de l'expert et de l'organe de révision étant différents et ne pouvant pas se suppléer). Enfin, l'Autorité de surveillance, se référant aux violations répétées de la loi par le Conseil de fondation, nota que son activité de contrôle avait été manifestement entravée, que des sanctions moins incisives s'étaient avérées sans résultat et que dès lors l'amende infligée à chacun des membres du Conseil était proportionnelle à la gravité des carences constatées et à son surcroît de travail. Elle nota encore que les conversations téléphoniques "entre la soussignée et le gérant portaient sur les comptes non audités et le bilan technique" (pce TAF 5).

E.
Par décision incidente du 5 août 2009 le Tribunal de céans requit des recourants le paiement, jusqu'au 7 septembre 2009, d'une avance de frais de procédure de Fr. 1'500.-, montant dont ils s'acquittèrent le 14 août 2009 (pces TAF 6 et 9).

F.
Par réplique du 1er octobre 2009, qui fit suite à un envoi de pièces en vision par le Tribunal de céans, les recourants maintinrent leur recours. Ils relevèrent que l'Autorité de surveillance remontait à des faits passés pour fonder ses décisions de sanction, que le renvoi des comptes de 2005 relevait d'un pur formalisme excessif, les comptes ayant été plus détaillés que ne l'exigeait la Norme RPC Swiss GAAP 26, que le rapport de révision des comptes 2006 n'avait été que quelque peu tardif ayant été envoyé le 5 novembre au lieu du 30 juin 2007, que les retards de communication relativement à la modification du nom de la Fondation et de ses statuts étaient sans incidence pour la fonction de l'Autorité de surveillance. Enfin, les recourants maintinrent qu'en date du 4 février 2009 le rapport de révision 2007 avait été à disposition de l'Autorité de surveillance, certes non relié avec les comptes 2007, et que c'était pour cette raison qu'une nouvelle version des comptes et du rapport de révision reliés fut adressée en date du 11 février 2009

comme le laissait entendre la lettre d'accompagnement de l'envoi (pce TAF 14).

G.
Par duplique du 30 novembre 2009, l'Autorité de surveillance renonça à déposer de nouvelles déterminations, notant que seuls des comptes dûment audités pouvaient être pris en compte. Répondant à une demande du Tribunal de céans faite dans l'invitation à dupliquer, elle indiqua qu'en vue de la mise en vigueur de la Norme RPC 26 elle avait écrit à toutes les fondations de prévoyance en date du 23 décembre 2004 et informé celles-ci de leurs nouvelles obligations. Elle nota que parallèlement les autorités romandes de surveillance des fondations avaient organisé en novembre 2004 un séminaire dont l'un des sujets traités avait été la Norme RPC 26. Enfin elle releva qu'en janvier 2006 elle avait rappelé aux fondations de prévoyance que les comptes 2005 devaient être établis conformément à la norme RPC 26. L'autorité de surveillance joignit à son envoi une documentation relative aux informations données (pce TAF 16).

H.
Par acte du 10 décembre 2009, le Tribunal de céans porta la duplique précitée à la connaissance des recourants et signala la clôture de l'échange des écritures, d'autres mesures d'instruction demeurant réservées (pce 17).

Droit :

1.
Sous réserve des exceptions - non réalisées en l'espèce - prévues à l’art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal de céans, 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 une autorité de surveillance cantonale dans le domaine de la prévoyance professionnelle conformément à l'art. 74 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40) et à l'art. 33 let. i LTAF.

2.
Le recours a été déposé dans le délai légal et en respectant les pres-

criptions formelles (art. 50 et 52 PA). Les recourants, par le biais du Conseil de fondation, ont pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, ils sont spécialement atteints par les décisions attaquées et ont un intérêt digne de protection à leur annulation ou à leur modification (art. 48 PA). Il sont, partant, légitimés à recourir. L'avance de frais ayant en outre été versée dans le délai imparti, il est entré en matière sur le fond du recours contre les décisions précitées.

3.
Selon l'art. 49 PA, peuvent être invoquées devant le Tribunal administratif fédéral 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 d'une décision.

4.
Les recourants font valoir la nullité des décisions du 4 février 2009 pour cause d'absence de motivation. Subsidiairement, et pour la même raison, notamment s'agissant de la quotité de la peine, ils en demande l'annulation et plus subsidiairement la réformation dans le sens du prononcé d'une réprimande au sens de l'art. 79 LPP.

4.1 Selon la jurisprudence, la nullité absolue ne frappe que les décisions affectées des vices les plus graves, manifestes ou particulièrement reconnaissables, et pour autant que la constatation de la nullité ne mette pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Hormis dans les cas expressément prévus par la loi, il n'y a lieu d'admettre la nullité qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que l'annulabilité n'offre manifestement par la protection nécessaire. Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision, de graves vices de procédure, telle que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision, sont en revanche des motifs de nullité (ATF 133 III 430 consid. 3.3, ATF 132 II 21 consid. 3.1 et ATF 129 I 361 consid. 2.1).

Contrairement à ce que font valoir les recourants, l'absence, même totale, de motivation ne peut en soi constituer un motif de nullité absolue d'une décision, d'autant plus lorsque l'instance de recours, comme en l'espèce, dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et peut ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée.

4.2 La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), le devoir de l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. aussi l'art. 35 al. 1 PA). Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'on guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision; elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les arguments invoqués par les parties. Il y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents (ATF 129 I 232 consid. 3.2). En règle générale, l'étendue de l'obligation de motiver dépend de la complexité de l'affaire à juger, de la liberté d'appréciation dont jouit l'autorité et de la potentielle gravité des conséquences de sa décision (cf. ATF 112 Ia 107 consid. 2b). En outre, la motivation ne doit pas nécessairement se trouver dans la décision elle-même. Elle peut découler d'une correspondance séparée ou du renvoi à une prise de position d'une autre autorité (ATF 123 I 31 consid. 2; ATF 113 II 204 consid. 2; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 68.6 consid. 5a). Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa). Par exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu, la jurisprudence admet qu'une violation de ce dernier principe est considérée comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et pouvant ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (ATF 133 I 201 consid. 2.2). Si la réparation d'un vice éventuel doit cependant demeurer l'exception (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa; ATF 126 V 130 consid. 2b), même en cas de violation grave du droit d'être entendu, un renvoi de la cause pour des motifs d'ordre formel à l'instance précédente peut être exclu, par économie de procédure, lorsque cela retarderait inutilement un jugement définitif sur le litige, ce qui n'est dans l'intérêt ni de l'intimée, ni de l'assuré (in casu l'administré) dont le droit d'être entendu a été lésé (ATF 132 V 387 consid. 5.1).

En l'espèce – compte tenu de la sommation du 15 juillet 2008, de la facture du 26 août 2008 accordant un nouveau délai de 30 jours pour

le dépôt des comptes révisés, de l'amende à la fondation du 6 octobre 2008 accordant un nouveau délai de 30 jours et surtout de la sommation du 24 novembre 2008 accordant une nouvelle fois un délai de 30 jours et indiquant la possibilité d'une amende à chacun des membres du conseil pouvant s'élever à Fr. 4'000.- en cas d'inobservation et signalant que le cas ne pouvait plus être qualifié de peu de gravité – les recourants ont pu saisir les raisons pour lesquelles dans les décisions du 4 février 2009 l'Autorité inférieure a prononcé une amende plutôt qu'une simple réprimande, cette dernière sanction apparaissant inutile au vu des antécédents. Sur ce point ils ont par ailleurs été en mesure d'exposer leur position lors du recours interjeté. Certes, concernant la motivation de la quotité de la peine infligée aux recourants, les décisions du 4 février 2009, et même les correspondances intitulées « Prononcé d'amende au sens de l'art. 79 LPP » du 26 février 2009, sont lacunaires. Toutefois, dans sa réponse au recours l'autorité inférieure a indiqué aux recourants, avec une précision suffisante, les deux décisions du Tribunal de céans qui à son avis pouvaient justifier une amende de Fr. 2'000.- à chacun des membres du conseil. Les recourants ont pu ainsi sur ce point également, en faisant preuve de la diligence requise, correctement se défendre par le biais de leur réplique, ce qu'ils ont d'ailleurs fait. Cela étant, il faut admettre que la violation du droit d'être entendu, concernant la motivation sur la quotité de l'amende infligée, dont se sont plaints les recourants, a bien été réparée au stade du recours devant le Tribunal de céans, sans qu'il y ait une raison impérative pour renvoyer la cause à l'autorité inférieure, renvoi qui constituerait, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, une pure formalité.

5.

5.1 Selon les art. 62 LPP et 84 al. 2 du Code civil (CC, RS 210), l'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur but. Notamment, conformément à l'art. 62 al. 1 LPP, elle s'assure que l'institution de prévoyance se conforme aux dispositions légales (ATF 128 II 389, 121 II 201, 99 Ib 259, consid. 3; Jugement de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de LPP du 8 décembre 2000 [cause 618/99], p. 9 in: Revue suisse de droit des assurances sociales [RSAS 2002], p. 476 ss; HANS MICHAEL RIEMER / GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der berufliche Vorsorge in der Schweiz, 2ème éd., Berne 2006, p. 62 ss). L'autorité de surveillance doit ainsi veiller à la conservation du patrimoine

(art. 84 al. 2 CC). Elle peut surveiller le placement des biens et donner des instructions sur ce point; elle peut ordonner la rectification des actes incompatibles avec le but de la fondation et assortir sa décision de la menace de sanctions pénales (ATF 101 Ib 231, 100 Ib 137, 99 Ib 255). Pour ce faire, entre autres moyens, elle exige de l'institution de prévoyance et de l'institution qui sert à la prévoyance un rapport annuel, notamment sur leur activité, elle prend connaissance des rapports de l'organe de révision et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, et elle prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (art. 62 al. 1 let. b à d LPP; CHRISTINA RUGGLI in: JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER ET ALII, LPP et LFLP, Berne 2010, art. 62 n° 9 ss). La tâche de l'autorité de surveillance nécessite une collaboration active des institutions de prévoyance qui se doivent d'adresser les documents requis par leur contrôle et de répondre aux demandes d'informations dans les délais impartis sans se faire solliciter à réitérées reprises par voie de rappels et sommations, actes administratifs qui, rendus à répétition, alourdissent d'une manière intolérable l'activité de surveillance (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral C-2834/2007 du 5 mai 2008 consid. 5.1 et C-2410/2006 du 5 avril 2007 consid. 5.1).

5.2 Afin d'assurer l'effectivité du contrôle de l'Autorité de surveillance, l'art. 36 al. 1 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP 2, RS 831.441.1) dispose que l'organe de contrôle doit procéder au contrôle annuel de la gestion, des comptes et des placements conformément aux directives édictées à cet effet. Il communique à l'autorité de surveillance une copie de son rapport de contrôle. Le règlement du 30 avril 2008 sur la surveillance des fondations du canton de Vaud (RSF, RSVD 211.71.1), en vigueur depuis le 1er septembre 2008, dispose à l'art. 10 que l'autorité de surveillance s'assure que les fondations sont administrées conformément à la loi et aux statuts, en vue de réaliser leur but, et prend, à cet effet, toutes mesures utiles, d'office ou sur plainte. L'art. 11 al. 1 RSF énonce dans ce cadre que, dans les six mois qui suivent la clôture de chaque exercice annuel, l'organe suprême de toute fondation soumise audit règlement est tenu d'adresser à l'autorité de surveillance: les comptes annuels, composés du bilan, du compte d'exploitation et de l'annexe (let. a); le rapport de l'organe de révision (let. b); le rapport annuel de gestion (let. c); le procès-verbal de l'organe suprême entérinant les comptes et la gestion (let. d). L'ancien règlement du 25 janvier 1991 prévoyait à ses art. 11 et 12 les

mêmes obligations. Le délai de 6 mois institué par l'art. 10 RSF, mais non par la LPP, est usuel et est dans la pratique prolongé au plus de quelque deux mois (RUGGLI, op. cit., art. 62 n° 10 et note 27).

5.3 Pour les cas de carence avérée dans la collaboration entre l'institution de prévoyance et l'autorité de surveillance, au point que l'activité de contrôle de cette dernière est manifestement entravée par le non-respect de délais dans la production de documents ou l'accomplissement d'actes, l'art. 79 al. 1 LPP dispose que celui qui, après avoir reçu une sommation attirant son attention sur les sanctions pénales prévues par la présente disposition, ne se conforme pas dans un délai convenable à une décision de l'autorité de surveillance compétente, sera puni par elle d'une amende d'ordre de Fr. 4'000.- au plus, les inobservations de peu de gravité pouvant être sanctionnées par une réprimande. L'art. 79 al. 1 LPP institue le prononcé d'amendes administratives fondées sur la faute de l'administré qui a failli dans ses obligations envers l'autorité de surveillance. Elles impliquent, bien que ces amendes soient de nature administrative en relation avec l'art. 62 al. 1 let. d LPP, conformément à l'art. 8 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0) une appréciation de la gravité de l'infraction et de la faute (voir ég. DANIA TREMP / LAURENCE UTTINGER, LPP et LFLP, art. 79 n° 16 s.).

6.

6.1 Dans le cas d'espèce, les recourants demandent dans leurs conclusions plus subsidiaires (les conclusions principales et subsidiaires sont écartées), au motif d'une rigueur non opportune de l'Autorité de surveillance quant au dépôt des comptes 2007 dans les délais impartis, la réformation de leurs amendes de Fr. 2'000.- respectives infligées par l'autorité inférieure au profit d'une réprimande, alléguant, pour le cas où les décisions seraient formellement valides, une mesure coercitive disproportionnée alors même qu'à la date des décisions en question, l'autorité inférieure aurait eu l'ensemble des documents demandés. Cette dernière, quant à elle, justifie la sanction infligée par les retards accumulés pour déposer les comptes 2007 révisés conformes aux exigences légales, le surcroît de travail engendré par les carences répétées du Conseil de fondation et les arrêts du Tribunal de céans précédemment indiqués.

6.2 Dans le cadre de ses tâches de surveillance, il revient à l'appréciation de l'autorité de surveillance de prendre les mesures adéquates

et au besoin d'infliger des sanctions. Ce faisant, l'autorité doit également respecter le principe de la proportionnalité (HANS-MICHAEL RIEMER, Commentaire bernois, ad art. 84 CC n° 88 ss, en particulier n° 109 et 111; TREMP/UTTINGER, op. cit., art. 79 n° 12). En l'espèce, l'autorité inférieure infligea à chacun des membres du Conseil de fondation en date du 4 février 2009 une amende de Fr. 2'000.- sur la base de l'art. 79 al. 1 LPP, après une sommation explicite du 24 novembre 2008, et après avoir sanctionné précédemment la Fondation de prévoyance par deux fois, en lui facturant des frais de sommation de Fr. 300.- le 26 août 2008 et en prononçant une première amende de Fr. 500.- à l'adresse de la Fondation, le 6 octobre 2008, ce pour non-respect répété aux injonctions de déposer les comptes 2007. Sommation et amende ont par ailleurs été infligées en 2005 et des sommations avec frais ont été nécessaires en 2006 et 2007. Sur la base de ces faits, il y a lieu d'examiner le bien-fondé de l'amende infligée à tous les membres du conseil, en particulier sous l'angle du principe de la proportionnalité.

Il sied de relever que les organes de fondation et les organes de révision ont été informés en temps utile de leurs obligations de délivrer des comptes et des rapports de révision conformes à la Norme Swiss GAAP RPC 26 dès à compter les comptes 2005 comme cela résulte de l'information donnée par l'Autorité de surveillance et qu'en tous les cas s'il pouvait avoir existé quelques difficultés pour les comptes 2005, les nouvelles exigences ne pouvaient entraîner des difficultés, sauf circonstances spéciales non alléguées in casu, pour le dépôt des comptes révisés 2007.

6.3

6.3.1 Le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive ou répressive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts; cf. ATF 133 I 110 consid. 7.1 et les arrêts cités).

6.3.2 En l'espèce, il ne ressort pas des actes de la cause que le Conseil de fondation ait déposé l'ensemble des documents nécessaires demandés par l'autorité inférieure relatifs aux comptes 2007

dans l'ultime délai au 24 décembre 2008, tel que requis par la sommation du 24 novembre 2008 à chacun des membres du Conseil. Certes, les recourants prétendent que le rapport de révision a été adressé à l'Autorité de surveillance entre le 26 décembre 2008 (date du rapport) et le 4 février 2009. Ils n'ont cependant pas été à même de le démontrer, preuve à l'appui. L'envoi d'un pli recommandé à cette effet à l'autorité de surveillance s'imposait compte tenu des circonstances du cas, la preuve de cette envoi incombant à la Fondation. Par ailleurs, la lettre du 11 février 2009 de la Fondation de prévoyance, postérieure à la décision attaquée, ne permet pas d'inférer de la production antérieure du rapport de révision. Elle fait état de la production en annexe du rapport de révision en question relié aux comptes et ne fait que mentionner un envoi antérieur du rapport de révision directement par la fiduciaire alors que celle-ci a été dans l'impossibilité de prouver son envoi, ni même de produire une lettre d'accompagnement dudit envoi. Les recourants et l'autorité inférieure présentent aussi une version différente concernant le contenu de la conversation téléphonique du 5 février 2009, aucune note de conversation n'ayant été consignée ou n'ayant fait l'objet d'une correspondance de confirmation, il ne peut en être tiré quelque élément que ce soit. Enfin, les recourants indiquent eux-mêmes que la Fiduciaire F._____ n'est pas à même de se souvenir d'un envoi concernant ce dossier et ne peut donc ni affirmer ni infirmer un envoi direct du rapport de révision (cf. pourtant à ce sujet l'art. 36 al. 1 OPP 2).

6.3.3 Il est manifeste qu'une fondation est en partie tributaire de l'organe de révision pour remplir ses obligations de dépôt des comptes révisés dans les délais. Encore faut-il pour reconnaître à une fondation cette circonstance atténuante dans le retard de production des comptes révisés qu'elle ait elle-même remis à temps ses comptes à l'organe de révision pour qu'il puisse effectuer leur audit sans être lui-même limité dans le temps d'une manière telle qu'il ne puisse exécuter son mandat dans le délai institué du 30 juin de l'année suivant la clôture des comptes. Le retard de l'organe de révision imputable à lui-même dans la production des comptes révisés peut donc, cas échéant, et au moins en partie, être un motif à retenir dans l'examen de la gravité de la faute commise par les membres du Conseil de fondation et, par conséquent, de la peine à leur infliger. Ni le Tribunal de céans, ni même l'Autorité de surveillance apparemment, n'ont par ailleurs été informés de la date à laquelle l'organe de révision a été en

possession des comptes pour effectuer son travail de contrôle. Cet élément déterminant pour la quotité de la peine n'a pas été examiné, mais il est vrai que la fondation n'a jamais invoqué avoir remis ses comptes à l'organe de révision bien avant l'échéance du 30 juin et avoir relancé à maintes reprises l'organe de révision sans succès. Si l'on admet, au vu des actes de la cause, que l'organe de révision a reçu au plus tard les documents nécessaires pour exécuter son mandat entre le 15 et le 30 novembre 2008 en même temps que l'autorité inférieure, il appartenait alors au Conseil de fondation, éventuellement à ses membres individuellement, d'une part, d'informer l'Autorité de surveillance, avant l'échéance du délai repoussé au 24 décembre 2008, de l'impossibilité dans laquelle la fondation se trouvait de produire le rapport de l'organe de révision et, d'autre part, de présenter une demande de prolongation du délai. Par ailleurs on ne peut comprendre pourquoi les documents encore manquants par rapport à ceux demandés par l'Autorité de surveillance dans sa sommation du 24 novembre 2008 ont été produits seulement par courrier du 11 février 2009 en bonne et due forme alors que le rapport de révision avait été établi le 28 décembre 2008.

6.3.4 Ensuite, s'il est vrai que l'art. 79 LPP prévoit la réprimande comme première sanction, mais seulement en cas d'inobservation de peu de gravité, il faut convenir avec l'autorité inférieure qu'en l'espèce – en tenant compte notamment des antécédents des membres du Conseil de Fondation concernant la présentation tardive des comptes annuels audités et du fait que ils n'ont pas éprouvé le besoin d'envoyer une demande de prolongation du délai jusqu'au 24 décembre 2008 (ni ultérieurement de demander la restitution du délai), nonobstant le fait que la sommation du 24 novembre 2008 annonçait déjà le prononcé d'une amende en cas de non respect du délai accordé – la réprimande est apparue à juste titre aux yeux de l'autorité inférieure comme une mesure insuffisante pour atteindre le but poursuivi.

6.3.5 Certes, on doit encore se poser la question si l'amende individuelle d'un montant de Fr. 2000.- décidé par l'autorité inférieure contre chaque membre du Conseil de fondation est compatible avec la règle de la nécessité et le principe de la proportionnalité (cf. consid. 6.3.1 du présent arrêt), étant précisé que les recourants n'ont à juste titre pas soulevé le grief que l'amende infligée ne respecterait pas la règle de l'aptitude. Toutefois – compte tenu notamment du large pouvoir d'appréciation de l'Autorité inférieure que le Tribunal de céans se doit de

respecter dans la détermination d'une sanction d'ordre ne pouvant intervenir bien évidemment sans raison valable, de sa jurisprudence antérieure en la matière (cf. notamment les arrêts C- 410/2006 du 5 avril 2007 et C-2834/2007 du 5 mai 2008) et du fait que les recourants n'ont, jusqu'au 24 décembre 2008, ni produit les documents manquant ni présenté une demande de prolongation du délai, alors qu'ils auraient pu et du présenter une telle demande, le Tribunal de céans considère que l'Autorité inférieure a rendu des décisions d'amende s'inscrivant dans le cadre de l'art. 79 al. 1 LPP et respectant les règles et principes énoncés au considérant 6.3.1 du présent arrêt.

6.3.6 Partant, le recours est rejeté et les décisions d'amende du 4 février 2009 sont confirmées compte tenu de l'ensemble des circonstances et de la faute individuelle de chacun des membres tenus de veiller personnellement à ce que le Conseil de fondation exécute ses obligations légales dans les délais institués et d'ordre pour ce faire.

7.

7.1 En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe, soit en l'espèce les recourants. Ils sont fixés à Fr. 1'500.- et sont compensés par l'avance effectuée de Fr. 1'500.- requise par le Tribunal de céans.

7.2 Vu l'issue de la cause, il n'y pas lieu d'allouer de dépens, étant précisé que le tribunal de céans s'est déjà prononcé sur le fait qu'il ne se justifie pas de s'écarter de la règle selon laquelle les autorités parties n'ont pas droit aux dépens (cf. les arrêts du Tribunal de céans C-2410/2006 du 5 avril 2007 et C-2834/2007 du 5 mai 2008; art. 7 al. 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

(dispositif à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 1'500.-, sont mis à la charge des recourants. Ils sont compensés par l'avance de frais déjà versée de Fr. 1'500.-.

3.
Il n'est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

- au représentant des recourants (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. ; Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales

Le président du collège : Le greffier :

Vito Valenti 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 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 (voir art. 42 LTF).

Expédition :