

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour III
C-1216/2007

{T 0/2}

Arrêt du 20 décembre 2007

Composition

Elena Avenati-Carpani (présidente du collège),
Franziska Schneider, Stefan Mesmer, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

Fondation P._____,
représentée par Me Simon Epiney, avenue du Marché 10,
3960 Sierre,
recourante,

contre

**Autorité de surveillance des fondations
et des institutions de prévoyance professionnelle
du canton du Valais**, avenue de la Gare 39, 1951 Sion,
autorité inférieure.

Objet

Comptes annuels 2005; prêts à l'employeur;
réserve de fluctuation de valeurs.

Faits :**A.**

La Fondation P._____ (ci-après: la Fondation), dont le siège est à Sierre, a été constituée le 13 avril 1984 sous le nom de "P._____". Son nom a été modifié par une décision de l'Autorité de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance professionnelle du canton du Valais (ci-après l'Autorité de surveillance) le 3 mai 2004 (pce 1). La Fondation est inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle du canton du Valais sous le numéro d'ordre VS 0000 (cf. pce 5). Elle a pour but selon l'art. 1^{er} de son Règlement (Editions 2005 et 2007) de "réaliser la prévoyance de ses membres fondateurs (anciennement) G._____, d'autres corporations publiques ainsi que des institutions des secteurs de la santé, et de satisfaire aux exigences de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (appelée ci-après la "LPP")". Ces actuelles dispositions réglementaires ("P:_____ Règlement 2007") sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007 (pce 3). Elles ont remplacé le "Règlement P._____ (Edition 2005)" entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005 qui avait été adapté à la 1^{ère} révision de la LPP (Loi fédérale du 25 juin 1982 en matière de prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40)(pce 2).

B.

En séance du Conseil paritaire du 14 décembre 2005, la Fondation adopta un "Règlement de placement". Selon l'art. 2.1 de ce règlement, "la fondation gère sa fortune de manière à garantir la sécurité, un rendement suffisant des placements, une répartition appropriée des risques ainsi que la couverture du besoin prévisible de liquidité. Il convient de tenir compte de la capacité de la fondation à prendre des risques, déterminés selon des règles reconnues". L'art. 5 du règlement définit les placements autorisés et les limites légales de placement. Au titre des avoirs auprès de l'employeur, la disposition précitée énonce un pourcentage de 100% s'agissant d'avoirs garantis (garanties selon l'art. 58 de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité OPP2; RS 831.441.1]; édition du 1^{er} juin 1993) et un pourcentage de 20% s'agissant d'avoirs non garantis dans la mesure uniquement de la part de la fortune excédant les prestations de libre passage et les rentes. L'art. 7 du règlement traite de l'évaluation des placements. Au titre des méthodes retenues, le règlement se réfère à la Swiss GAAP RPC 26 (FONDATION RPC,

Swiss Generally Accepted Accounting Principles / Recommandations relatives à la présentation des comptes n° 26; www.fer.ch). Au titre de la réserve de fluctuation de valeurs, le règlement prévoit la disposition ci-après: "La réserve de fluctuation de valeurs est destinée à résorber les variations des cours boursiers. Son montant est décidé par le Conseil paritaire qui se base sur une simulation de l'allocation d'actif de la fondation établie par un expert en prévoyance professionnelle ou un institut bancaire". L'Annexe au Règlement de placement P._____ fait état des directives de placements adoptées le 14 décembre 2005 (pce 12).

Lors de cette séance le Conseil paritaire discuta de l'asset allocation et S._____ de UBS SA indiqua que la stratégie d'allocation suivie nécessitait une réserve [de fluctuation] de 19% pour permettre à l'institution d'octroyer sur le long terme 4% de rémunération aux assurés. Cette réserve de fluctuation fut acceptée à l'unanimité (pce 13 ch. 3.3 et 3.5).

C.

La Fondation adressa ses comptes 2005 à l'Autorité de surveillance conformément à ses obligations légales. Les états financiers audités au 31 décembre 2005 indiquèrent au titre des "Placements et créances auprès de l'employeur" un montant de Fr. 10'244'819.55. Ce poste au bilan fut détaillé à la rubrique n° 64 de l'annexe comme suit:

	31.12.2005	31.12.2004
comptes courants (créances) employeurs	2'144'819.55	2'825'778.45
Produits des intérêts (nets) sur compte courant	0.00	0.00
Placements auprès des employeurs	8'100'000.00	6'000'000.00
Produits des intérêts (nets) sur compte courant	246'055.60	250'000.00
Placements et créances auprès de l'employeur	10'244'819.55	8'825'778.45

Ces montants furent complétés de l'indication ci-après: "Le compte courant (créances) des employeurs n'est débiteur que pour une courte durée à la fin de l'année et concerne le versement de la dernière tranche définitive des primes de l'année. Le montant de 8'100'000.- est placé auprès des employeurs

Montant	Taux	échéance	Amortissement
4.0 mios	4% fixe	31.12.2006	aucun
2.5 mios	2.5% (taux LPP)	illimité	libre 20%
0.8 mios	5% fixe	18.10.2010	libre 20%
0.8 mios	4% fixe	31.07.2009	libre 20%

".

Au titre du degré de couverture selon l'art. 44 OPP2, l'annexe indique au ch. 56 un taux de 114% au 31 décembre 2005. Ce taux était de 107.4% à la fin de l'année précédente. L'allocation fait état de placements auprès de l'employeur correspondant à 1.99% des actifs.

Au titre de la réserve de fluctuation de valeurs, l'annexe indique au ch. 62 en application (pour la 1^{ère} fois) de la Swiss GAAP RPC 26 un montant de Fr. 61'534'791.55 inférieur au montant cible de Fr. 97'432'643.06 devant correspondre au 19% fixé par le Conseil paritaire. La rubrique indique que la précédente réserve de fluctuation avait été fixée à 12% de manière empirique dans l'attente de l'étude complète de l'allocation des actifs réalisée en 2005.

Selon le "Rapport de l'organe de contrôle" de la Fondation établi le 7 avril 2006, les comptes annuels, la gestion et les placements ainsi que les comptes de vieillesse sont conformes à la loi, à l'acte de fondation et aux règlements (pce 4).

D.

Au cours du troisième quadrimestre 2006, l'Autorité de surveillance et la Fondation échangèrent divers courriers dans lesquels l'Autorité de surveillance établit que les réserves de fluctuations étaient des réserves affectées et non des fonds libres, qu'en conséquence, vu l'art. 57 al. 1 OPP2, les placements de la Fondation auprès de l'employeurs au 31 décembre 2005 contrevenaient à l'OPP2 (pce 6). La Fondation fit valoir par son directeur que la nouvelle Swiss GAAP RPC 26 avait pour effet d'éliminer la possibilité d'avoir des réserves libres tant que l'objectif de réserve de fluctuation de valeurs défini par le Conseil paritaire n'était pas atteint, qu'en l'occurrence le contrat de prêt avait été établi avant l'entrée en vigueur de la RPC 26 en situation de disponibilité de réserves libres, qu'au demeurant il n'existait pas de loi, ordonnance ou directive précisant le niveau de réserve de fluctuation de valeurs, ce qui engendrait une inégalité de traitement entre caisses prudentes et caisses moins prudentes, qu'en l'occurrence si le taux de réserve de fluctuation nécessaire avait été fixé à 10%, les réserves li-

bres se seraient montées à 4% vu un degré de couverture de 114%. Enfin, il releva que la RPC 26 définissait le degré de couverture selon l'énoncé "Fortune à disposition par rapport aux capitaux engagés" et que selon cette définition les réserves de fluctuation des cours n'étaient pas des capitaux engagés au même titre que le capital de fondation et les fonds libres (pce 8).

E.

Par décision du 15 janvier 2007, l'Autorité de surveillance décida (entre autres) de prendre acte de la conformité des comptes 2005 de la Fondation, formula néanmoins des réserves à l'endroit de ce constat de conformité s'agissant des placements opérés sans garantie chez l'employeur pour un montant de Fr 10'244'811.55, requit en conséquence de la Fondation l'obtention de la part de l'employeur de garanties ou le remboursement du prêt dans un délai échéant au 31 décembre 2007. Elle fit valoir être intervenue auprès de la Fondation le 24 octobre 2006 l'informant que les réserves de fluctuation de valeurs ne constituaient pas un élément de fortune libre et qu'elles ne pouvaient être placées sans garantie chez l'employeur, que cette qualification des réserves de fluctuation en réserves affectées était confirmée par une publication d'un groupe de travail formé d'experts-comptables et d'actuaire portant sur le traitement des réserves techniques et de fluctuation de valeurs dans le cadre de l'application de la recommandation Swiss GAAP RPC 26, que la position de la Fondation, selon laquelle les prêts octroyés avant l'entrée en vigueur de la Swiss GAAP RPC 26 n'y étaient pas soumis, n'était pas pertinente du fait que l'art. 57 OPP2 dans sa nouvelle teneur s'appliquait à compter du 1^{er} janvier 2006. Elle releva également que les dispositions de l'art. 59 OPP2 permettant une extension des possibilités de placements sur la base d'un règlement de placement ne s'appliquaient pas à la règle énoncée à l'art. 57 al. 1 LPP et que l'art. 60 OPP2 prévoyait que si les conditions fixées par l'art. 59 pour une extension des possibilités de placement n'étaient pas remplies, il lui appartenait de prendre les mesures appropriées, dont exiger une adaptation des placements de la fortune (pce 5).

F.

Par acte du 14 février 2007, la Fondation, représentée par Me Simon Epiney, interjeta recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral concluant à l'annulation de la décision de l'Autorité de surveillance sous suite de frais et équitable indemnité à titre de dé-

pens à la charge de l'Autorité de surveillance. Elle fit valoir, dans la mesure de la pertinence des griefs allégués, avoir prêté à l'institut X._____ du canton du Valais trois montants, à savoir un prêt de Fr. 2'500'000.- au taux LPP pour une durée indéterminée, un prêt de Fr. 800'000.- à 4% exigible en 2009 et un prêt de Fr. 800'000.- à 5% exigible en 2010, et que lesdits prêts n'étaient pas agréés par l'Autorité de surveillance faute d'être garantis du fait qu'elle ne disposait pas de réserve libre, avis qu'elle ne partageait pas car aucune loi ne définissait le niveau de la réserve de fluctuation nécessaire. La Fondation releva de plus que Fr. 6,144 mios sur le montant litigieux avaient d'ailleurs été remboursés, dont un montant de Fr. 2,144 mios qui était un poste débiteur de courte durée en relation avec le paiement de primes de fin d'année et qui n'était ainsi pas un prêt à un membre. Au fond, elle invoqua que les prêts consentis l'avaient été avant l'entrée en vigueur de la recommandation Swiss GAAP RPC 26 et n'y étaient apparemment pas soumis, que ce fut par prudence que l'objectif de couverture avait été fixé à 19%, que si cet objectif avait été fixé à 15% sa réserve libre actuelle serait d'environ Fr. 5,5 mios représentant le 1% de ses engagements vu un degré de couverture de 116% au 31 décembre 2006, qu'en l'occurrence l'Autorité de surveillance se référerait à des chiffres erronés et à un degré de couverture sans base légale. Elle défendit que ses réserves de fluctuation constituaient un élément de fortune libre qui pouvaient être mis à disposition de l'employeur sans garantie, comme ce fut le cas à hauteur de Fr. 4,1 mios et non pas à plus de Fr. 10 mios, que de surcroît lesdits placements ne présentaient aucun risque vu que le canton assumait les charges de l'Institut central des hôpitaux valaisans. Elle releva enfin que la prudence consistant à fixer une réserve de fluctuation élevée prêterait les caisses de pensions par rapport à la détermination d'une réserve plus basse et que l'interprétation selon laquelle les réserves de fluctuation n'étaient pas des capitaux engagés était partagée par la Zentralschweizer Aufsicht (pce TAF 1).

G.

Par réponse au recours du 23 mars 2007, l'Autorité de surveillance releva que sa décision du 15 janvier 2007 s'était fondée sur les comptes audités au 31 décembre 2005, que les remboursements allégués allaient dans le sens de ses exigences et qu'en fait seule était objet du recours la nature juridique de la réserve de fluctuation de valeurs au sens de l'art. 48e OPP2. Elle fit valoir qu'au regard de l'art. 57 al. 1 OPP2 et de la recommandation Swiss GAAP RPC 26 applicables

conjointement la réserve de fluctuations était une réserve affectée et donc non libre. Quant à son applicabilité *ratione temporis*, l'Autorité de surveillance indiqua que les nouvelles dispositions relatives aux placements chez l'employeur s'appliquaient au 1^{er} janvier 2006 conformément aux dispositions finales de la modification du 24 mars 2004. Elle souligna que la Fondation avait fixé une réserve de fluctuation à 19% conformément à l'art. 48e OPP2 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005 en application du principe de permanence et qu'en ayant arrêté ce taux elle l'avait fait en connaissance de cause (pce TAF 4).

Par réplique du 19 avril 2007, la Fondation releva que l'objet principal du recours était effectivement la nature juridique de la réserve de fluctuation mais qu'il y avait également lieu de clarifier qu'une créance de cotisations à 30 jours n'était pas un prêt octroyé à l'employeur sans garantie. S'agissant de la nature juridique de la réserve de fluctuation, elle maintint sa position et fit valoir que l'art. 48e OPP2 ne donnait ni directive ni minima sur la manière de constituer cette réserve, qu'en l'occurrence il appartenait à chaque institution de la définir empiriquement selon sa sensibilité et propension aux risques. Se référant à des taux de réserves de fluctuation adoptés par d'autres institutions de prévoyance - de droit public valaisan - la Fondation indiqua qu'elle aurait pu adopter une réserve de fluctuation de moins de 12% et qu'elle aurait eu au 31 décembre 2005 une réserve libre de 2%, ce qui démontrait que l'interprétation de la recommandation par le groupe d'experts auquel se référait l'Autorité de surveillance n'avait aucun sens tant que les modalités de constitution de la réserve de fluctuation n'étaient pas précisées par l'OPP2 (pce TAF 6).

Par duplique du 21 juin 2007, l'Autorité de surveillance releva que l'annexe aux comptes 2005 établie en 2006 aurait dû indiquer au titre des "événements postérieurs à la date du bilan" le remboursement de la créance constituée par le solde des contributions des employeurs. Elle précisa qu'une extension des possibilités de placements au delà des limites fixées par les art. 53 à 56, 56a al. 1 et 5, ainsi que 57 al. 2 OPP2 n'était pas applicable à la restriction posée par l'art. 57 al. 1 OPP2 compte tenu de la nature problématique des placements des institutions de prévoyance auprès de l'employeur. S'agissant de la détermination du niveau de la réserve de fluctuation, l'Autorité de surveillance précisa en se référant au commentaire ad chiffre 4/15 de la recommandation Swiss GAAP RPC 26 que ladite détermination ne re-

levait pas du pouvoir discrétionnaire de l'organe paritaire de l'institution de prévoyance mais résultait de l'analyse d'un ensemble d'éléments propres à chaque institution, qu'en l'occurrence la Fondation avait établi ce taux à 19% respectant le principe de permanence énoncé à l'art. 48e OPP2. Enfin, s'agissant des exemples de pourcentage de réserves de fluctuation auxquels s'était référée la Fondation dans sa réplique, elle nota que la comparaison ne pouvait s'établir avec des institutions de prévoyance avec promesse de garantie de corporation de droit public (pce TAF 11).

Par triplique du 8 août 2007, la Fondation précisa que la courte durée du poste "Compte courant (Créances) des employeurs" avait été spécifiée dans l'annexe aux comptes 2005. Elle nota que les prêts à l'employeur faisaient partie de sa stratégie de placements et étaient conformes à celle-ci. S'agissant de l'importance de la réserve de fluctuation, elle réitéra sa position selon laquelle celle-ci pouvait varier du simple au double selon les critères employés vu l'absence de critères définis par l'OPP2 (pce TAF 13).

H.

Par ordonnance du 25 avril 2007, le Tribunal administratif fédéral requit une avance de frais de procédure de Fr. 2'500.-, montant qui fut versé dans le délai imparti (pces TAF 7 et 9). Il communiqua aux parties la composition du collège le 20 novembre 2007, laquelle ne fut pas contestée (pce TAF 14).

Droit :

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 une autorité de surveillance cantonale dans le domaine de la prévoyance professionnelle peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 74 al. 1 LPP et à l'art. 33 let. i LTAF.

2.

La décision litigieuse du 15 janvier 2007 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 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, 2eme éd. Berne 2002, p. 626 ss; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 483 ss).

En l'espèce, la Fondation a sans conteste un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée. De plus, ayant interjeté recours dans les formes et délais requis par la loi et s'étant acquittée de l'avance de frais de procédure requise dans le délai imparti (art. 50 al. 1, 52 et 63 al. 4 PA), son 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 Commission de recours LPP du 8 décembre 2000 [cause 618/99], p. 9, publié in: Revue suisse de droit des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [RSAS 2002], p. 476 ss).

4.

4.1 Selon l'art. 71 al. 1 LPP les institutions de prévoyance administrent leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la

couverture des besoins prévisibles de liquidité. Conformément à l'art. 49a OPP2, l'institution de prévoyance doit établir un règlement de placement dans lequel doivent être fixés les objectifs et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle des placements ainsi que les règles que l'organe suprême entend appliquer dans l'exercice de ses droits d'actionnaire. Ce règlement doit prévoir la constitution de réserves de fluctuation de valeurs. L'art. 50 al. 2 OPP2 dispose que lors du placement de sa fortune, [l'institution de prévoyance] doit veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance. La sécurité doit être évaluée spécialement en tenant compte de la totalité des actifs et des passifs, de la situation financière effective, ainsi que de la structure et de l'évolution future prévisible de l'effectif des assurés. Les art. 53 à 56a OPP2 énoncent les placements autorisés et les limites en pourcentages par société ou débiteur des différents types de placement compte tenu de l'asset allocation de l'institution de prévoyance. Les placements auprès de l'employeur sont régis par les art. 57 et 58 OPP2 (*infra* 4.2).

L'art. 59 al. 1 OPP2 dispose que les possibilités de placement selon les art. 53 à 56, 56a al. 1 et 5, ainsi que 57 al. 2, peuvent être étendues sur la base d'un règlement de placement fondé sur l'art. 49a, pour autant que l'application de l'art. 50 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel. Les résultats de ce rapport doivent être consignés dans l'annexe aux comptes annuels, précise l'alinéa suivant. Si les conditions fixées à l'art. 59 OPP2 pour une extension des possibilités de placement ne sont pas remplies, l'autorité de surveillance prend les mesures appropriées. Elle peut exiger, selon l'art. 60 OPP2, une adaptation du placement de la fortune.

4.2 Les placements d'une institution de prévoyance auprès de l'employeur et leurs garanties font l'objet de dispositions restrictives aux art. 57 et 58 OPP2 qui ont été modifiées au 1^{er} avril 2004. Selon les dispositions finales de la modification du 24 mars 2004 (RO 2004 1709), pour les placements et les participations chez l'employeur, ainsi que pour les gages immobiliers au sens de l'art. 58 al. 2 let. b OPP2, déjà existants au moment de l'entrée en vigueur de la présente modification, les nouvelles limitations s'appliquent à partir du 1^{er} janvier 2006.

4.2.1 Conformément à l'art. 57 al. 1 OPP2 anciennement en vigueur (aOPP2) jusqu'au 31 mars 2004 et encore applicable jusqu'au 31 dé-

cembre 2005, la fortune ne peut être placée sans garantie chez l'employeur lorsqu'elle est liée à la couverture des prestations de libre passage et à celle des rentes en cours. Les alinéas 2 et 3 du même article précisent que des placements sans garantie chez l'employeur ne sont admis que jusqu'à concurrence de 20% au plus de la fortune de l'institution de prévoyance et qu'une participation financière chez l'employeur est toutefois limitée à 10% au plus de la fortune. En vertu de l'art. 58 al. 1 aOPP2, la garantie des créances envers l'employeur doit être efficace. L'alinéa 2 définit les garanties admises et l'alinéa 3 dispose que dans les cas particuliers l'autorité de surveillance peut autoriser d'autres sortes de garantie.

4.2.2 Selon la modification du 24 mars 2004 entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 et s'appliquant dans tous les cas au 1^{er} janvier 2006, l'art. 57 al. 1 OPP2 prévoit comme précédemment que la fortune, diminuée des engagements et des passifs de régularisation, ne peut être placée sans garantie chez l'employeur lorsqu'elle est liée à la couverture de prestations de libre passage et à celle des rentes en cours, mais l'alinéa suivant prévoit que les placements sans garantie et des participations financières chez l'employeur ne peuvent pas, ensemble, représenter plus de 5% de la fortune. En vertu de l'art. 58 al. 1 OPP2, la garantie des créances envers l'employeur doit être efficace. L'al. 2 définit les garanties admises (avec des modifications par rapport à l'ancien texte) et l'alinéa 3 dispose que dans des cas particuliers l'autorité de surveillance peut autoriser d'autres sortes de garantie.

4.2.3 Tant les versions ancienne qu'actuelle de l'art. 57 OPP2 n'envisagent la possibilité de prêts sans garantie et de participations chez l'employeur qu'en fonction de l'existence de fonds libres de l'institution de prévoyance.

5.

En application des art. 65a al. 5 et 71 al. 1 LPP et selon l'art. 47 al. 1 OPP2, les institutions de prévoyance sont responsables de l'établissement des comptes annuels. Ceux-ci se composent du bilan, du compte d'exploitation et de l'annexe. Ils contiennent les chiffres de l'exercice précédent. L'al. 2 de l'art. 47 OPP2 prévoit que ceux-ci doivent être établis et structurés conformément aux recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26 dans leur version du 1^{er} janvier 2004. L'alinéa 3 précise que les événements postérieurs à la date du bilan sont pris en considération dans la mesure où ils influencent de manière importante

l'appréciation de la situation dans laquelle se trouve l'institution de prévoyance. Il s'ensuit qu'à ce titre un important remboursement ou le paiement d'une importante créance doit y être mentionné si cela se justifie au même titre que la solvabilité douteuse d'un important débiteur. Le paiement d'une importante créance portée à l'actif, honorée au cours de l'exercice suivant à son échéance, ne doit ainsi pas être indiqué dans l'annexe aux comptes annuels à la rubrique des événements intervenus post bilan vu son paiement intervenu, par contre son non paiement doit dans tous les cas être mentionné dans l'annexe si au jour de l'établissement de celle-ci le montant n'a toujours pas été payé. Il sied également de préciser qu'une créance de contribution LPP à 30 jours en fin d'année envers l'employeur n'est pas un prêt de l'institution de prévoyance, faute des *essentialia* à la convention d'un prêt dont le transfert de propriété d'une somme d'argent pour une durée et à des conditions déterminées (art. 312 du Code des obligations [CO, RS 220]).

6.

Selon l'art. 48 OPP2, les actifs et les passifs sont évalués conformément aux recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26. Les provisions nécessaires à la couverture des risques actuariels se calculent sur la base du rapport actuel de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle au sens de l'art. 53 al. 2 LPP.

Conformément à l'art. 48e OPP2, l'institution de prévoyance fixe dans un règlement les règles pour la constitution des réserves de fluctuation ainsi que pour les autres réserves. Elle doit à cet effet respecter le principe de permanence. La réserve de fluctuation est déterminée en relation avec le degré de couverture selon l'art. 44 OPP2, lequel se définit comme le rapport entre la fortune de prévoyance disponible et le capital de prévoyance, requis sur le plan actuariel, d'une institution de prévoyance (Chambre suisse des actuaires-conseils, Directive technique DTA 1 du 13 mars 2006, ch. 1; www.kammer-pk-experten.ch). En collaboration avec l'expert en prévoyance professionnelle, l'institution de prévoyance détermine, dans le règlement prévu à l'art. 48e OPP2, les capitaux de prévoyance et les provisions techniques nécessaires en vertu du règlement de prévoyance et de la législation en vigueur. En principe, des provisions doivent être constituées pour les prestations promises par une institution de prévoyance qui ne sont pas - ou insuffisamment - couvertes par les cotisations réglementaires, ou dont le montant

risque de fluctuer (Chambre suisse des actuaires-conseils, Directive technique DTA 2 du 13 mars 2006, ch. 1).

Les montants des provisions techniques sont calculés sur la base du règlement de l'institution de prévoyance conformément au principe de continuité. Elles tiennent compte de l'augmentation de l'espérance de vie, des fluctuations dans l'évolution du risque (décès, invalidité) chez les assurés actifs, des fluctuations dans l'évolution du risque chez les bénéficiaires de rente, des pertes sur retraites (financement inadéquat), des prestations en suspens et latentes, de l'abaissement du taux d'intérêt technique, de l'augmentation des rentes. La réserve pour fluctuation de valeurs ne fait pas partie des provisions techniques (Op. cit. p. 10).

7.

7.1 La réserve de fluctuation de valeurs au sens de l'art. 48e OPP2 est la réserve constituée par l'institution de prévoyance pour couvrir les risques de fluctuations des investissements en actions, obligations et autres valeurs, y compris les immeubles. Sa constitution est rendue obligatoire par l'OPP2 en application de l'art. 65b LPP. Le commentaire ad chiffre 4/15 de la recommandation Swiss GAAP RPC 26 précise que "la réserve de fluctuation de valeurs est constituée pour les risques de marché spécifiques servant de base aux placements (y compris les immeubles) afin de pouvoir garantir durablement que les promesses de prestations sont remplies. La détermination de la réserve de fluctuation de valeurs nécessaire se fonde sur des considérations économique-financières et sur des données actuelles (p. ex. évolution du marché des capitaux, allocation des placements, stratégie de placements, structure et évolution des capitaux de prévoyance et des provisions techniques, objectif de rendement et niveau de sécurité visé). Le principe applicable est celui de la permanence". L'application du principe de permanence implique la prise en compte de marges adéquates de sécurité. Une étude de la Banque Pictet & Cie sur des valeurs suisses menée sur la base de séries historiques portant sur les années 1926 à 2004 a démontré, outre l'intérêt manifeste de placements à longs termes en actions par rapport à des placements en obligations, la volatilité supérieure des actions, lesquelles présentent un écart-type de 20.63% contre un écart-type de 3.68% pour les obligations sur la période considérée (MARTIN ANDERSON, Devoir de diligence et placements des institutions de prévoyance: aspects juridiques in:

TRIGO TRINDADE / ANDERSON, *Institutions de prévoyance: devoirs et responsabilité civile*, Zurich 2006 p. 54). Selon une étude rapportée par Anderson (Op. cit. p. 55 note 72), élaborée par M. Hoesli, sur la base de données couvrant la période de 1943 à 1991, l'introduction de l'immobilier dans des portefeuilles composés d'actions et d'obligations permet, pour un rendement annuel moyen de 6%, de réduire de près de moitié la volatilité du portefeuille passant d'un écart-type de portefeuille de 10.5% à 6.2%, démontrant ainsi l'impact de cette classe d'actif dans un portefeuille (cf. M. HOESLI, *Investissement immobilier et diversification de portefeuille*, Paris 1993, p. 92). C'est dire qu'il appartient à l'institution de prévoyance d'établir une réserve de fluctuation d'autant plus importante que son allocation d'actifs est orientée sur les risques et que cette réserve de fluctuation sera également d'autant plus élevée que le but de l'institution de prévoyance est d'assurer un intérêt constant de 4% annuel sur les comptes de prévoyance, comme en l'espèce, taux nécessairement inférieur à l'objectif réel devant être atteint compte tenu des frais d'administration de la fondation. Ceci est énoncé au titre des modalités et éléments à prendre en compte pour la détermination de l'importance de la réserve de fluctuation de valeurs, mais il n'appartient pas au Tribunal de céans de se prononcer sur le bien-fondé du taux de 19% établi par le conseiller en placements de la Fondation, lequel taux n'est dans tous les cas pas arbitraire.

7.2 Anne Petit-Pierre Sauvain définit comme suit le capital de couverture: "Il représente la part du capital social de l'institution de prévoyance qui sert à garantir les engagements de nature actuarielle ou de prévoyance. Il est donc égal à la somme des engagements suivant: engagements de l'institution de prévoyance envers les assurés actifs; engagements de l'institution de prévoyance envers les bénéficiaires de rentes; provisions pour cas de prévoyance en suspens; provision pour adaptation des prestations au renchérissement, y compris les mesures spéciales selon la LPP; provision pour fluctuation des risques; réserve pour l'accroissement de la longévité" (ANNE PETIT-PIERRE SAUVAIN, Introduction in: TRIGO TRINDADE / ANDERSON, Op. cit., p. 18). Cette définition ne mentionne pas la réserve de fluctuation car la définition précitée est en relation avec la notion de découvert au sens de l'art. 44 OPP2, lequel fait référence au capital actuariel de prévoyance nécessaire permettant de déterminer le découvert selon l'Annexe à l'OPP2. Toutefois, la réserve de fluctuation est liée au capital de couverture afin d'assurer son existence effective sur la durée conformément au principe de

la permanence énoncé à l'art. 48e OPP2. Carl Helbling le précise en relevant qu'une réserve de fluctuation trop élevée a pour effet de bloquer du capital comme dans le cas d'une banque au capital propre trop élevé (CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 8^{ème} éd. Berne 2005, p. 491). De même, comme l'a relevé l'Autorité de surveillance, un groupe d'experts, issus, il y a lieu de le relever, des plus importantes sociétés suisses en matière de révision et d'actuaire professionnelle, a défini la réserve de fluctuation de valeurs en tant que réserve affectée ne constituant pas de la fortune libre, déterminée en pratique généralement par la banque dépositaire ou le conseiller en placement (GROUPE DE TRAVAIL SUR LE TRAITEMENT DES PASSIFS DE NATURE ACTUARIELLE, Réflexion sur le traitement des passifs de nature actuarielle et la réserve de fluctuation de valeurs dans le cadre de l'application de la norme comptable Swiss GAAP RPC 26, Lausanne 2006).

7.3 Il appert de la notion de réserve de fluctuation définie ci-dessus en relation avec le capital de couverture que celle-ci est liée, en application du principe de permanence, audit capital de couverture et est ainsi une réserve affectée aux buts légaux minima de l'institution de prévoyance.

8.

8.1 En l'espèce, la Fondation a arrêté en date du 14 décembre 2005 une réserve de fluctuation de valeurs de 19%, montant déterminé par le conseiller en placement de l'institution issu de UBS SA. Ce taux a été adopté à l'unanimité par le Conseil paritaire et n'a d'ailleurs pas été remis en question. Or, compte tenu, comme il l'a été démontré dans les considérants précédents, que la réserve de fluctuation de valeurs est une réserve affectée au capital de couverture, que celle-ci, arrêtée à 19%, ne laisse pas de fonds libres à la Fondation dont le taux de couverture est de 114% au 31 décembre 2005, il était justifié que l'Autorité de surveillance impose à la Fondation de requérir de l'employeur le remboursement des prêts ou leur garantie.

8.2 Dans son recours, la Fondation fait notamment valoir en droit la position qualifiée de plus souple de l'Autorité de surveillance de Suisse centrale que devrait adopter l'Autorité de surveillance du canton du Valais par souci d'harmonisation en se référant à un article paru dans une revue en matière de prévoyance professionnelle (cf. PETER SCHNIDER, Zentralschweizer Aufsicht verzichtet auf die Bestätigung der "jederzeitigen" Sicherheit in: Prévoyance professionnelle suisse 2006/

12 p. 7). Cette référence n'est en rien pertinente. Elle ne fait que relater les extensions de placements admises en pratique par ladite autorité de surveillance depuis le 1^{er} janvier 2006 en matière de possibilités de placement selon les art. 53 à 56, 56a al. 1 et 5, ainsi que 57 al. 2, conformément à l'art. 59 OPP2, soit sur la base d'un règlement de placement fondé sur l'art. 49a OPP2, pour autant que l'application de l'art. 50 OPP2 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel. Or un tel rapport ne peut être rendu que dans la mesure de l'existence d'une fortune dépassant le capital de couverture et le taux de réserve de fluctuation de valeurs.

8.3 La décision du 15 janvier 2007 doit par conséquent être confirmée et le recours rejeté.

9.

9.1 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 la recourante. Lesdits frais fixés par l'autorité de céans à Fr. 2'500.- sont compensés par l'avance effectuée.

9.2 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. Rien ne justifie toutefois de s'écarter de la règle selon laquelle les autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 du Règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 2'500.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 2500.-.

3.

Le présent arrêt est adressé :

- au représentant de la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales.

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).

La présidente du collège :

Le greffier :

Elena Avenati-Carpani

Pascal Montavon

Expédition :