



Cour III
C-3923/2011

Arrêt du 4 mars 2013a

Composition

Madeleine Hirsig-Vouilloz (présidente du collège),
Michael Peterli, Vito Valenti, juges,
Barbara Scherer, greffière.

Parties

A. _____,
représenté par Maître Vincent Jeanneret, Etude
Schellenberg Wittmer, rue des Alpes 15bis,
case postale 2088, 1211 Genève 1,
recourant,

contre

**Autorité cantonale de surveillance des fondations et des
institutions de prévoyance,**
rue de Lausanne 63, case postale 1123, 1211 Genève 1,
autorité inférieure.

Objet

LPP, révocation des liquidateurs; qualité pour agir du
recourant; décision du 8 juin 2011.

Faits :**A.**

La caisse de pensions B._____, a son siège à Z._____ où elle a été constituée le 15 décembre 1982 et inscrite au registre du commerce le 26 février 1983 (acte constitutif du 15 décembre 1982 [ASFIP pce 1]; extrait du registre du commerce du 22 novembre 2012).

Par arrêté du 15 octobre 1998, le Service de surveillances des fondations et des institutions de prévoyance du canton de Genève (ci-après : SSF) a prononcé la dissolution de la B._____, désormais en liquidation, a radié les pouvoirs du Conseil de fondation avec effet au 31 octobre 1998 et a désigné Monsieur C._____ et Me D._____ en qualité de liquidateurs de la B._____ en liquidation à partir du 1^{er} novembre 1998. Monsieur C._____ et Me D._____ ont la signature collective à deux (arrêté du 15 octobre 1998 du SSF [ASFIP pce 5]; extrait du registre du commerce du 22 novembre 2012).

B.

Le 24 août 2007, la B._____ en liquidation a introduit une action en responsabilité au sens de l'art. 52 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse (LPP, RS 831.40) auprès du Tribunal des assurances sociales de Genève alors compétent (ci-après : TCAS) à l'encontre de A._____. La B._____ en liquidation lui reproche d'avoir, en sa qualité de président du Conseil de fondation de la B._____ et d'administrateur unique de l'entreprise fondatrice, E._____ en liquidation concordataire, permis à E._____ de ne pas verser régulièrement les cotisations de prévoyance professionnelles dues, causant ainsi à la B._____ une perte de CHF 4'681'632.-. Il lui est en outre reproché d'avoir fait financer des immeubles par la B._____ en violation des prescriptions légales, en vue de favoriser l'activité de E._____, et d'avoir ainsi causé des pertes pour la B._____ sur ces placements immobiliers à hauteur de CHF 4'670'601.- (ASFIP pce 11).

A._____ qui a invoqué dans un premier temps la prescription de cette action a été débouté sur ce point en appel par arrêt du 7 juillet 2010 du Tribunal fédéral. Celui-ci a renvoyé la cause au TCAS afin de statuer sur le fond (TAF pce 1 annexe 45).

Le 15 décembre 2010, A._____ a déposé au TCAS une demande d'appel en cause notamment des liquidateurs de la B._____, Monsieur C._____ et Me D._____. Il leur reproche d'avoir failli à leurs obligations et d'avoir causé, voir aggravé le dommage allégué à son

encontre, ne s'étant pas assurés que la créance de la B._____ envers E._____ soit honorée dans le cadre du sursis concordataire de cette société et ayant causé les pertes alléguées sur les investissements immobiliers par la vente opérée de ces immeubles en 1999 et 2000, à un moment où A._____ n'avait plus aucune emprise ni pouvoir décisionnel au sein de la B._____ (ASFIP pce 13).

C.

Le même jour, à savoir le 15 décembre 2010, A._____ a demandé au SSF la révocation des liquidateurs de la B._____. Selon lui, l'appel en cause des liquidateurs de la B._____ dans l'action en responsabilité déposée à son encontre auprès du TCAS fait naître un évident conflit d'intérêt, Monsieur C._____ et Me D._____ devant défendre dans la même procédure, d'une part, les intérêts de la B._____, en tant qu'organe de cette dernière, et, d'autre part, leurs intérêts personnels (divergents) (ASFIP pce 15).

Par courrier du 14 janvier 2011, A._____ a à nouveau requis auprès du SSF la révocation au plus vite des liquidateurs de la B._____ afin d'éviter que ceux-ci ne puissent se prononcer au nom de la Caisse sur la demande d'appel en cause les concernant (ASFIP pce 19).

Le 28 janvier 2011, le SSF invite la B._____ en liquidation à se prononcer sur les griefs soulevés par A._____ (ASFIP pce 21).

Par courrier du 9 février 2011, A._____ a notamment soutenu que la B._____ en liquidation ne pouvait pas être à même de se prononcer de manière impartiale vis-à-vis du SSF dans la mesure où ses deux organes étaient précisément les liquidateurs dont la révocation était requise et qu'ils avaient des intérêts personnels contradictoires à défendre. Il a par ailleurs requis une décision motivée du SSF sujette à recours (ASFIP pce 22).

D.

Le 15 février 2011, la B._____ en liquidation a déposé à la Chambre des assurances sociales de la Cour de Justice du canton de Genève désormais compétente (ci-après : CASCJ) un mémoire de réponse sur la demande d'appel en cause de A._____. En substance, elle fait valoir que celui-ci ne dispose d'aucune action récursoire à l'encontre des liquidateurs de la B._____ en liquidation et que, pour le surplus, les actes accomplis par les liquidateurs n'importent pas dans la détermination des prétentions de la B._____ en liquidation à son encontre. En toute

hypothèse, les conséquences des actes entrepris par les liquidateurs ne donnent lieu, tout au plus, qu'à une défense fondée sur l'art. 44 al. 1 CO dans le cadre de l'action principale initiée par la B._____ contre A._____ (ASFIP pce 14).

E.

Par acte du 28 février 2011, la B._____ en liquidation a soutenu auprès du SSF l'absence d'intérêt de A._____ selon les art. 4a et 7 de la loi genevoise sur la procédure administrative (LPA-GE, RS E 5 10) pour requérir la révocation des liquidateurs de B._____ en liquidation. Par ailleurs, elle argue que A._____ ne dispose d'aucune action directe – que ce soit par le biais de l'appel en cause ou par le biais d'une procédure indépendante – à l'encontre des liquidateurs de la B._____ (ASFIP pce 23).

Invité le 4 mars 2011 par le SSF à motiver sa qualité pour agir (ASFIP pce 24), A._____, par acte du 30 mars 2011, soutient qu'un conflit d'intérêt des liquidateurs dans la procédure dirigée à son encontre devant la CASCJ comporte un risque important de créer un préjudice non seulement à lui-même mais aussi à la B._____ qui pourrait avoir intérêt à mettre en cause la responsabilité des liquidateurs à titre personnel. Il expose qu'il a un intérêt digne de protection à requérir la révocation des liquidateurs selon la loi fédérale sur la procédure administrative déterminante en l'espèce. En effet, étant partie à la procédure actuellement pendante devant la CASCJ, son intérêt est actuel et personnel - distinct de celui des autres membres de la collectivité - mais aussi juridique et économique (PA, RS 172.021; ASFIP pce 25).

F.

Par décision du 8 juin 2011, le SSF n'est pas entré en matière sur la demande de révocation des liquidateurs de la B._____ déposée par A._____; un émolument de Fr. 2'000.- a été mis à la charge du demandeur. L'autorité de surveillance considère que A._____ ne dispose pas d'un intérêt pratique actuel suffisant à obtenir une décision formelle relative à la révocation éventuelle des liquidateurs de la B._____, n'étant plus organe de la société fondatrice et du Conseil de fondation de la B._____ depuis 1999, respectivement 1998 et n'ayant pas de qualité de bénéficiaire potentiel de celle-ci vu qu'il n'a jamais été assuré auprès d'elle. En outre, une hypothétique destitution des liquidateurs actuels de la B._____ ne mettrait pas à elle seule fin à l'action en responsabilité intentée à son encontre raison pour laquelle A._____ ne dispose pas d'un intérêt pratique à requérir une révocation

des liquidateurs. Quant au potentiel conflit d'intérêt des liquidateurs de la B._____, le SSF s'étonne que A._____ ne le fait valoir que maintenant alors que l'action en responsabilité à son encontre a été introduite en 2007. L'autorité de surveillance poursuit, qu'il est fréquent que d'anciens organes, faisant l'objet d'une action en responsabilité, mettent en cause la gestion d'autres organes ou des liquidateurs de la société, sans pour autant qu'il y ait lieu d'admettre de ce seul fait l'existence d'un conflit d'intérêt et que par ailleurs la B._____ en liquidation est représentée par un mandataire externe devant la CASCJ. A son avis, l'action en responsabilité introduite à l'encontre de A._____ est utile pour recouvrer d'éventuelles créances et qu'elle seule permettra de confirmer ou d'infirmer une éventuelle responsabilité de celui-ci, lequel a la possibilité de faire valoir ses arguments dans le cadre de cette action. Le SFF a alors qualifié la requête de A._____ du 15 décembre 2010 comme une dénonciation et a suspendu la décision relative à la révocation des liquidateurs jusqu'à droit jugé sur la procédure pendante devant la CASCJ. Enfin, le SSF expose que A._____ doit un émolument pour la présente décision à l'instar de la loi genevoise d'application du code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile du 28 novembre 2010 (LaCC-GE; RS E 1 05) et le règlement genevois relatif à la surveillance des fondations de droit civil et des institutions de prévoyance du 7 juin 2006 (RSFIP-GE; RS 1 16.03). L'émolument est déterminé en fonction du temps consacré par le SSF, A._____ ayant expressément requis le prononcé du SSF alors qu'il n'a manifestement pas d'intérêt actuel suffisant (ASFIP pce 26).

G.

Le 11 juillet 2011, A._____ dépose recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : Tribunal) contre la décision du SSF demandant principalement, sous suite de frais et dépens, l'annulation de la décision de non-entrée en matière du SSF, le renvoi de la cause au SSF pour entrer en matière sur la demande de révocation des liquidateurs et prise de décision au fond concernant cette demande sans attente, et subsidiairement le renvoi de la cause au SSF pour qu'il statue à nouveau sur l'émolument de la décision. Il expose les raisons pour lesquelles il considère qu'il a un intérêt digne de protection, un intérêt pratique, un intérêt idéal, un intérêt actuel à agir et requérir de la part du SSF la révocation des liquidateurs. Il fait aussi valoir que la révocation des liquidateurs est dans l'intérêt de la B._____. En outre il conteste l'émolument de Fr. 2'000.- mis à sa charge, sa demande n'étant pas téméraire ou abusive. Il est à tout le moins disproportionné, la décision

contestée se limitant à la question de sa qualité pour agir et la loi prévoyant un émolument allant de Fr. 500.- à Fr. 3'000.- (TAF pce 1).

H.

Dans le délai imparti, le recourant s'acquitte de l'avance des frais de procédure présumés de Fr. 2'000.- (TAF pces 2 à 4).

I.

Par réponse du 14 décembre 2011, le SSF propose le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée. Il avance en substance que la demande de révocation des liquidateurs est déposée fort tardivement et qu'elle poursuit comme seul but d'empêcher les liquidateurs de défendre les intérêts de la B. _____ en liquidation. Il est d'avis qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts en l'espèce puisque l'action en responsabilité dirigée par la B. _____ en liquidation contre A. _____ se rapporte à l'activité de ce dernier en tant que président du Conseil de Fondation, soit pour la période allant jusqu'en octobre 1998 et précédant la nomination des liquidateurs. Quant aux griefs de A. _____ à l'encontre des liquidateurs, ils ne peuvent concerner qu'un éventuel dommage subséquent découlant de l'activité de ces derniers à partir d'octobre 1998. Il avance que le recourant non seulement n'a pas un intérêt digne de protection mais qu'il commet un abus de droit en exigeant une telle révocation. Il ne voit pas en quoi la révocation des liquidateurs à ce stade pourrait servir les intérêts de la B. _____ en liquidation, ceux de ses anciens assurés ou ceux du Fonds de garantie. Une révocation ne pourrait être prise par le SSF que dans le but poursuivi par la LPP, soit de protéger les intérêts des assurés d'une institution de prévoyance et non pas ceux d'un ancien organe d'une institution de prévoyance recherché en responsabilité et qui n'a jamais été affilié à l'institution concernée. En absence d'intérêt actuel digne de protection à obtenir une décision par le SSF, la demande de A. _____ est irrecevable et ne peut qu'être rejetée par le SSF et être traitée comme une dénonciation dont il convient de suspendre l'instruction jusqu'à ce que la CASCJ se prononce sur les griefs formulés par A. _____ à l'encontre des liquidateurs de la B. _____. Quant aux émoluments, il estime que le recourant n'ayant manifestement pas d'intérêt digne d'être protégé, commet ainsi un abus de droit et doit supporter les coûts de l'intervention du SSF, qui travaille d'après le principe de la couverture des coûts. Le montant de l'émolument a été fixé en fonction du temps consacré à cette affaire (Fr. 350.- et Fr. 300.-/heure) et ensuite réduit, dans le respect du principe de la proportionnalité, à Fr. 2'000.- (TAF pce 9).

J.

Par ordonnance du 23 décembre 2011, la CASCJ rejette la demande d'appel en cause de A._____ (TAF pce 11 annexe 1).

K.

Dans la présente procédure, A._____ persiste dans ses conclusions par réplique du 1^{er} février 2012 et conteste les allégués du SSF. Il précise notamment qu'il est dans l'intérêt du Fonds de garantie, seul bénéficiaire de la B._____ en liquidation, que les liquidateurs solvables soient actionnés à ses côtés, la somme réclamée par la B._____ s'élevant à plus de 9 millions de francs (TAF pce 11).

Par duplique du 2 mars 2012, l'autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance (ci-après : ASFIP) alors compétente maintient entièrement les conclusions du SSF et avance en substance que l'appel en cause des liquidateurs dans le cadre de la procédure en responsabilité auprès de la CASCJ ayant été rejeté, A._____ ne peut plus invoquer un potentiel conflit d'intérêt et que l'autorité de surveillance, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, doit prendre des mesures conformes au but de l'institution de prévoyance et de la LPP; or la requête de A._____ n'a pas pour but de protéger la B._____ ou le Fonds de garantie, mais bien au contraire d'empêcher les liquidateurs de la B._____ de défendre les intérêts de cette dernière dans le cadre de l'action en responsabilité intentée avec le soutien du Fonds de garantie et dans l'intérêt de celui-ci et que l'art. 83d al. 4 CC ne prévoit que pour la fondation elle-même, et non pas pour ses organes, la possibilité, en cas de justes motifs, de demander à l'autorité de surveillance de révoquer une personne qu'elle a nommée pour pallier à des carences dans l'organisation de la fondation. A._____ commet alors un abus de droit en requérant de l'autorité de surveillance le prononcé d'une mesure de révocation des liquidateurs en vue de défendre ses propres intérêts, alors que ceux-ci sont contraires à ceux de la B._____ en liquidation de même qu'à ceux du Fonds de garantie (TAF pce 13).

L.

Par ordonnance du 14 mars 2012, le Tribunal fédéral rejette la demande d'effet suspensif qui accompagnait le recours de A._____ contre la décision de la CASCJ, précisant qu'il appartenait à l'autorité cantonale de conduire le procès (TAF pce 15 annexe 4).

Par arrêt du 22 août 2012, le Tribunal fédéral rejette également le recours de A._____ contre la décision de la CASCJ, arguant qu'il n'existe aucune obligation découlant du droit fédéral de donner suite à une demande d'appel en cause dans un contentieux relevant des art. 52 al. 3 et 73 LPP dont la procédure est régie par le droit cantonal (art. 73 al. 2 LPP), que selon l'art. 73 de la loi genevoise sur la procédure administrative (LPG-GE, RS E 5 10) l'autorité saisie a la faculté d'ordonner l'appel en cause, d'office ou sur requête, mais qu'elle n'en a pas l'obligation et que le recourant n' a pas démontré que la juridiction cantonale aurait procédé de façon arbitraire en exerçant ce choix dans un sens qui ne lui convient pas (TAF pce 18 annexe).

M.

Suite à l'ordonnance du Tribunal de céans du 31 octobre 2010 (TAF pce 17), le recourant informe le Tribunal par courrier du 1^{er} novembre 2012 de l'arrêt du Tribunal fédéral du 22 août 2012 et demande au Tribunal de se prononcer sur le sort du recours déposé devant lui (TAF pce 18). Par acte du 6 novembre 2012, l'ASFIP persiste dans ses conclusions (TAF pce 19).

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger des recours contre les décisions rendues par les autorités de surveillance des institutions de prévoyance et donc, en l'espèce, contre la décision litigieuse du SSF (actuellement ASFIP) qui exerce la surveillance de la B._____ en liquidation, ayant son siège à Z._____ (cf. art. 31 et 33 let. e de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] en relation avec l'art. 74 al. 1 de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [LPP, RS 831.40], art. 1 du Règlement relatif à la surveillance des fondations de droit civil et des institutions de prévoyance du canton de Genève, dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier 2011 au 16 octobre 2012 [RSFIP-GE, RS E 1 16.03] en relation avec l'art. 60 al. 1 LPP). L'acte attaqué constitue en effet une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. c de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) et aucune des clauses d'exception prévues par la loi à l'art. 32 LTAF n'est réalisée. Le Tribunal de céans peut donc connaître de la présente affaire.

1.2 A._____, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

1.3 Les exigences relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Partant, le recours de A._____ est recevable.

2.

Selon l'art. 49 PA, peuvent en principe être invoquées devant le Tribunal administratif fédéral la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'inopportunité pour autant que l'autorité cantonale n'a pas statué comme autorité de recours. Toutefois, la surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle portant sur un contrôle du droit (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Kommentar, 2009, n° 1 ad art. 62), le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral, qui ne peut pas être plus large que celle de la première instance, se limite en l'occurrence à un contrôle du droit, l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation y compris (cf. ATF 135 V 382 consid. 4.2, arrêt du Tribunal fédéral 9C_756/2009 du 8 février 2010 consid. 5).

3.

En l'espèce, le recourant conteste la décision du 8 juin 2011 du SSF de non-entrée en matière sur la demande de révocation des liquidateurs de la B._____ en liquidation.

4.

Aux termes de l'art. 62 al. 1 LPP, il appartient à l'autorité de surveillance de s'assurer que l'institution de prévoyance se conforme aux prescriptions légales, statutaires et réglementaires (cf. art. 62 al. 1 LPP dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 déterminant en l'espèce en raison de la date de la décision contestée) et que ses biens soient employés conformément à leur destination (art. 84 al. 2 du Code civil suisse [CC, RS 210]) en relation avec l'art. 62 al. 2 LPP). L'autorité de surveillance prend notamment des mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (art. 62 al. 1 let. d LPP), à savoir soit des mesures préventives qui tendent à rétablir l'état légal, soit des mesures répressives qui par des contrôles réguliers de l'activité de l'institution de

prévoyance tentent à empêcher une violation des dispositions légales, statutaires et réglementaires. Les cantons peuvent régler les diverses mesures dans leurs ordonnances d'application (cf. arrêts du Tribunal administratif C-429/2009 et C-4653/2009 du 9 mai 2012 consid. 4.3, C-2365 du 19 février 2008 consid. 4.1 et leurs références citées).

D'après le RSFIP-GE, dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier 2011 au 16 octobre 2012, l'autorité de surveillance dispose des pouvoirs les plus étendus. Elle peut notamment destituer les membres des organes des fondations ou certains d'entre eux et en nommer d'autres, en cas de carence, d'incapacité, d'infidélité ou de refus de se conformer aux prescriptions légales ou réglementaires ainsi qu'aux prescriptions de l'autorité de surveillance ou de l'autorité de recours (art. 2 al. 1 let. f RSFIP-GE).

5.

5.1 Les décisions de l'autorité de surveillance en matière de prévoyance professionnelle étant sujettes à recours auprès du Tribunal administratif fédéral à l'instar de l'art. 74 LPP, les personnes qui ont qualité pour former un tel recours au sens de l'art. 48 PA doivent également se voir reconnaître, sous les mêmes conditions, la qualité de partie auprès de l'autorité de surveillance. Le droit cantonal ne peut pas restreindre celle-ci (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, op. cit., n° 14 ad art. 62). Ainsi, la notion de la qualité pour porter plainte à l'autorité de surveillance doit être examinée selon les critères de l'art. 48 PA applicable par analogie (cf. ATF 107 II 385 consid. 4).

5.2 L'art. 48 al. 1 PA reconnaît la qualité pour recourir à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Ces conditions sont cumulatives. Une personne est notamment spécialement atteinte (let. b) lorsqu'elle bénéficie d'un intérêt se trouvant avec l'objet du litige dans un rapport étroit et spécial et qu'elle est touchée plus que quiconque par la décision. Un intérêt digne de protection (let. c) peut être un intérêt de droit mais aussi un intérêt de fait. Il doit être direct, propre et personnel. En outre, le recourant doit démontrer qu'il a un intérêt actuel et pratique à ce que la décision attaquée soit annulée. Il revient à la personne qui invoque sa qualité pour recourir de prouver qu'elle est spécialement atteinte et qu'elle a un intérêt digne de protection

(cf. ISABELLE HÄNER, VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, n° 10, 12, 18, 20 et 21 ad art. 48).

5.3 Selon la jurisprudence développée en matière de surveillance des fondations, une plainte à l'autorité de surveillance n'est recevable que si le plaignant peut se prévaloir d'un intérêt personnel déterminé à ce que les mesures qu'il requiert soient ordonnées. En particulier, un intérêt personnel doit être reconnu à toute personne qui peut effectivement obtenir un jour une prestation ou un autre avantage de la fondation (destinataire effectif ou potentiel de la fondation; cf. ATF 107 II 385 consid. 4, 110 II 436 consid. 2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-383/2009 du 29 septembre 2009 consid. 3.1 et 3.2). Un tel intérêt personnel se trouvera également admis lorsqu'un tiers, sans être destinataire effectif ou potentiel de la fondation, entretient des liens personnels étroits avec dite fondation. A titre d'exemple, dans l'arrêt publié dans l'ATF 110 II 436 consid. 2, le Tribunal fédéral a reconnu la légitimité pour déposer une plainte à une société anonyme qui a repris une partie des employés et destinataires potentiels des trois fondations patronales, cette société ayant à l'évidence un intérêt personnel quant à l'utilisation des fonds de ces fondations. Par contre, le Tribunal fédéral a jugé que le simple fait d'être le neveu d'Oskar Kokoschka, sans pouvoir justifier d'autres liens déterminants avec la Fondation créée à la mémoire de l'artiste, n'était pas suffisant pour porter plainte (arrêt 5A_828/2008 du 30 mars 2009 consid. 1). Tribunal administratif fédéral, pour sa part, a reconnu qu'une personne qui au cours de la procédure devant l'autorité inférieure a renoncé à ses fonctions de secrétaire au sein du conseil de fondation dispose d'un intérêt personnel à ce que les mesures qu'elle requiert soient ordonnées, à savoir que le conseil de fondation soit composé conformément aux exigences statutaires et que la fondation soit correctement gérée, cette personne ayant été l'un des membres fondateurs de la fondation, le siège de la fondation se trouvant à son domicile et ayant travaillé en qualité de secrétaire depuis la création de la fondation (arrêt di Tribunal administratif fédéral B-4826/2010 du 8 février 2011 consid. 1.3.5). Dans un autre arrêt il a jugé qu'un ancien chef de clinique licencié entretenait en raison de son engagement professionnel et personnel durant plus de 10 ans un lien étroit avec la fondation qui gère la clinique et qu'il dispose alors d'un intérêt à ce que les fonds de la fondation soient employés conformément à sa destination et que la clinique soit maintenue et protégée. Le Tribunal de céans a reconnu cet intérêt au plaignant au moins pour les mesures requises immédiatement après son licenciement et a laissé la question ouverte de savoir si sa

légitimité pourrait s'étendre à une période plus longue (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6308/2009 du 28 juillet 2010 consid. 2).

5.4 Dans la présente occurrence, il est incontesté que A._____ n'est pas destinataire effectif ou potentiel de la B._____ en liquidation, n'ayant jamais été assuré auprès de celle-ci. Par contre, il est établi que le recourant a été le président du Conseil de Fondation de la B._____ en liquidation, depuis sa création (décembre 1982) jusqu'à la démission collective du Conseil de Fondation en 31 octobre 1998 (cf. arrêté du 15 octobre 1998 du SSF [ASFIP pce 5]; extrait du registre de commerce du 22 novembre 2012), qu'il a également été l'administrateur unique d'E._____, en liquidation concordataire, la société fondatrice de la B._____ en liquidation, durant toute l'activité de celle-ci, de juin 1989 jusqu'en août 1999 (extrait du registre de commerce du 14 décembre 2010 [TAF pce 1 annexe 2]) et que son nom apparaît dans celui de la B._____. A l'encontre de l'autorité intimée, le Tribunal constate alors que A._____ disposait d'un lien particulier avec la B._____ en liquidation et qu'il a un intérêt à ce que la liquidation de la fondation qu'il a créée se fasse dans les meilleures conditions. Selon la jurisprudence mentionnée – pour autant qu'elle soit pertinente (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_823/2011 du 23 mars 2012 consid. 2.4) – ces liens peuvent, le cas échéant, fonder un intérêt personnel déterminé pour porter plainte auprès de l'autorité de surveillance. Il faut en outre considérer que la requête du recourant du 15 décembre 2010, intervenant 12 ans après sa démission du Conseil de fondation, est en lien direct avec l'action en responsabilité intentée par la B._____ en liquidation le 27 août 2007 à son encontre et que, dans un premier temps, l'action ayant été limitée à la question de sa prescription (cf. courrier de Me Jeanneret au TCAS du 14 septembre 2007 [TAF pce 1 annexe 46]), la révocation des liquidateurs n'est devenue pertinente qu'après l'arrêt du Tribunal fédéral du 7 juillet 2010 par lequel le recourant a été débouté sur son objection (TAF pce 1 annexe 45). Ainsi, le lien particulier de A._____ avec la B._____ en liquidation pouvait s'étendre sur cette longue période.

Cela étant, le Tribunal ne doit pas trancher sur cette question définitivement. En effet, le Tribunal de céans constate que l'argumentation du recourant selon laquelle il possède la qualité pour porter plainte et demander la révocation des liquidateurs de la B._____ en liquidation repose sur la prétendue existence d'un conflit d'intérêt des liquidateurs dans l'action en responsabilité déposée à son encontre auprès de la CASCJ après avoir demandé le 15 décembre 2010 l'appel en cause des liquidateurs qu'il estime responsables du dommage pour

lequel il a lui-même été actionné. A._____ soutient que les liquidateurs appelés en cause doivent alors défendre dans la même procédure, d'une part, les intérêts de la B._____ en tant qu'organe de cette dernière, et d'autre part, leurs intérêts personnels divergents (cf. la demande de révocation des liquidateurs de la B._____ en liquidation du 15 décembre 2010 de A._____ [ASFIP pce 15]). Après le rejet de sa demande d'appel en cause par ordonnance du 23 décembre 2011 de la CASCJ, le recourant fait valoir que sa plainte auprès de l'autorité de surveillance n'est pas devenue sans objet, ayant recouru contre l'ordonnance de la CASCJ auprès du Tribunal fédéral. Il avance que les liquidateurs de la B._____ peuvent toujours s'exprimer pour le compte de la B._____ lors de l'instruction de la cause et peuvent donc adapter leurs arguments en gardant à l'esprit qu'ils pourront être amenés à devoir défendre leurs intérêts personnels, contraire à celui de la B._____, si le Tribunal fédéral accepte son recours (cf. position du 23 avril 2012 de A._____ [TAF pce 15]). Le recourant invoque que le conflit d'intérêt des liquidateurs lui porte préjudice et qu'il a un intérêt digne de protection à demander la révocation des liquidateurs auprès de l'ASFIP (cf. acte du 30 mars 2010 de A._____ [ASFIP pce 25]).

Par arrêt du 22 août 2012, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de A._____ contre l'ordonnance du 23 décembre 2011 de la CASCJ (TAF pce 18 et annexe). Sa demande d'appel en cause des liquidateurs de la B._____ devant la CASCJ ayant ainsi été définitivement écartée, l'argument principal du recourant, justifiant sa demande de révocation des liquidateurs, est tombé. Le recourant ne fait pas valoir que le risque d'un conflit d'intérêt des liquidateurs persiste pour d'autres raisons; or, c'est à lui de prouver qu'il a un intérêt digne de protection à demander la révocation des liquidateurs (cf. consid. 5.1 ci-dessus). Ainsi, le Tribunal de céans note que le recourant ne dispose pas, au moins depuis l'arrêt du 22 août 2012 du Tribunal fédéral, d'un intérêt actuel à requérir la révocation des liquidateurs. En effet, selon la jurisprudence, l'intéressé doit disposer d'un intérêt actuel et pratique non seulement au moment de sa demande mais encore au moment où l'autorité de recours doit rendre sa décision (cf. ATF 128 II 34 consid. 1 b, ISABELLE HÄNER, a.a.O., n° 21 ad art. 48).

L'intérêt actuel de A._____ faisant défaut, le Tribunal doit rejeter son recours sur ce point sans qu'il soit nécessaire de vérifier si l'intéressé remplit les autres conditions susmentionnées pour porter plainte auprès de l'autorité intimée, celles-ci étant cumulatives (cf. consid. 5.1).

6.

A._____ conteste également l'émolument de Fr. 2'000.- mis à sa charge par la décision du SSF attaquée.

L'autorité de surveillance a fondé sa décision sur la Loi d'application du code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile (LaCC-GE) et le Règlement relatif à la surveillance des fondations de droit civil et des institutions de prévoyance (RSFIP-GE). Aux termes de l'art. 97 LaCC-GE, l'autorité de surveillance perçoit des émoluments, de Fr. 30.- à Fr. 5'000.- au maximum par opération, fixés par le Conseil d'Etat selon l'importance du travail accompli et de la fortune des fondations ou institutions de prévoyance, pour les opérations usuelles ou extraordinaires de contrôle, pour celles relatives au registre de la prévoyance professionnelle et pour toutes les autres opérations relatives aux fondations ou institutions de prévoyance, telles que modifications de statuts, transferts de capitaux, fusions, liquidations (al. 1). En règle générale, les émoluments et les frais sont supportés par la fondation ou l'institution de prévoyance. Ils peuvent toutefois être mis à la charge des membres d'un organe, de l'un d'entre eux ou d'une autre personne déterminée, lorsque ces derniers ont rendu nécessaire l'intervention de l'autorité de surveillance par leur faute ou leur négligence ou qu'ils ont déposé une plainte ou formé un recours manifestement téméraires ou abusifs (al. 3). Selon l'art. 17 RSFIP-GE l'autorité de surveillance perçoit notamment les émoluments de Fr. 500.- à Fr. 3'000.- pour les décisions diverses, décisions sur plaintes ou tout autre acte (al. 1 let. g). Lorsque l'émolument est calculé en fonction du temps consacré, un tarif horaire de Fr. 90 à Fr. 350 s'applique (cf. al. 2).

L'autorité intimée soutient pour l'essentiel que A._____ n'a manifestement pas eu un intérêt digne d'être protégé à demander la révocation des liquidateurs de la B._____ en liquidation et qu'il a ainsi commis un abus de droit en la requérant en vue de défendre ses propres intérêts, alors que ceux-ci sont contraires à ceux de la B._____ en liquidation et du Fonds de garantie. Le montant de l'émolument, initialement fixé en fonction du temps consacré à cette affaire (Fr. 350.- et Fr. 300.-/heure) a ensuite été réduit, dans le respect du principe de la proportionnalité, à Fr. 2'000.- (cf. la réponse du 14 décembre 2011 du SSF [TAF pce 9] et la duplique du 2 mars 2012 de l'ASFIP [TAF pce 13]).

Le recourant, pour sa part, conteste que sa demande soit téméraire ou abusive. Par ailleurs, l'émolument est à tout le moins disproportionné, la décision litigieuse se limitant à la question de la qualité pour agir et la loi

prévoyant un émolument allant de Fr. 500.- à Fr. 3'000.- (cf. le recours du 11 juillet 2011 de A._____ [TAF pce 1]).

6.1 S'agissant du pouvoir d'examen du Tribunal de céans, il sied de relever que selon l'art. 49 PA (cf. consid. 2 ci-dessus) le Tribunal ne peut pas examiner l'application du droit cantonal. Toutefois, les griefs soulevés par A._____, à savoir la violation de l'interdiction de l'arbitraire et le non respect du principe de la proportionnalité sont d'ordre constitutionnel (cf. ATF 135 I 233 consid. 3.4, 133 V 158 consid. 5.2.2) et entrent, à ce titre, dans le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral au sens de l'art. 49 PA. La violation du principe de la proportionnalité ne peut être examinée que sous l'angle restreint de l'arbitraire (ATF 134 I 153 consid. 4.2 et 4.3).

6.2 La jurisprudence qualifie de téméraire le comportement de celui qui, en violation du devoir d'agir selon la bonne foi, forme un recours sans avoir un intérêt digne de protection et bien que la situation en fait et en droit soit claire (cf. arrêt du Tribunal fédéral 7B.67/2004 du 7 mai 2004). Plus particulièrement, agit par témérité la partie qui, en faisant preuve de l'attention que l'on peut raisonnablement attendre d'elle, sait ou devait savoir que les faits invoqués à l'appui de ses conclusions n'étaient pas conformes à la vérité. Est par ailleurs téméraire le maintien d'une position manifestement contraire à la loi. Par contre, il n'y a pas témérité lorsque la partie poursuit le but que le tribunal tranche sur une position déterminée qui ne peut être qualifiée d'insoutenable. Au demeurant, une procédure dépourvue de chances de succès n'est en soi pas téméraire. Il faut de plus un élément subjectif – critiquable – que la partie, qui tout en ayant connaissance du manque de chances de succès de son procès, l'introduit et le poursuit néanmoins (cf. ATF 128 V 323 consid. 1b et références). La caractère téméraire d'une procédure ne doit pas être retenu à la légère (cf. YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, 2008, n° 486 ad art. 33).

L'abus de droit consiste à se prévaloir d'un droit dans des circonstances telles que le résultat serait inadmissible (cf. CHRISTINE CHAPPUIS, in Commentaire romand, Code civil I, 2010, n° 24 ad art. 2). Il y a notamment abus de droit en cas d'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement et l'attitude contradictoire (cf. à titre d'exemple arrêt du Tribunal fédéral 4A_36/2010 du 20 avril 2010 consid. 3.1).

L'emploi du qualificatif "manifeste" démontre que la témérité ou l'abus de droit ne doit être admis que restrictivement (cf. ATF 135 III 162 consid. 3.3.1).

6.3 En l'espèce, l'on ne saurait faire le reproche à A._____ d'avoir introduit auprès du SSF une requête en vue d'obtenir la révocation des liquidateurs de la B._____, car, à tout de moins jusqu'à l'arrêt du Tribunal fédéral du 22 août 2012 s'agissant de la procédure d'appel en cause en cause, il pouvait faire valoir un risque éventuel de conflit d'intérêts des liquidateurs de la Fondation. En effet, accusés par le recourant d'avoir causé le dommage de la B._____ (cf. la demande d'appel en cause du 15 décembre 2010 de A._____ [ASFIP pce 13]), ceux-ci auraient alors dû défendre dans la même procédure, d'une part, les intérêts de la B._____ en liquidation et, d'autre part, leurs intérêts personnels. Par ailleurs, il convient de préciser que la demande d'appel en cause de A._____ n'a pas été rejetée parce qu'elle était infondée, mais parce que la CASCJ n'a pas été obligée d'y donner suite (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 22 août 2012 [TAF pce 18 annexe]).

De plus, le Tribunal constate, à l'encontre de l'autorité intimée, que A._____ disposait d'un lien particulier avec la B._____ en liquidation qui selon la jurisprudence – pour autant qu'elle est applicable – pouvait fonder un intérêt personnel déterminé pour porter plainte auprès de l'autorité de surveillance (cf. consid. 5.4).

De surcroît, le Tribunal ne peut pas admettre, contrairement à ce que prétend l'autorité de surveillance, que le recourant a déposé sa demande tardivement, la question de la révocation des liquidateurs n'est devenue pertinente qu'après l'arrêt du 7 juillet 2010 du Tribunal fédéral (cf. consid. 5.4).

En conclusion, A._____ n'a pas déposé la plainte d'une manière manifestement téméraire ou abusive. L'intervention de l'autorité de surveillance n'a pas non plus été nécessaire en raison de sa faute ou négligence. Dès lors, le recourant ne doit pas supporter les émoluments de l'autorité de surveillance conformément à l'art. 97 al. 3 LaCC-GE. La question à savoir si, en conséquence, la B._____ en liquidation doit alors payer l'émolument, ne doit pas être tranchée en l'espèce, ne faisant pas l'objet de la présente procédure.

7.

Au vu de ce qui précède, le recours du 11 juillet 2011 est partiellement

admis et la décision contestée du 8 juin 2011 réformée en ce sens que le recourant ne doit pas d'émolument.

8.

8.1 Le recourant, succombant en partie à ses conclusions, doit participer aux frais de justice fixés à Fr. 2'000.- par moitié, à savoir à Fr. 1'000.- (cf. art. 63 al. 1 PA). Ils sont compensés par l'avance de frais déjà versée de Fr. 2'000.-. Le solde de Fr. 1'000.- sera restitué à A. _____ une fois le présent arrêt entré en force.

8.2 Il reste à examiner la question des dépens, les art. 64 PA et 7 du Règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2) permettant au Tribunal d'allouer à la partie ayant entièrement ou partiellement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. Les honoraires du représentant sont fixés, selon l'appréciation de l'autorité, en raison de l'importance et de la difficulté du litige, ainsi que d'après le travail et le temps que le représentant a dû y consacrer.

Compte tenu de ce qui précède, il se justifie d'allouer au recourant qui n'a obtenu que partiellement gain de cause, une indemnité réduite à titre de dépens de Fr. 1'500.-, TVA incluse, à charge de l'autorité intimée.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est partiellement admis.

2.

La décision attaquée est réformée en ce sens que le recourant ne doit pas d'émolument.

3.

Les frais de procédure, fixés à Fr. 1'000.- sont mis à la charge du recourant; ils sont compensés avec l'avance de frais de Fr. 2'000.- déjà versée. Le solde de Fr. 1'000.- sera restitué au recourant dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

L'autorité intimée versera au recourant une indemnité de Fr. 1'500.- à titre de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. GE-1341; Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral des assurances sociales (Recommandé)
- à la Commission de haute surveillance (Acte judiciaire)

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

La présidente du collège :

La greffière :

Madeleine Hirsig-Vouilloz

Barbara Scherer

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 fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :