



Arrêt du 16 mars 2017

Composition

Vito Valenti (président du collège),
Caroline Bissegger, Michael Peterli, juges,
Jean-Luc Bettin, greffier.

Parties

A. _____,
représenté par Maître Olivier Carré, (...),
recourant,

contre

**Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse
occidentale (AsSo),**
Avenue de Tivoli 2, case postale 5047, 1002 Lausanne,
autorité inférieure.

Objet

Prévoyance professionnelle : liquidation partielle (décision du
26 janvier 2012).

Faits :**A.**

A._____ a souscrit, le 15 novembre 2006, un contrat d'affiliation – n° 0020 – auprès de la Fondation collective B._____ (ci-après : Fondation) avec effet au 1^{er} janvier 2007 (pce TAF 1, annexe 8).

Par courrier du 31 mai 2008, le prénommé a résilié le contrat d'assurance 0020-21 et demandé à la Fondation, dans le but de pouvoir développer son activité d'indépendant (pce TAF 1, annexe 9), le versement de son avoir de prévoyance professionnelle sur son compte bancaire, son épouse contre-signant le courrier pour accord. Le 29 juillet 2008, la Fondation a entièrement transféré à l'intéressé la prestation de sortie, augmentée des intérêts du 31 mai 2008 au 29 juillet 2008 (rapport de l'expert agréé sur la liquidation partielle du 15 décembre 2010).

B.

Par décision du 16 décembre 2010, l'autorité de surveillance des fondations du canton de Vaud a approuvé le règlement de liquidation partielle de la Fondation en question et constaté qu'il était valable rétroactivement à compter du 1^{er} janvier 2005 (pce TAF 1, annexe 12). Selon le chiffre n° 2 du dispositif de la décision en question, il était prévu de publier dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud, en date du 21 décembre 2010, l'information selon laquelle l'autorité de surveillance des fondations avait approuvé le règlement de liquidation partielle de la Fondation. La décision du 16 décembre 2010 n'a fait l'objet d'aucun recours.

C.

Le 23 février 2011, les cantons de Vaud, du Valais, de Neuchâtel et du Jura ont convenu d'un concordat régissant l'organisation de la surveillance, au sens du droit fédéral, des fondations et des institutions de prévoyance ayant leur siège dans les cantons partenaires. A la suite de la conclusion dudit concordat, les cantons partenaires ont constitué un établissement autonome de droit public doté de la personnalité juridique. L'établissement a été nommé « *Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale (ci-après : autorité de surveillance ou AsSo ou autorité inférieure)* ».

D.

D.a Dans un courrier du 31 mars 2011 (pces AsSo 21 et 22), la Fondation, représentée par la gérance C._____, a informé A._____ qu'en vertu de l'art. 2 al. 1 let. d du règlement de liquidation partielle de la Fondation

(ci-après : RLIQ), les conditions d'une liquidation partielle étaient présumées remplies lorsque le contrat d'affiliation d'une entreprise affiliée est totalement résilié. Compte tenu de l'origine de la liquidation, soit la résiliation du contrat d'affiliation, le Conseil de fondation a retenu le 31 mai 2008 comme date de la liquidation partielle. La Fondation a aussi indiqué à l'intéressé que, selon l'art. 3 al. 2 RLIQ, le découvert était déterminé à partir du bilan technique établi avant la date de la liquidation partielle. Ainsi, le montant du découvert a été calculé sur les comptes audités au 31 décembre 2007, qui constitue le jour déterminant pour la liquidation partielle. Cependant, conformément à l'art. 3 al. 4 RLIQ, en cas de modifications importantes des actifs et des passifs entre le jour déterminant pour la liquidation et celui du transfert, le découvert est adapté en conséquence. De plus, en vertu de l'art. 7 RLIQ, les prestations de sortie sont réduites proportionnellement au découvert technique. Le respect de l'avoir minimum LPP est assuré conformément aux exigences légales de l'art. 53d al. 3 LPP (RS 831.40). Le plan de répartition se fonde sur le principe d'égalité de traitement entre les assurés et la réduction s'opère à titre individuel sur la prestation de sortie. Conformément à la répartition du découvert selon le RLIQ, le Conseil de Fondation a décidé de retenir sur la prestation de sortie versée à l'intéressé le 29 juillet 2008 le montant de CHF 34'256.50, l'art. 27g al. 3 OPP 2 (RS 831.441.1) prévoyant que si la prestation de libre passage de l'assuré concerné par la liquidation partielle avait déjà été transférée sans diminution, l'assuré serait tenu de restituer le montant de la réduction, à savoir CHF 34'256.50. L'intéressé a aussi été rendu attentif au fait qu'il disposait d'un délai de 30 jours pour contester la liquidation partielle auprès du Conseil de fondation et que, pour de plus amples détails au sujet de la procédure de recours, il convenait de se référer à l'art. 15 RLIQ.

D.b Par acte du 20 avril 2011 (pce AsSo 23), l'intéressé a contesté devoir restituer le montant requis et a sollicité de la Fondation divers renseignements.

D.c Par courrier du 18 mai 2011 (pce AsSo 37), le Conseil de fondation a déclaré avoir pris acte du recours du 20 avril 2011, mais qu'il entendait poursuivre la procédure de recouvrement du montant de CHF 34'256.50. Il a été indiqué à l'intéressé qu'il pouvait s'adresser directement à l'autorité de surveillance afin qu'elle vérifie si la procédure de liquidation avait été correctement menée.

E.

E.a Par courrier du 9 septembre 2011, l'intéressé a interpellé l'autorité inférieure (pce AsSo 18).

E.b Le 17 novembre 2011, l'intéressé a fait opposition totale à un commandement de payer de l'Office des poursuites de Genève portant sur CHF 34'256.50 et CHF 2'500.- (pce AsSo 16 et 17).

E.c Par prise de position du 6 décembre 2011 (pce AsSo 7), l'autorité inférieure a indiqué que la liquidation partielle avait été traitée de façon conforme au règlement, de sorte que le recourant devait restituer le montant de CHF 34'256.50, que la procédure d'information et de recours s'était déroulée en violation des dispositions du règlement, mais que ces vices avaient été réparés par le fait que l'intéressé avait pu obtenir la vérification des conditions et de la procédure de liquidation partielle. L'autorité inférieure a rendu l'intéressé attentif au fait qu'il lui était loisible de requérir une décision sujette à recours.

E.d Par courrier du 28 décembre 2011, l'intéressé a sollicité auprès de l'autorité de surveillance des fondations une décision susceptible de recours (pce TAF 1, annexe 20).

F.

Par décision du 26 janvier 2012 (pce AsSo 1), l'autorité inférieure a, dans ses considérants, repris pour l'essentiel les conclusions de sa prise de position du 6 décembre 2011. Elle a constaté que la liquidation partielle de la Fondation collective B._____, survenue suite au départ de l'intéressé, avait été réalisée, quant au fond, de façon conforme au règlement et aux dispositions légales et que le non-respect de la procédure avait pu être réparé du fait que l'intéressé avait pu obtenir la vérification de la liquidation partielle par l'autorité de surveillance.

G.

Par acte du 1^{er} mars 2012 (pce TAF 1), l'intéressé a interjeté recours contre la décision du 26 janvier 2012 par devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal). Il conclut à l'admission du recours, quant à la forme, et, quant au fond, demande à l'autorité de recours d'annuler la décision attaquée, de constater que l'autorité inférieure s'est rendue coupable d'un déni de justice et de renvoyer le dossier à l'autorité inférieure pour nouvelle décision au sens des considérants. À titre subsidiaire, il postule qu'il soit constaté que la demande de remboursement de CHF 34'256.50 formée

par la Fondation est infondée, comme d'ailleurs, par conséquent, la décision de l'autorité inférieure du 26 janvier 2012. En particulier, le recourant avance que des manquements graves des responsables des capitaux de prévoyance gérés par la Fondation étaient certainement intervenus puisque le découvert était passé de CHF 66'342.- au 31 décembre 2007 à CHF 1'215'484.- au 31 décembre 2008. De plus, il fait valoir que la décision attaquée ne statuait pas sur les arguments qu'il avait avancés et qu'il y avait donc déni de justice. Avec son recours, le recourant a présenté une requête d'assistance judiciaire.

H.

Dans sa réponse du 15 mai 2012 (pce TAF 5), l'autorité inférieure a estimé que la liquidation partielle était de la compétence de la fondation de prévoyance et que l'autorité de surveillance n'était chargée que de la vérification de la liquidation partielle survenue. Elle a fait valoir qu'il était par conséquent faux de prétendre, comme le faisait le recourant, que l'autorité de surveillance devait procéder à une instruction de l'affaire en tenant compte des arguments qu'il soulevait. Elle a au surplus souligné que le règlement de liquidation partielle n'avait pas été adopté en catastrophe et que l'autorité de surveillance n'avait pas à intervenir dans la procédure de liquidation partielle, sauf si un assuré en demandait la vérification. L'autorité inférieure a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision du 26 janvier 2012, la liquidation ayant été menée de manière conforme aux dispositions légales et réglementaires et les vices de forme de la procédure ne pouvant pas remettre en question le résultat obtenu.

I.

Le 16 mai 2012, le recourant a retourné le formulaire de demande d'assistance judiciaire (pce TAF 4). Il a précisé qu'il disposait d'une police de protection juridique privée auprès de la compagnie d'assurance *Assista* qui lui accordait la protection juridique dans la présente procédure. Selon le bordereau de taxation d'impôt pour 2010, il disposait, avec son épouse, d'un revenu brut de CHF 50'366.-, d'un revenu imposable de CHF 30'062.- et d'une fortune brute de CHF 8'038.-.

J.

Dans sa réplique du 25 juillet 2012 (pce TAF 12), le recourant a fait valoir que, si la Fondation avait édicté un règlement au plus tard le 1^{er} janvier 2008, il aurait eu conscience de l'obligation de restitution à laquelle il s'exposait, qu'il fallait retenir pour pertinente la date de sortie pour le calcul d'une éventuelle participation aux pertes du fonds et qu'il ne voyait pas

pourquoi l'autorité de surveillance était associée à l'élaboration des actes qu'elle était censée surveiller. Le recourant a maintenu ses conclusions.

K.

Dans sa duplique du 13 septembre 2012 (pce TAF 14), l'autorité inférieure a mentionné avoir approuvé le règlement et le rapport de liquidation partielle conformément à l'art. 53b al. 2 LPP et non "œuvré" en collaboration avec la Fondation et l'expert dans le dos des assurés, comme le prétend le recourant. L'autorité de première instance a aussi précisé qu'elle n'était pas responsable des procédures de recouvrement d'une somme d'argent et des poursuites qui concernent les relations entre une institution de prévoyance et un assuré. Pour le reste, elle a maintenu ses conclusions.

L.

Le 25 octobre 2012, le recourant a encore présenté des observations (pce TAF 16). Il a en particulier sollicité une demande de renseignements et de documentation par l'autorité inférieure et/ou par la Fondation au sujet des procédures pénales instruites contre tout responsable, à tout le moins contre D._____, ancien administrateur, puis ancien gérant, désormais radié.

M.

La Fondation collective B._____ a été radiée du registre du commerce le 4 avril 2014 par suite d'une fusion avec la Fondation collective E._____, à Renens. Les actifs et les passifs de l'institution de prévoyance transférante envers les tiers ont été repris par la Fondation collective E._____ (extrait internet du registre du commerce du Canton de Vaud du 27 février 2017).

Droit :

1.

Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 LTAF (RS 173.32), le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA (RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par l'autorité inférieure concernant les institutions de prévoyance professionnelle peuvent être contestées devant le Tribunal de céans conformément à l'art. 33 let. i LTAF en combinaison avec l'art. 74 al. 1 LPP.

2.

2.1 La qualité pour agir 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. Le recourant doit être touché directement, et non de manière indirecte ou médiate (ATF 135 I 43 consid. 1.4 et ATF 135 II 145 consid. 6.2). Il ne suffit pas que l'issue de la procédure puisse influencer de quelque lointaine façon sa sphère d'intérêts ou qu'il ne soit touché que "*par ricochet*" par la décision attaquée (ATF 135 V 382 consid. 3 ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, n° 1363). 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. L'administration du recours doit apporter au recourant un avantage concret (ATF 137 II 40 consid. 2.3, ATF 137 II 30 consid. 2.2.3, ATF 135 II 145 consid. 6.1, ATF 133 II 249 consid. 1.3.2 ; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2^{ème} édition, Berne 2015, pp. 481 ss ; PIERRE MOOR / ETIENNE POLTIER, Droit administratif II, 3^{ème} éd. Berne 2011, pp. 727 ss ; THIERRY TANQUEREL, op. cit., n^{os} 1358 ss).

2.2 Le Tribunal examine d'office sa compétence, sans égard aux conclusions prises par les parties (ATF 125 V 136 consid. 1a).

2.3 Selon l'art. 73 al. 1 LPP, chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droits. Les contestations en question portent sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATF 128 V 44 consid. 1b, ATF 127 V 35 consid. 3b et les références citées).

2.4 Par ailleurs, au sens de l'art. 74 al. 1 LPP, les décisions de l'autorité de surveillance peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral. Concernant les compétences de l'autorité de surveillance, celle-ci doit, selon l'art. 53b al. 2 LPP, approuver les prescriptions réglementaires concernant les conditions et la procédure de liquidation partielle.

L'art. 53d al. 6 LPP dispose que, dans le cadre d'une procédure de liquidation partielle ou totale, les assurés et les bénéficiaires de rentes ont le droit de faire vérifier par l'autorité de surveillance compétente les conditions, la procédure et le plan de répartition et de leur demander de rendre une décision.

2.5 Si le litige excède le champ de compétence de l'autorité de surveillance, le Tribunal administratif fédéral ne peut *ipso jure* se prononcer sur la partie excédant ce champ de compétence.

2.6 L'autorité de surveillance reste ainsi dans son champ de compétence (art. 53b al. 2 LPP) lorsqu'elle exerce un contrôle abstrait initial en matière d'approbation d'un règlement relatif à la liquidation partielle d'une fondation (ATF 138 V 346 consid. 4.6), ou lorsque, sur requête, comme dans la présente affaire, elle effectue un contrôle concret de l'application du règlement approuvé (et entré en force) en vérifiant dans un cas d'application les conditions, la procédure ou le plan de répartition (art. 53d al. 6 LPP). Ces décisions sont susceptibles de recours au Tribunal administratif fédéral (art. 74 al. 1 LPP ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_467/2014 du 20 février 2015 consid. 7). Par conséquent, une vérification faite par l'autorité de surveillance concernant les conditions concrètes d'une liquidation partielle et la vérification du plan de répartition, respectivement de l'imputation d'un découvert, peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral au sens de l'art. 74 al. 1 LPP. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une question relevant de l'exécution même du plan de répartition, celle-ci doit être examinée selon la voie de droit définie par l'art. 73 LPP (arrêt du Tribunal fédéral B 6/05 du 25 juillet 2005 consid. 5.2). Ainsi, le Tribunal fédéral a par exemple exclu la compétence du Tribunal administratif fédéral au sens de l'art. 74 al. 1 LPP lors d'une demande relevant d'une action en responsabilité des membres du conseil de fondation et de l'organe de révision (ATF 140 V 304 consid. 4.2).

2.7 En l'espèce, il sied de relever que certains points figurant dans la décision litigieuse excèdent la compétence de l'autorité inférieure. Ainsi, l'autorité de surveillance, bien que ne s'exprimant pas à ce sujet dans le dispositif, a retenu dans les considérants de la décision attaquée que le recourant devait restituer à la Fondation le montant de CHF 34'256.50. Toutefois, force est de constater que les litiges portant sur l'exécution d'un plan de répartition, respectivement sur la restitution d'un découvert ressortant de la procédure de liquidation partielle – donc aussi sur la question de savoir si le recourant doit restituer à la Fondation, ou à son successeur en droit, la somme de CHF 34'256.50 –, ne relèvent pas de l'art. 74 LPP (arrêt du

Tribunal fédéral B 6/05 précité, *ibid.*) et ne sont pas, non plus, de la compétence de l'autorité de surveillance. Ainsi, le Tribunal de céans ne peut ainsi pas se prononcer sur les effets de l'exécution même d'une liquidation partielle, mais peut uniquement déterminer si les conditions d'une liquidation partielle étaient remplies et si le plan de répartition, respectivement l'imputation d'un découvert au recourant, est conforme aux dispositions légales et réglementaires (ATF 140 V 304 consid. 4.2 ; ATF 138 V 346 consid. 4.6 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_182/2015 du 5 octobre 2015 consid. 3.2 ; 9C_467/2014 du 20 février 2015 consid. 7 ; 9C_469/2014 du 20 février 2015 consid. 6 ; 9C_91/2007 du 25 avril 2008 consid. 3 et B 6/05 du 25 juillet 2005 consid. 5.2).

Par conséquent, vu l'absence de compétence du Tribunal de céans, la conclusion subsidiaire du recourant, lui demandant de constater que la demande de remboursement de CHF 34'256.50 formée par la fondation était infondée, est irrecevable. Le Tribunal de céans ne peut pas non plus examiner le grief de violation du droit d'être entendu concernant la procédure de recouvrement d'un découvert.

Pour le reste, le recours, déposé dans les formes et le délai prévus par les art. 50 et 52 al. 1 PA, est recevable. Le recourant remplit par ailleurs les conditions de l'art. 48 al. 1 PA, ayant pris part à la procédure devant l'autorité de première instance, étant spécialement atteint par la décision attaquée (à savoir par la liquidation partielle de la Fondation qui a une influence sur sa prestation de sortie LPP) et ayant un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

3.

3.1 Après la résiliation du contrat d'affiliation pour le 31 mai 2008, la Fondation avait versé au recourant, le 29 juillet 2008, la prestation de sortie et les intérêts moratoires comme s'il s'agissait d'une sortie individuelle au sens de l'art. 19 al. 1 LFLP (RS 831.42), donc sans possibilité d'imputation future d'un découvert.

3.2 Le 16 décembre 2010, l'autorité de surveillance a approuvé le règlement de liquidation partielle qui lui avait été soumis par la Fondation.

3.3 Par la suite, dans un courrier du 31 mars 2011, la Fondation a informé le recourant qu'en vertu de l'art. 2 al. 1 let. d de son règlement de liquidation partielle approuvé le 16 décembre 2010, la résiliation de son contrat d'affi-

liation à la Fondation pour le 31 mai 2008 était constitutif d'un cas de liquidation partielle et qu'en application, notamment, de l'art. 3 RLIQ, un découvert de CHF 34'256.50 lui était imputable et qu'il devait par conséquent le lui restituer.

3.4 A la suite de plusieurs échanges d'écrits entre la Fondation et le recourant, ce dernier a saisi l'autorité inférieure, laquelle, par décision du 26 janvier 2012, a constaté que la liquidation partielle de la Fondation, survenue suite au départ du recourant, avait été réalisée de façon conforme au règlement et aux dispositions légales et a considéré que le non-respect de la procédure avait pu être réparé par la vérification, par l'Autorité de surveillance, du bien-fondé de la liquidation partielle.

3.5 Dans son pourvoi, le recourant fait valoir une violation, par la Fondation, des règles de procédure régissant la liquidation partielle, en particulier le droit à l'information, une violation du principe de non-rétroactivité des dispositions du règlement de liquidation partielle, une violation du principe de la bonne foi (du moment qu'il aurait renoncé à la résiliation du contrat d'affiliation s'il avait été conscient de son obligation de restitution d'un découvert), la fixation arbitraire de la date d'arrêté des comptes (selon lui, il eût au moins fallu retenir pour pertinente la date de la demande de sortie), une violation du droit d'être entendu de la part de l'autorité inférieure, laquelle n'aurait pas statué sur les arguments qui avaient été soulevés, en particulier sur ceux relatifs à l'existence de manquements graves – qui sont à l'origine du découvert – de la part des responsables de la Fondation. De plus, la demande de la Fondation en restitution du montant de CHF 34'256.50 serait prescrite au sens de l'art. 35a LPP.

3.6 Dans la présente cause, outre la question d'une éventuelle violation, par l'autorité inférieure, du droit d'être entendu, se pose donc la question de savoir si, conformément à l'art. 19 LFLP, la sortie du recourant constitue une sortie individuelle ou une sortie lors d'une liquidation partielle. Dans la première hypothèse, il n'est pas possible de soustraire au recourant le découvert technique des prestations de sortie. Dans la seconde hypothèse, les institutions de prévoyance de droit privé, comme la Fondation en question, peuvent, à certaines conditions, déduire les découverts techniques des prestations de sortie (HERMANN WALSER, *in* : J.-J. Schneider / Th. Geiser / Th. Gächter [éd.], Commentaire LPP et LFLP, 2010, ad art. 19 LFLP n^{os} 3 ss).

Dans ce cadre, il s'agit de vérifier la conformité de l'imputation d'un découvert au recourant dans le cadre de la liquidation partielle de la Fondation

avec, d'une part, le principe de l'interdiction de la rétroactivité des lois et des règlements et, d'autre part, le principe de la bonne foi, aussi en relation avec l'existence d'un éventuel droit acquis lié au versement de la prestation de libre passage, le 29 juillet 2008.

4.

Concernant la violation, par la Fondation, de son devoir d'information au sens de l'art. 14 RLIQ, respectivement des droits de procédure découlant de l'art. 15 RLIQ, le recourant reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir pris au sérieux ses griefs et de s'être limitée à la constatation lapidaire que ces violations de la procédure par la Fondation n'affectaient pas le bien-fondé de la décision de liquidation partielle.

Le Tribunal de céans constate que l'autorité inférieure admet que la procédure de liquidation partielle – notamment s'agissant de l'information donnée au recourant et de la procédure de recours devant la Fondation – n'a pas été menée dans le respect des dispositions réglementaires pertinentes (art. 14 et 15 RLIQ). L'autorité de surveillance a aussi constaté, à juste titre, que le courrier adressé au recourant par la Fondation le 31 mars 2011 était lacunaire, car il ne mentionnait aucun droit de consultation, contrairement à ce que prévoit pourtant expressément le règlement, que le Conseil de Fondation n'avait pas initié d'échanges d'écritures avec le recourant, qu'il n'avait pas pris position sur la contestation de ce dernier et, enfin, qu'il avait omis d'avertir l'autorité de surveillance de l'absence d'accord entre les parties, respectivement de lui transmettre sa prise de position. De même, l'autorité inférieure a relevé, que « *le Conseil de fondation ne s'[était] pas donné la peine d'écouter l'assuré et de tenter de parvenir à un règlement de l'opposition, comme prévu par le règlement* » (décision querellée, p. 1).

Pour le Tribunal de céans, il s'agit de violations graves de la procédure prévue aux art. 14 et 15 du règlement de liquidation partielle. Même l'écrit du 18 mai 2011 de F._____ SA, agissant pour le compte du Conseil de Fondation, ne donnait pas les informations nécessaires et requises par le recourant dans sa missive du 20 avril 2011. L'autorité inférieure a toutefois considéré que ces vices avaient été réparés par le fait que le recourant avait pu obtenir, par l'autorité de surveillance, la vérification des conditions et de la procédure de liquidation partielle. Quoiqu'en dise l'autorité de surveillance, la violation du devoir d'informer le recourant (art. 14 RLIQ et, plus en général, de la procédure au sens de l'art. 15 RLIQ) n'a été réparée ni en procédure de première instance ni au stade du recours. Selon le dossier de la cause, le recourant n'a jamais pu consulter le dossier de la Fondation et n'a pas obtenu de celle-ci les renseignements nécessaires requis, par

exemple sur la cause du découvert (art. 44 al. 2 let. a OPP 2), sur l'existence et la portée du découvert au moment de la liquidation partielle du 31 mai 2008, respectivement du versement intégral au recourant de sa prestation de sortie le 29 juillet 2008, ainsi que sur le nombre des personnes concernées par la liquidation partielle.

L'autorité inférieure, pour sa part, a également violé le droit d'être entendu du recourant. En effet, elle n'a jamais concrètement pris position sur la compatibilité de la liquidation partielle avec le principe de l'interdiction de la rétroactivité, se contentant d'évoquer le principe de la bonne foi en relation avec l'application de l'art. 35a LPP, mais jamais en relation avec le versement au recourant le 29 juillet 2008 de la prestation de libre passage, effectué sans réserve aucune, comme s'il s'agissait d'une prestation de sortie individuelle au sens de l'art. 19 al. 1 LFLP, donc sans possibilité d'imputer un éventuel découvert.

Il sied ici de rappeler que, de jurisprudence constante, les violations graves du droit d'être entendu ne peuvent être réparées qu'à titre tout à fait exceptionnel (arrêt du Tribunal fédéral 2C_742/2016 du 26 janvier 2017 consid. 10.1 et les arrêts cités, notamment ATF 142 II 218 consid. 2.8.1, ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 et 2.5 et ATF 137 I 195 consid. 2.3.2), sans que l'issue du litige au fond, même s'il devait être défavorable au recourant, puisse en soi justifier une réparation de la violation grave (*ibidem*). Or, l'absence de motivation de la décision attaquée sur les points décisifs précédemment indiqués constitue indéniablement une violation grave du droit d'être entendu. En effet, le recourant n'a pas été mis en situation, d'une part, de comprendre pour quelles raisons l'autorité inférieure, nonobstant les violations graves de procédure commises par la Fondation dans le cadre de la liquidation partielle en question, avait décidé que cette liquidation partielle était, quant au fond, conforme aux dispositions légales et au règlement et, d'autre part, de se défendre correctement devant le Tribunal de céans. Toutefois, le recours devant, pour les raisons qui seront indiquées aux considérants qui suivent, être admis dans la mesure où il est recevable et la décision querellée être par conséquent annulée, il n'y a pas lieu de renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure pour nouvelle décision. Cela étant, et pour le même motif, le Tribunal de céans constate qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la requête du recourant, formulée à titre de mesure d'instruction dans son écrit du 25 octobre 2012, priant le Tribunal de solliciter auprès du Parquet des renseignements concernant une éventuelle enquête pénale diligentée contre l'ancien administrateur de la Fondation.

5.

5.1 Depuis le 1^{er} janvier 2005, la liquidation partielle et totale d'une institution de prévoyance est régie par les art. 53b ss LPP. Aux termes de l'art. 53b al. 1 LPP, les institutions de prévoyance fixent dans leurs règlements les conditions et la procédure de liquidation partielle. Selon l'art. 53b al. 1 LPP, les conditions pour une liquidation partielle sont présumées remplies lorsque : a) l'effectif du personnel subit une réduction considérable ; b) une entreprise est restructurée ; c) le contrat d'affiliation est résilié. Selon l'art. 53b al. 2 LPP, les prescriptions réglementaires concernant les conditions et la procédure de liquidation partielle doivent être approuvées par l'autorité de surveillance. Dans le cadre des art. 53b ss LPP, la loi énonce que lors de la liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance, le principe de l'égalité de traitement et les principes techniques reconnus doivent être respectés (art. 53d al. 1 LPP), que les assurés et les bénéficiaires de rentes ont le droit de faire vérifier par l'autorité de surveillance compétente les conditions, la procédure et le plan de répartition et de leur [recte : lui] demander de rendre une décision (art. 53d al. 6 LPP). Relativement au règlement de liquidation partielle, la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations a précisé que les institutions de prévoyance devaient inscrire dans leur règlement les conditions et la procédure en la matière sans dénaturer les principes développés à cet égard dans la doctrine et dans la pratique et a indiqué les éléments qui, au minimum, devaient figurer dans le règlement (voir CONFÉRENCE DES AUTORITÉS CANTONALES DE SURVEILLANCE LPP ET DES FONDATIONS, Liquidation partielle d'institutions de prévoyance accordant des prestations réglementaires, Lucerne 2004). Dans le cadre de son Message accompagnant la première révision de la LPP (FF 2000 p. 2554), le Conseil fédéral s'est exprimé dans le même sens.

5.2 Comme précédemment indiquée, l'art. 53 al. 1 LPP énumère les conditions de la liquidation partielle. La liste est exhaustive et les conditions ne sont pas cumulatives, mais alternatives (ATF 136 V 222 consid. 8.2 et les références citées). Lorsqu'une des conditions essentielles de la liquidation fait défaut, la sortie d'un salarié isolé n'ouvre pas le droit aux fonds libres (UELI KIESER, in : J.-J. Schneider / Th. Geiser / Th. Gächter [éd.], Commentaire LPP et LFLP, op. cit., ad art. 53b LPP n° 9). Afin que les institutions de prévoyance ne procèdent pas à des liquidations partielles de façon arbitraire, mais selon des principes uniformes et légaux, les conditions et la procédure de liquidation partielle doivent être fixées au préalable dans le règlement de l'institution, lequel doit être soumis à l'autorité de surveillance pour approbation constitutive (ATF 136 V 222 consid. 8.2 et la référence citée).

5.3 La jurisprudence a posé pour principe qu'une réduction de 10 % de l'effectif du personnel devait être considérée, de façon générale, comme une réduction considérable de l'effectif donnant lieu à la liquidation partielle de l'institution de prévoyance, étant toutefois précisé que ce principe ne saurait être appliqué de manière schématique à toute entreprise, indépendamment de sa taille. En effet, pour une entreprise comptant peu de personnel, le chiffre de 10 % apparaît manifestement trop faible puisqu'il faudrait procéder à une liquidation partielle chaque fois que quelques collaborateurs seulement quittent l'entreprise. A l'inverse, il serait contraire au but de la loi d'attendre qu'une grande société multinationale licencie plusieurs centaines, voire plusieurs milliers de collaborateurs avant d'opérer une liquidation partielle (ATF 136 V 222 consid. 8.3 et les références citées).

5.4 Quant à la notion de "*restructuration d'entreprise*" au sens du droit de la prévoyance, elle contient deux aspects qui doivent être remplis de manière cumulative. D'un point de vue qualitatif, on entend par restructuration une réorganisation stratégique de l'entreprise caractérisée soit par l'établissement de nouvelles activités de base, soit par l'abandon, la vente ou toute autre modification d'un ou de plusieurs domaines d'activité. Il peut également y avoir restructuration lorsqu'une entreprise abandonne certains services internes et les externalise. En revanche, le seul réaménagement des structures de direction, sans réduction du personnel, ne saurait être interprété comme une restructuration. D'un point de vue quantitatif, on entend par restructuration une modification de l'effectif des assurés. Lorsque la restructuration affecte à la baisse l'effectif du personnel, on se trouve dans une situation de "*réduction considérable de l'effectif du personnel*" (Message du 1^{er} mars 2000 concernant la 1^{ère} révision de la LPP, FF 2000 2554). Une restructuration peut cependant aussi conduire à des remplacements sans diminution de l'effectif du personnel. C'est le cas par exemple d'une réorganisation impliquant, d'une part, la vente d'une unité de l'entreprise et, d'autre part, le rachat d'une autre unité. Contrairement à l'état de fait visé par l'art. 53b al. 1 let. a LPP, la restructuration d'une entreprise n'exige donc pas une réduction considérable de l'effectif du personnel (ATF 136 V 222 consid. 8.3 et les références citées).

5.5 Concernant le cas de liquidation de l'art. 53b al. 1 let. c LPP, à savoir la résiliation du contrat d'affiliation, il ne s'agit pas d'une présomption réfragable, contrairement aux cas de figure de l'art. 53b al. 1 let. a et b LPP. En effet, soit le contrat d'affiliation a été résilié, soit il ne l'a pas été. Dans la première hypothèse, il faut promouvoir une procédure de liquidation partielle (ATF 138 V 346 consid. 6.5.3).

5.6 En l'espèce, la Fondation a concrétisé comme suit les conditions d'une liquidation partielle dans son règlement du 3 novembre 2010, approuvée par l'autorité de surveillance le 16 décembre 2010. Selon l'art. 2 première phrase du règlement, les conditions pour une liquidation partielle sont présumées réunies si : a) une importante réduction des effectifs entre le 31 décembre de l'année précédente et le 31 décembre de l'année civile en cours se produit [...] ; b) une entreprise affiliée subit une restructuration qui entraîne le départ de plusieurs personnes assurées, dans une proportion telle que celle indiquée à l'alinéa a) ; c) le départ d'une ou de plusieurs personnes assurées dans une même entreprise affiliée, entraîne une réduction entre le 31 décembre de l'année précédente et le 31 décembre de l'année civile en cours [...] ; d) un contrat d'affiliation à la Fondation est résilié totalement ; e) un contrat d'affiliation à la Fondation est résilié partiellement [...]. Selon l'art. 2 deuxième phrase du règlement, lorsque l'une au moins des conditions a), b), c), d) ou e) ci-dessus est remplie, le Conseil de la Fondation de prévoyance fixe la date de la liquidation partielle. L'art. 3 dudit règlement prévoit le calcul des fonds libres ou du découvert. Selon l'al. 2 de ce même article, les derniers comptes annuels, révisés par l'organe de contrôle et le dernier bilan technique établi avant la date de liquidation partielle sont déterminants. Conformément à l'al. 3 de l'art. 3, lorsque des destinataires sortants se sont affiliés à la Fondation la même année que celle de la liquidation partielle, seule l'éventuelle détérioration de la couverture de la Fondation durant leur période d'affiliation leur est applicable. Par ailleurs, il est prévu que lorsque la date de liquidation est antérieure au 1^{er} janvier 2010, ce sont les degrés de couverture connus au 31 décembre précédent l'affiliation et le 31 décembre de l'année de liquidation qui sont déterminants. L'éventuelle détérioration applicable est déterminée *pro rata temporis*. Par contre, lorsque la date de liquidation est postérieure au 1^{er} janvier 2010, l'éventuelle détérioration applicable est basée sur la performance obtenue durant la période d'affiliation des destinataires sortants. Demeure réservé l'art. 11 du règlement. Par ailleurs, en cas de modifications importantes des actifs ou des passifs entre le jour déterminant pour la liquidation partielle et celui du transfert des fonds, les fonds libres à transférer sont adaptés en conséquence. [...].

5.7 Dans leur règlement de liquidation, les institutions de prévoyance doivent adapter concrètement les conditions d'une liquidation partielle à leurs spécificités. Elles jouissent à cet égard d'une certaine latitude de jugement dans l'application de notions juridiques indéterminées, en particulier les notions de "*réduction considérable de l'effectif du personnel*" et de "*restructuration*". La marge discrétionnaire de l'institution de prévoyance est toutefois

limitée par deux principes généraux applicables en cas de liquidation partielle, soit le principe de la bonne foi (art. 2 al. 2 CC [RS 210]), qui exige que la fortune de l'institution suive le personnel, et le principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst. [RS 101]), qui interdit de favoriser un groupe de destinataires au détriment d'un autre. Sous l'angle du principe de l'égalité de traitement, il serait problématique que les assurés quittant l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas d'assurance n'aient droit qu'à leur prestation de libre passage, sans pouvoir bénéficier de l'excédent d'actifs auquel ils ont pourtant contribué par le biais de leurs cotisations. A l'inverse, les assurés sortants devront participer à un éventuel déficit d'actifs car il serait aussi contraire au principe de l'égalité de traitement que celui-ci soit réparti uniquement entre les assurés restants (ATF 136 V 222 consid. 10.1 et les références citées).

5.8 Par ailleurs, et selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les assurés ayant quitté l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance, ont droit à une prestation de sortie (art. 2 al. 1 LFLP), même si l'institution de prévoyance présente un découvert (ATF 138 V 303 consid. 3.1 et les références citées). Dans ce cas de figure, la prestation de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance. Elle est créditée à partir de ce moment-là des intérêts prévus à l'art. 15 al. 2 LPP (art. 2 al. 3 LFLP). Si l'institution de prévoyance ne transfère pas la prestation échue dans les trente jours après avoir reçu toutes les informations nécessaires, elle est tenue de verser l'intérêt moratoire prévu à l'art. 26 al. 2 LFLP (art. 2 al. 4 LFLP).

6.

6.1 Il faut donc tout d'abord se poser la question de savoir si le Conseil de fondation a correctement considéré, comme retenu dans la décision attaquée, l'existence d'un cas de liquidation partielle – à savoir celui de la résiliation du contrat d'affiliation – ou si la sortie du recourant de la Fondation en date du 31 mai 2008 constitue un cas de sortie individuelle au sens de l'art. 2. Al. 1 LFLP, avec, pour conséquence, l'impossibilité de lui imputer une participation à un découvert de l'institution de prévoyance, et ceci même si ce découvert existait au moment de sa sortie (art. 19 al. 1 LFLP ; ATF 138 V 303 consid. 3.1).

6.1.1 La fondation et l'autorité inférieure ont considéré que la condition de la liquidation partielle consistait en la résiliation du contrat d'affiliation (art. 53b al. 1 let. c LPP et art. 2 al. 1 let. d du règlement de liquidation

partielle [cf. rapport de l'expert agréé sur la liquidation partielle du 15 décembre 2010 et décision attaquée du 26 janvier 2012 se référant notamment à l'écrit de l'autorité de surveillance du 6 décembre 2011, ch. 2 {condition de la liquidation partielle}]). Selon l'autorité inférieure il ne ferait pas de doute que l'art. 2 al. 1 let. d du règlement de liquidation partielle est rempli en raison du départ du recourant, seul assuré de son entreprise affiliée à la Fondation. Cette dernière aurait aussi correctement fixé – au 31 mai 2008 (cf. aussi écrit du gérant de la Fondation du 31 mars 2011) – la date de la liquidation partielle.

6.1.2 Quant au cas de la résiliation – totale – du contrat d'affiliation (art. 53b al. 1 let c LPP et art. 2 al. 1 let. d du règlement de liquidation partielle), la Fondation et l'autorité inférieure ont retenu que la sortie du seul assuré de l'entreprise affiliée, à savoir du recourant, provoquait *ipso facto* la résiliation du contrat d'affiliation entre l'entreprise et la Fondation.

6.1.3 En principe, la sortie du seul assuré d'une entreprise affiliée sans qu'il y ait eu une résiliation formelle du contrat d'affiliation de la part de l'entreprise affiliée ne saurait constituer un motif de résiliation du contrat d'affiliation. D'ailleurs, il n'y a aucune base légale pour admettre une résiliation du contrat sans acte formel, ni dans le contrat d'affiliation à la Fondation ni dans le règlement de prévoyance de la Fondation (y compris les avenants 1 et 2) ni enfin dans le règlement de liquidation partielle. Aucun de ces textes ne prévoit que le simple fait de la sortie du seul assuré de l'entreprise affiliée doit être considéré comme une résiliation formelle du contrat d'affiliation entre l'entreprise et la Fondation de prévoyance. Ne viendrait pas non plus au secours de la Fondation et de l'autorité inférieure l'argument selon lequel un contrat, dont le but ne serait plus possible, n'a pas besoin d'être résilié, mais n'existe plus et doit donc être assimilé dans ses conséquences à une résiliation au sens de l'art. 53b al. 1 let. c LPP et de l'art. 2 al. 1 let. d du règlement de liquidation de la Fondation. En effet, même en cas de sortie du seul assuré d'une entreprise affiliée, le but de l'affiliation ne tombe pas sans autre, à savoir sans résiliation écrite ou nouvelle affiliation de la part de l'entreprise de l'employé sortant, et le contrat d'affiliation subsisterait (arrêt du Tribunal fédéral 9C_775/2013 du 13 décembre 2013 consid. 4 et la référence citée). En d'autres termes, l'affiliation subsiste même si, temporairement, l'entreprise n'a plus d'assurés (cf. *ibidem*).

6.1.4 En l'espèce, par son écrit du 31 mai 2008, le recourant a *de facto* résilié le contrat d'affiliation de son entreprise, dont il était le seul assuré, auprès de la Fondation. Certes, on peut s'interroger si la résiliation d'un contrat d'affiliation d'un seul employeur, avec un seul assuré et d'une durée

inférieure aux deux ans (cf., sur ce dernier point, « *Richtlinien der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich* », « *Richtlinie Teilliquidation-sreglement, Vorsorgeeinrichtungen* », N. 2.3), peut justifier une procédure de liquidation partielle. La question de savoir si l'autorité inférieure a entamé, à juste titre, une procédure de liquidation partielle conformément à l'ATF 138 V 346 consid. 6.5.3, peut être laissée ouverte, dans la mesure où le recours doit de tout façon être admis, du moment que l'imputation d'un découvert au recourant dans le cadre de cette liquidation partielle viole les principes de l'interdiction de la rétroactivité des lois et des règlements ainsi que celui de la bonne foi.

7.

Quant au fond, le recourant fait valoir la violation du principe de non-rétroactivité des dispositions du règlement de liquidation partielle, une violation du principe de la bonne foi (du moment qu'il aurait renoncé à la résiliation du contrat d'affiliation s'il avait été conscient de son obligation de restitution d'un découvert), la fixation arbitraire de la date d'arrêtés des comptes (il eût au moins fallu retenir pour pertinente la date de la demande de sortie) et le non-respect de l'art. 35a LPP.

7.1 Le recourant conteste que le règlement de liquidation partielle, approuvé par l'Autorité de surveillance des fondations du Canton de Vaud le 16 décembre 2010, puisse s'appliquer à un cas de liquidation partielle intervenu le 31 mai 2008. Il fait en particulier valoir, concernant le principe de l'interdiction de la rétroactivité, que le règlement ne peut avoir d'effet rétroactif, comme le prévoit explicitement son art. 17, ni au 1^{er} janvier 2005 ni au 31 mai 2008, date de la liquidation partielle.

7.1.1 Le Tribunal de céans s'est déjà prononcé à diverses reprises sur l'application de la lettre d des dispositions finales de la modification de l'OPP 2 du 18 août 2004, en particulier dans ses arrêts C-3721/2009 du 11 janvier 2013 consid. 7, C-625/2009 du 8 mai 2012 consid. 5.4, C-5329/2010 du 14 mars 2012 consid. 5.2 et 5.3, C-516/2010 du 6 avril 2011 consid. 5.2 et C-4814/2007 du 3 avril 2009 consid. 6. La question de l'admissibilité de l'effet rétroactif est examinée ci-après selon les principes développés par la jurisprudence en référence à la Constitution fédérale (ATF 136 I 65 consid. 4.3 et ATF 135 I 233 consid. 15).

7.1.2 Il y a rétroactivité de la loi quand celle-ci attache des conséquences juridiques nouvelles à des faits qui se sont produits et achevés entièrement avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. En règle générale, la rétroactivité proprement dite – contrairement à la rétroactivité improprement dite –

est exclue parce qu'elle porte atteinte aux principes de la sécurité et de la prévisibilité du droit qui découlent des art. 5 al. 1, 8 et 9 Cst. (arrêt du Tribunal fédéral 2C_797/2009 du 20 juillet 2010 consid. 4.1 avec les références citées ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, ch. 420). Cette règle s'applique tant aux lois formelles qu'aux règlements (arrêts du Tribunal fédéral 2A.228/2005 du 23 novembre 2005 consid. 2.2 et 2.3 et B 72/05 du 24 octobre 2006 consid. 4.2). La jurisprudence admet cependant qu'une norme puisse avoir un effet rétroactif à des conditions strictes. Ainsi, il est possible de déroger au principe de la non-rétroactivité aux conditions cumulatives suivantes : la rétroactivité doit être expressément prévue par la loi ou ressortir clairement de son esprit, elle doit être raisonnablement limitée dans le temps, ne pas conduire à des inégalités choquantes, se justifier par des motifs pertinents et, enfin, respecter les droits acquis (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5329/2010 du 14 mars 2012 consid. 5.2 et 5.3 et les références citées).

7.1.3 En l'espèce, il est vrai qu'au vu de l'effet constitutif rattaché à la décision de l'autorité de surveillance du 16 décembre 2010, le règlement ne devrait en principe pas entrer en vigueur avant cette date. Toutefois, la rétroactivité proprement dite est explicitement prévue par le règlement à son art. 17 et la possibilité d'une rétroactivité d'un règlement de liquidation partielle découle de l'esprit de la loi, notamment des art. 53b et 53d LPP. Conformément à ces dispositions, toutes les institutions de prévoyance doivent se doter d'un règlement de liquidation partielle et une liquidation partielle ne peut plus se faire sans disposer au préalable d'un règlement approuvé par l'autorité de surveillance (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5329/2010 consid. 5.2.2, en combinaison avec le consid. 4.3 et les références citées).

7.1.4 En la présente cause, ni la Fondation ni l'autorité inférieure ne se sont prononcées, respectivement prononcées avec suffisamment de précision, sur le respect des conditions posées par la jurisprudence pour admettre une rétroactivité d'un règlement de liquidation partielle. Manquent par exemple des réflexions sur la limitation dans le temps de la rétroactivité (dans le cas d'espèce de plus de deux ans), sur la question de savoir si cette liquidation partielle a conduit à des inégalités choquantes (dans son écrit à la Fondation du 21 avril 2011, le recourant a, entre autres, demandé à juste titre des informations, qu'il n'a jamais reçues, sur le nombre de personnes concernées par la liquidation partielle), sur les motifs pertinents justifiant la rétroactivité de plus de deux ans dans le cas d'espèce, compte tenu du fait que la prestation de sortie avait été intégralement versée au recourant le 29 juillet 2008, bien qu'il ne pouvait échapper à la Fondation,

et cela au 31 mai 2008 déjà, que la résiliation par le recourant du contrat d'affiliation à la Fondation était un cas de figure prévu par la loi (art. 53b al. 1 let. c LPP) pour une liquidation partielle, qu'elle n'avait pas encore procédé à l'adoption/adaptation nécessaire d'un règlement de liquidation partielle, respectivement qu'elle n'avait pas soumis à l'autorité de surveillance un règlement de liquidation partielle selon la let. d des dispositions finales de l'OPP 2 dans sa teneur faisant suite à la modification du 18 août 2004 (adaptation qui, en principe, devait intervenir dans un délai de trois ans au plus tard à compter du 1^{er} janvier 2005).

En l'état, le Tribunal de céans ne peut donc que constater que la décision attaquée a été prise sans que l'autorité inférieure ne se soit prononcée sur le respect des conditions de la rétroactivité proprement dite du règlement de liquidation partielle du 16 décembre 2010 au cas de liquidation partielle du 31 mai 2008. Il ne ressort par ailleurs pas du dossier, contrairement à ce qui semble avoir été retenu implicitement par l'autorité inférieure dans la décision attaquée, que les conditions posées par la jurisprudence à la rétroactivité du règlement de liquidation partielle de la Fondation au cas d'espèce étaient remplies. S'il est vrai que le Tribunal de céans a retenu au considérant 5.4.5.2 de son arrêt C-625/2009 du 8 mai 2012, par ailleurs sans motivation particulière sur ce point, qu'une rétroactivité proprement dite pouvait être considérée comme limitée dans le temps si elle était inférieure à 4 ans, ce même Tribunal n'a jamais eu à trancher la question de la compatibilité d'une rétroactivité de plus de deux ans et demi d'un règlement à un cas comme celui en examen, où l'on impute rétroactivement à l'assuré un découvert après que la Fondation lui ait précédemment versé l'intégralité de la prestation de libre passage (partie obligatoire + surobligatoire + intérêts moratoires) comme s'il s'agissait d'une sortie individuelle au sens de l'art. 19 al 1 LFLP. En d'autres termes, les arrêts du Tribunal mentionnés au considérant 7.1.1 du présent arrêt ne sauraient sans autre et en soi justifier le rejet du grief du recourant sur ce point. Partant, il convient de retenir que l'autorité inférieure n'a pas effectué l'examen des conditions liées à une rétroactivité proprement dite au cas d'espèce, afin en particulier de déterminer si la rétroactivité pouvait être considérée comme limitée dans le temps, ne conduisait pas à des inégalités choquantes, respectait les droits acquis et se justifiait par des motifs pertinents.

7.1.5 Concernant plus spécialement la problématique des droits acquis, le Tribunal fédéral a retenu que les prétentions résultant de la prévoyance professionnelle ne devenaient des droits acquis que si la loi avait une fois pour toute fixé les situations particulières et les avait soustraites aux effets des modifications légales ou lorsque des assurances précises avaient été

données à l'occasion d'un engagement individuel. Bénéficiaire de la protection des droits acquis le droit à des prestations d'assurance et la valeur actuelle de la prestation de libre passage, mais pas – sous réserve d'une promesse qualifiée et irrévocable – le droit au maintien des expectatives lorsque l'éventualité assurée ne s'est pas encore réalisée (arrêt du Tribunal fédéral 9C_78/2007 du 15 janvier 2008 consid. 5.2 et les références citées). Les prestations courantes sont plus facilement considérées comme des droits acquis que les simples expectatives, qui ne sont que rarement protégées, précisément parce qu'il n'existe pas de titre juridique permettant de s'opposer à leur modification en cas de changement des règles légales (ATF 135 V 105 consid. 7.2 et la référence citée). Le droit acquis prévaut lorsque l'intérêt au respect du droit garanti par l'ancienne règle l'emporte sur la mise en œuvre de l'intérêt poursuivi par la modification du règlement. Selon le principe en matière de protection de la confiance, il faut procéder à une pesée entre l'intérêt particulier à la protection de la stabilité et l'intérêt public à l'application immédiate de la modification légale ou réglementaire. La protection de la confiance ne doit pas être admise à la légère.

Cela étant – et indépendamment de la question de savoir si la valeur de la prestation de libre passage au 31 mai 2008, versée intégralement au recourant le 29 juillet 2008, pouvait être considérée comme étant un droit acquis selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. en ce sens l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_78/2007 du 15 janvier 2008 consid. 5.1 et les références citées ; cf. aussi l'arrêt du Tribunal fédéral B 42/05 du 20 septembre 2005 consid. 3 et 4 concernant le versement anticipé en vue de la propriété du logement) – le Tribunal de céans ne voit pas en quoi, et ni la Fondation ni l'autorité inférieure ne l'ont indiqué, pourrait consister l'intérêt public prépondérant à l'application rétroactive de plus de deux ans du nouveau règlement de liquidation partielle du 16 décembre 2010 à la résiliation au 31 mai 2008 du contrat d'affiliation du recourant à la Fondation, étant au surplus précisé que la simple augmentation du découvert technique de la Fondation au 31 décembre 2008 par rapport à la situation au 31 décembre 2007 n'était manifestement pas suffisante à cet égard. Il suffit de rappeler que selon l'art. 65 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance sont tenues d'offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. Elles doivent en particulier régler leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la loi puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles (art. 65 al. 2 LPP). D'après les art. 48 et 49 al. 2 LPP, cette disposition est valable aussi bien pour la prévoyance professionnelle obligatoire que pour la prévoyance professionnelle plus étendue gérée par les institutions enregistrées. Elle contient un principe fondamental qui s'applique à toutes les institutions de prévoyance,

qu'elles soient de droit privé ou de droit public, qu'elles assument elles-mêmes les risques ou qu'elles aient conclu un contrat d'assurance collectif. Les engagements pris doivent être garantis, pleinement et en tout temps. En d'autres termes, les institutions de prévoyance ne peuvent surseoir, même provisoirement, à cette exigence de sécurité (ATF 132 II 258 consid. 3.2). Le 1^{er} janvier 2005 est entrée en vigueur la nouvelle du 18 juin 2004 modifiant la LPP (RO 2004 4635), laquelle a fixé dans la loi les mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle. En vertu de l'art. 65c al. 1 LPP, un découvert limité dans le temps et, partant, une dérogation au principe de garantie prévu à l'art. 65 al. 1 LPP, est autorisé sous certaines conditions. D'une part, il faut garantir que les prestations légales puissent être fournies à leur échéance (let. a) ; d'autre part, l'institution de prévoyance doit prendre des mesures afin de rétablir dans un délai approprié la couverture intégrale de ses engagements (let. b). Les mesures destinées à résorber un découvert doivent se fonder sur une base légale réglementaire et tenir compte de la situation particulière de l'institution de prévoyance, notamment des structures de sa fortune et de ses engagements, tels que plans de prévoyance, structure et évolution probable de l'effectif de ses destinataires de prestations (assurés, bénéficiaires de rente). Ces mesures doivent être proportionnelles et adaptées au degré du découvert et s'inscrire dans un concept global équilibré. Elles doivent être de nature à résorber le découvert dans un délai approprié (art. 65d al. 2 LPP ; voir également art. 44 OPP 2). Ni la Fondation ni l'autorité inférieure n'ont démontré que l'application rétroactive de plus de deux ans du nouveau règlement de liquidation partielle avec imputation au recourant d'un découvert constituait une mesure nécessaire et respectant le principe de la proportionnalité, même en tenant compte des mesures déjà prises – ou qu'elle aurait déjà dû prendre – à partir du début de l'année 2009 au plus tard pour résorber le découvert.

7.1.6 Cela étant, le recours doit être admis quant au fond et la décision attaquée annulée déjà en raison de l'absence d'un motif pertinent justifiant une exception au principe de l'interdiction de la rétroactivité proprement dite du règlement de liquidation partielle du 16 décembre 2010 au cas d'espèce.

7.2 Par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner en détail les autres griefs soulevés par le recourant, l'issue de la cause étant déjà fixée.

7.2.1 Toutefois, le Tribunal de céans relève que le recourant apparaît aussi avoir invoqué à juste titre la violation, par la Fondation, du principe de la

bonne foi. Aux termes de l'art. 5 al. 3 Cst., les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir conformément aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 134 V 306 consid. 4.2). De ce principe découle notamment, en vertu de l'art. 9 Cst., le droit de toute personne à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'Etat (sur le rapport avec l'art. 5 al. 3 Cst., cf. ATF 136 I 254 consid. 5.2 et la référence citée). Le principe de la bonne foi, ancré à l'art. 9 Cst., protège le citoyen dans la confiance placée dans les assurances reçues des autorités (lorsqu'il règle sa conduite d'après les décisions, les déclarations ou le comportement de l'administration) ; un renseignement ou une décision erroné peuvent contraindre l'administration à consentir à l'administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur ; il faut alors que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète envers une personne particulière, qu'elle ait agi, ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences, que l'administré n'ait pas pu immédiatement réaliser l'inexactitude de l'information obtenue, qu'il se soit fondé sur les assurances ou sur le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne peut renoncer sans subir de préjudice et que la loi n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée ; ces conditions, qui sont cumulatives (arrêt du Tribunal fédéral 9C_568/2013 du 9 janvier 2014 et les références citées), doivent aussi être remplies lorsque l'administration omet de renseigner l'administré alors qu'elle en était légalement tenue. Le Tribunal fédéral a déjà admis que le principe de la bonne foi était aussi applicable aux renseignements – ou à une décision erronée, respectivement à un comportement contradictoire ou abusif – de la part d'une institution de prévoyance à un assuré ou à un bénéficiaire (arrêt du Tribunal fédéral B 49/01 du 23 août 2001 consid. 3b).

7.2.2 Le recourant fait valoir que si la Fondation avait respecté le délai fixé au 31 décembre 2007 pour édicter son règlement de liquidation partielle, il aurait notamment pu et dû, d'une part, prendre connaissance de l'obligation de restitution à laquelle il s'exposait et, d'autre part, renoncer à sa demande, renoncer totalement ou partiellement à la disposition du capital ou encore, épargner afin de pouvoir faire face à une éventuelle mauvaise surprise. Sa bonne foi aurait donc été trahie. Le 29 juillet 2008, la Fondation a versé au recourant l'intégralité de sa prestation actuelle de libre passage (obligatoire et surobligatoire), sans réserve, comme s'il s'agissait d'un cas de sortie individuelle, pour laquelle il n'est pas possible de soustraire un découvert (art. 19 al. 1 LFLP). Le recourant n'avait donc aucune raison de penser que sa sortie allait être traitée ultérieurement – plus de deux ans et demi après – sous l'angle d'une liquidation partielle, et encore moins que

la Fondation allait lui imputer un découvert, ce d'autant plus que cette dernière n'avait pas encore édicté, à cette époque, un règlement de liquidation partielle. La Fondation ne l'avait par ailleurs pas rendu attentif au fait que la prestation de libre passage était versée sous réserve d'une éventuelle procédure de liquidation partielle et que l'imputation future d'un découvert était possible.

7.2.3 Quant à la Fondation, s'il est vrai qu'elle ne disposait pas encore en 2008, par un retard qui lui est par ailleurs imputable, d'un règlement de liquidation partielle concrétisant les cas de figure prévus par l'art. 53b al. 1 let. c LPP, il lui incombait, compte tenu de cette disposition légale, soit de ne pas procéder au versement intégral, en faveur du recourant de la prestation de sortie (par exemple en ne lui versant que l'avoir minimum LPP [partie obligatoire]), avec l'indication que la prestation de libre passage n'était exigible qu'après avoir effectué la procédure de liquidation partielle (ATF 141 V 597), soit, à tout le moins, de l'informer que le versement intervenait sous réserve des conséquences d'une probable future procédure de liquidation partielle, avec, partant, la possibilité d'une imputation, à son encontre, d'un éventuel découvert. D'ailleurs, même en admettant qu'il n'incombait à la Fondation, en 2008, aucun devoir d'agir dans le sens précédemment indiqué, il n'en demeure pas moins que, dans le cadre du présent cas d'application rétroactive du règlement de liquidation partielle, approuvé par l'autorité de surveillance le 16 décembre 2010, elle devait indiquer au recourant, de façon détaillée, les motifs pertinents justifiant l'application rétroactive du règlement au cas d'espèce, et l'imputation d'un découvert, compte tenu aussi du principe de la bonne foi. En effet, la Fondation avait versé au recourant, le 29 juillet 2008, la prestation de sortie comme s'il s'agissait d'une sortie individuelle au sens de l'art. 19 al. 1 LFLP, donc sans possibilité d'imputation future d'un découvert. Ni la Fondation ni l'autorité inférieure n'ont pris position sur cette importante question, nonobstant l'affirmation du recourant selon laquelle il avait de bonne foi fait usage de sa prestation de sortie, reçue le 29 juillet 2008, pour l'investir dans son activité d'indépendant, et qu'il se retrouvait à présent dans une situation financière précaire. Compte tenu du fait que ni la Fondation ni l'autorité inférieure n'ont pris position sur le respect du principe de la bonne foi pourtant invoqué par le recourant, son droit d'être entendu a encore une fois été violé gravement, de sorte que la décision attaquée doit être annulée pour ce motif également.

7.2.4 En résumé, la Fondation est intervenue dans une situation concrète envers le recourant en lui versant la prestation de sortie comme s'il s'agissait d'une sortie individuelle au sens de l'art. 19 al. 1 LFLP, qu'elle a agi,

ou était censée avoir agi, dans les limites de ses compétences, que le recourant n'a pas pu immédiatement réaliser l'inexactitude du comportement de la Fondation, qu'il s'est fondé sur ce comportement pour prendre des dispositions auxquelles il ne pouvait renoncer sans subir de préjudice et que la loi – notamment les art. 19 LFLP et l'art. 53b al. 1 let. c LPP ici en question – n'a pas changé depuis le moment où est intervenu le versement par la Fondation, le 29 juillet 2008, de la prestation de sortie (partie obligatoire + surobligatoire + intérêts moratoires) au recourant.

7.3 Le recourant a aussi fait valoir que, même si l'on admettait de lui imputer rétroactivement une partie des pertes de la Fondation, la date d'arrêté de compte retenue était arbitraire, parce qu'il eût au moins fallu retenir pour pertinente la date de la demande de sortie. Aucune motivation satisfaisante n'a été donnée à cet égard par l'autorité inférieure.

La situation de la Fondation au moment de la liquidation partielle n'est pas connue, et ceci, nonobstant la teneur claire de l'art. 27g OPP 2 (voir aussi l'art. 44 OPP 2) et le contenu de l'écrit que la Fondation a adressé au recourant le 31 mars 2011, dans lequel elle cite l'art. 3 al. 4 de son règlement de liquidation, lequel prévoit qu'en cas de modification des actifs et des passifs entre le jour déterminant pour la liquidation (31 mai 2008) et celui du transfert, le découvert est adapté en conséquence. Aussi, le grief du recourant concernant l'absence d'indications, ou de vérifications, concernant les actifs et passifs de la Fondation entre la date de la liquidation partielle (31 mai 2008) et le jour du versement de la prestation (29 juillet 2008), justifient également l'annulation de la décision attaquée.

8.

En conclusion, la liquidation partielle de la Fondation collective B. _____ faisant suite au départ du recourant n'a pas été réalisée conformément à la loi et au règlement de liquidation partielle applicables. Partant, et dans la mesure où il est recevable, le recours doit être admis et la décision attaquée du 26 janvier 2012 de l'autorité inférieure doit être annulée, entre autre dans la mesure où elle confirme l'imputation au recourant d'un découvert de CHF 34'256.50.

9.

9.1 Selon l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, aucun frais ne peut être mis à la charge des autorités inférieures (art. 63 al. 2 PA).

Vu l'issue de la cause, il n'est donc pas perçu de frais de procédure.

9.2 Le requérant ayant agi en étant représenté, il a droit à une indemnité de dépens (art. 64 PA ; art. 7 al. 1 FITAF [RS 173.320.2]). Compte tenu de l'issue du recours, de la difficulté de la cause ainsi que du travail effectué par le représentant, le Tribunal lui alloue une indemnité globale de dépens de CHF 3'500.-, TVA comprise.

9.3 Par conséquent, la requête d'assistance judiciaire est devenue sans objet.

(dispositif à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Dans la mesure où il est recevable, le recours est admis et la décision du 26 janvier 2012 de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale est annulée.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

3.

Il est alloué au recourant une indemnité globale de dépens de CHF 3'500.- à charge de l'autorité inférieure.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant, par l'entremise de son mandataire (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; Recommandé)
- à l'Office fédéral des assurances (Recommandé)
- à la Commission de haute surveillance en matière de prévoyance professionnelle (Recommandé).

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

Le président du collège :

Le greffier :

Vito Valenti

Jean-Luc Bettin

Indication des voies de droit :

Le présent arrêt peut être attaqué devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF [RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. L'arrêt attaqué et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :