

# **GE\_GERICHTE ATAS/1230/2014 vom 20. November 2014**

GE Cour de justice, 2014-11-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1230\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1230_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1230/2014 du 20 novembre 2014

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1230/2014 del 20 novembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur depuis le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations [CO - RS 220]; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40]; art. 142 du Code civil [CC - RS 210]). Par ailleurs, en matière de prévoyance professionnelle, le for de l'action est au siège ou au domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP). La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

La nouvelle du 3 octobre 2003 modifiant la LPP (1ère révision) est entrée en vigueur le 1er janvier 2005 (sous réserve de certaines dispositions dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1er avril 2004 et au 1er janvier 2006; RO 2004 1700), entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de la prévoyance professionnelle (RO 2004 1677). Elle n'est cependant pas applicable en l'espèce, dès lors que les faits juridiquement déterminants se sont déroulés antérieurement à son entrée en vigueur (ATF 130 V 446 consid. 1 et ATF 129 V 4 consid. 1.2). Sont applicables les dispositions de la LPP et l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 (OPP 2 - RS 831.441.1) dans leur version au moment des faits déterminants, soit jusqu'en 1998.

### **E. 3**

En juillet 2010, notre Haute Cour a écarté l'exception de prescription soulevée par le défendeur. Elle a estimé que tant le délai de cinq ans que celui de dix ans avaient été respectés.

### **E. 4**

Quant au fond, est litigieuse la question de savoir si le défendeur, en sa qualité d'ancien président du conseil de fondation de la demanderesse peut être tenu pour responsable du dommage subi par la demanderesse. Celle-ci fonde son action sur l'art. 52 al. 1 LPP.

A/3229/2007 - 22/36 - En substance, elle reproche au défendeur d'avoir usé de sa « double casquette » d'administrateur unique de la société D\_\_\_\_\_ et de président du conseil de la fondation assurant le personnel de son entreprise pour privilégier les intérêts de D\_\_\_\_\_ au détriment de ceux de A\_\_\_\_\_. Concrètement, elle lui fait grief d'avoir, nonobstant la dette

croissante de D\_\_\_\_\_ envers A\_\_\_\_\_, poussé cette dernière à placer ses avoirs de manière prépondérante dans des investissements immobiliers réalisés par D\_\_\_\_\_, notamment en 1994 et 1996, au point de dépasser la limite fixée par la loi, s'endettant ainsi lourdement. Au surplus, le défendeur n'aurait jamais pris la moindre mesure coercitive en vue de recouvrer la créance de cotisations envers D\_\_\_\_\_ alors même qu'il savait celle-ci en situation difficile. Il aurait, selon elle, toujours cherché à privilégier les intérêts de D\_\_\_\_\_, au détriment de ceux de A\_\_\_\_\_, usant pour cela de son « ascendant certain » sur les autres membres du conseil de fondation. Le défendeur quant à lui, conteste avoir violé ses obligations légales ou contractuelles, et en particulier, ses devoirs de loyauté et de diligence envers A\_\_\_\_\_. Il souligne que toutes les décisions ont été adoptées à l'unanimité des membres du conseil de fondation, au surplus avec l'approbation, tant du réviseur, que de l'actuaire, que du directeur du T\_\_\_\_\_. Enfin, il soutient qu'en toute hypothèse, les fautes concomitantes commises par les liquidateurs de A\_\_\_\_\_ et par ceux de D\_\_\_\_\_ étaient propres à rompre, cas échéant, tout lien de causalité entre d'éventuels manquements de sa part et le dommage allégué par la demanderesse.

## E. 5

a) Selon l'art. 52 aLPP - repris par le nouvel art. 52 al. 1 LPP -, les personnes chargées de l'administration ou de la gestion de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence. Cette norme de responsabilité, applicable indépendamment de la forme juridique de l'institution de prévoyance (art. 48 al. 2 LPP), accorde à l'institution de prévoyance lésée un droit direct à l'encontre des organes, formels ou de fait, de l'institution de prévoyance (ATF 128 V 124 consid. 4a p. 127). En tant que norme générale de responsabilité, l'art. 52 LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004) présuppose la violation fautive d'une obligation (acte illicite); une négligence, même légère, suffit (ATF 128 V 124 consid. 4e p. 132). Il faut également que le lésé ait subi un dommage ainsi que l'existence d'un lien de causalité naturel et adéquat entre le comportement reproché et le dommage (cf. également l'arrêt 9C 697/2008 consid. 3.2.2).

aa) Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-

A/3229/2007 - 23/36 - diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471; 132 III 359 consid. 4 p. 366 et les références). bb) L'illicéité implique une atteinte à un bien juridiquement protégé, qu'il s'agisse de l'atteinte à un droit subjectif absolu (illicéité par le résultat; Erfolgsunrecht) ou de l'atteinte au patrimoine par la violation d'une norme de protection du bien juridiquement atteint (illicéité par le comportement; Verhaltensunrecht). Le patrimoine en soi n'est pas un bien juridique, son atteinte donc pas illicite à elle seule. Les atteintes au patrimoine ne sont par conséquent illicites que si elles découlent d'un comportement proscrit en tant que tel par l'ordre juridique, indépendamment de ses effets patrimoniaux (théorie objective de l'illicéité). La condition est que les normes de comportement violées visent la protection contre de telles atteintes. Le comportement exigé par la loi peut consister soit dans une action, soit dans une omission - auquel cas il faut qu'il existât, au moment déterminant, une norme juridique qui sanctionnait explicitement l'omission commise ou qui imposait de prendre en faveur du lésé la mesure omise (position de garant vis-à-vis du lésé). Les devoirs dont la violation est en cause résultent d'abord de la

loi; pour les organes au sens de l'art. 52 LPP sont déterminantes en outre les obligations et prescriptions statutaires et réglementaires, ainsi que les directives des autorités de surveillance et les obligations résultant d'un contrat (ATF 135 V 373 consid. 2.4 p. 376 et les références). cc) La responsabilité est déjà engagée par un comportement constitutif d'une négligence légère. Commet une telle négligence celui qui, de façon même légère, manque à son devoir de diligence. La diligence requise dans le cas concret correspond à ce qu'un homme consciencieux et raisonnable, appartenant au même cercle que le responsable, tiendrait pour exigible dans des circonstances identiques; pour en juger, il ne faut pas se fonder sur un critère individuel mais sur un critère objectif, qui tient compte des circonstances concrètes. Déterminer dans le cas concret si un comportement doit être qualifié de négligence relève d'un jugement de valeur et repose largement sur l'appréciation du juge (ATF 128 V 124 consid. 4e p. 132; voir également UELI KIESER, in LPP et LFLP, n. 27 ad art. 52 LPP). Le point de savoir si un organe a manqué fautivement à ses devoirs dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'institution (ATF 108 V 199 consid. 3a p. 202). Les attributions d'un organe peuvent découler de la loi et de ses ordonnances d'exécution, de l'acte de fondation et de ses règlements, des décisions du conseil de fondation, d'un rapport contractuel ou encore des directives de l'autorité de surveillance (ATF 128 V 124 consid. 4d p. 129). dd) Enfin, pour que le dommage doive être réparé, il faut qu'il existe avec le comportement reproché au responsable un lien de causalité naturelle et adéquate. Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non. En d'autres termes, il existe un lien de causalité naturelle entre deux

A/3229/2007 - 24/36 - événements lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit, ou du moins pas de la même manière; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 470 et les références). Le rapport de causalité est adéquat lorsque le comportement incriminé était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit. Pour savoir si un fait est la cause adéquate d'un préjudice, le juge procède à un pronostic rétrospectif objectif: se plaçant au terme de la chaîne des causes, il lui appartient de remonter du dommage dont la réparation est demandée au chef de responsabilité invoqué et de déterminer si, dans le cours normal des choses et selon l'expérience générale de la vie humaine, une telle conséquence demeure dans le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles (ATF 129 II 312 consid. 3.3 p. 318 et les références). La jurisprudence a précisé que, pour qu'une cause soit adéquate, il n'est pas nécessaire que le résultat se produise régulièrement ou fréquemment. Si un événement est en soi propre à provoquer un effet du genre de celui qui est survenu, même des conséquences singulières, c'est-à-dire extraordinaires, peuvent constituer des conséquences adéquates de cet événement (ATF 119 Ib 334 consid. 5b p. 344). Lorsqu'il s'agit de juger de l'existence d'un lien de causalité adéquate entre une ou des omissions et un dommage, il convient alors de s'interroger sur le cours hypothétique qu'auraient pris les événements si le défendeur avait agi conformément à ses devoirs (ATF 129 III 129 consid. 8 p. 134; 127 III 453 consid. 5d p. 456).

## **E. 5.2**

et les références citées). Si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas du fardeau de la preuve, dans la mesure où, en cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences, sauf

si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à la partie adverse. Cette règle ne s'applique toutefois que s'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 139 V 176 consid. 5.2 et les références citées). Enfin, dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde généralement sa décision sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid.

### **E. 5.3**

et les références citées).

### **E. 6**

a) A l'instar des organes d'une personne morale, les organes d'une institution de prévoyance sont en outre communément tenus de faire preuve de diligence et de fidélité dans l'accomplissement de leur mandat (arrêt 9C\_560/2011 du 30 mai 2012, consid. 4.2). aa) De façon générale, la diligence requise s'apprécie au regard de critères objectifs et correspond à ce qu'un homme consciencieux et raisonnable, appartenant au même cercle que le responsable, tiendrait pour exigible dans des circonstances identiques. Dans le contexte de la gestion d'une institution de prévoyance, il convient de tenir toutefois compte de la nature particulière du mandat exercé par la personne concernée, ainsi que des impératifs liés à la gestion paritaire instaurée par l'art. 51 LPP. Cela implique qu'il faut, dans chaque situation, apprécier les circonstances qui entourent la participation de la personne concernée à la gestion de l'institution de prévoyance, telles que son éventuelle dépendance envers l'employeur, sa faculté d'accepter ou de refuser son mandat, la taille de l'institution de prévoyance ou encore la complexité particulière des décisions à prendre (MARTIN ANDERSON, Devoirs de diligence et placements des institutions de prévoyance : aspects juridiques, et RITA TRIGO TRINDADE, Fondations de prévoyance et responsabilité : développements récents [ci-après : Fondations de

A/3229/2007 - 25/36 - prévoyance], tous deux in Institutions de prévoyance : devoirs et responsabilité civile, 2006, p. 32 ss et 154 ss ; arrêt 9C\_560/2011 du 30 mai 2012 consid. 4.2.1). bb) Le devoir de fidélité peut être défini comme l'obligation qui impose à son débiteur de favoriser les intérêts d'un tiers bénéficiaire, le cas échéant en faisant passer ses propres intérêts après ceux dudit bénéficiaire. Ce devoir comprend ainsi une composante positive - qui commande à son débiteur de poursuivre l'intérêt du tiers et vise à améliorer la situation de ce dernier - et une composante négative - qui empêche le débiteur de mettre en avant son propre intérêt et a ainsi essentiellement pour fonction de prévenir d'éventuels désavantages causés au bénéficiaire (RITA TRIGO TRINDADE, Le devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts, SJ 1999 p. 387 [ci-après : Le devoir de fidélité]). En matière de prévoyance professionnelle, l'organe de gestion d'une institution de prévoyance est en charge de gérer le patrimoine d'un tiers, au seul profit des bénéficiaires de l'institution ; sa mission ne se justifie que s'il donne la priorité absolue aux intérêts de l'institution et desdits bénéficiaires et que si les membres de l'organe font passer

leurs propres intérêts après les intérêts auxquels ils doivent veiller. Le fait que, dans les institutions de prévoyance, le législateur a préféré imposer l'institution d'un organe de gestion composé de manière à assurer la représentation des intérêts pertinents, plutôt que celle d'un organe dont les membres disposent des qualifications personnelles nécessaires à exécuter les fonctions confiées audit organe justifie que le devoir de fidélité imposé aux membres de tels organes soit encore plus contraignant que, par exemple, en droit des sociétés anonymes ou dans le droit du mandat (RITA TRIGO TRINDADE, *Fondations de prévoyance*, 2006, p. 156 s. ; arrêt 9C\_560/2011 du 30 mai 2012 consid. 4.2.2). cc) En matière de placement de la fortune de l'institution de prévoyance, un comportement contraire au droit consiste en premier lieu en une violation des dispositions légales et réglementaires. Selon l'art. 71 al. 1 LPP (demeuré inchangé sous le nouveau droit), l'institution de prévoyance doit administrer sa fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités. En vertu de l'art. 50 OPP2, l'institution de prévoyance doit notamment choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère (al. 1), tout en veillant à assurer la sécurité et la réalisation des buts de prévoyance (al. 2, 1ère phrase). La diligence dont l'organe d'une institution de prévoyance doit faire preuve de façon générale en matière de placement dépend toutefois de la position qu'il a à l'intérieur de l'institution et des attributions qui lui ont été confiées. Cela étant, le niveau d'exigence requise doit rester dans le cadre de ce qui est objectivement et raisonnablement exigible dans le domaine des placements financiers. Il convient en particulier de tenir compte du fait que toute décision en matière de gestion de fortune est empreinte d'une incertitude inhérente à l'évolution des marchés ; l'insuccès d'un placement ne saurait par conséquent fonder à lui tout seul un chef de responsabilité (sur l'ensemble de la question, voir MARTIN TH. MARIA

A/3229/2007 - 26/36 - EISENRING, *Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen*, 1999, p. 196 ss; arrêt 9C\_560/2011 du 30 mai 2012 consi. 4.3).

#### **E. 7**

Conformément à l'art. 73 al. 2, 2ème phrase LPP, la maxime inquisitoire est applicable à la procédure en matière de prévoyance professionnelle. En vertu de ce principe, il appartient au juge d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires. En principe, les parties ne supportent ni le fardeau de l'allégation ni celui de l'administration des preuves. Cette maxime doit cependant être relativisée par son corollaire, soit le devoir de collaborer des parties, lequel comprend l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués (ATF 139 V 176 consid.

#### **E. 8**

En l'espèce, il n'est ni contesté, ni contestable que le défendeur a été président du conseil de fondation et avait, de ce fait, une position d'organe formel et matériel au sens de l'art. 52 LPP, susceptible d'engager sa responsabilité. Encore faut-il que les conditions permettant de reconnaître une telle responsabilité soient réunies.

#### **E. 9**

a) Il convient en premier lieu d'examiner si un acte illicite peut être imputé au défendeur.

aa) En l'espèce, la demanderesse reproche en premier lieu au défendeur la violation de l'art. 65 al. 1 LPP, lequel prévoit que les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps

la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements.

A/3229/2007 - 27/36 - La loi confie à un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle le soin de vérifier périodiquement que tel est le cas et que les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales (art. 53 al. 2 let. a et b LPP). C'est précisément ce qui a été fait en l'occurrence, en dernier lieu par F\_\_\_\_\_, qui, dans son expertise technique du 7 octobre 1994 (étant précisé qu'à l'époque, une expertise intervenait tous les trois à cinq ans aux dires de M. AN\_\_\_\_\_), a conclu que la caisse pouvait à long terme remplir ses engagements réglementaires. Il était relevé que la cotisation risque était supérieure au coût annuel moyen théorique des sinistres (pce 78 déf.). Par la suite, s'il est vrai que la société D\_\_\_\_\_ a connu des difficultés, en revanche, la situation de A\_\_\_\_\_ - qu'il convient de distinguer -, elle, est restée bonne jusqu'en mars 1998, puisqu'ainsi que le fait remarquer le défendeur, ses taux de rendement ont toujours été largement supérieurs au taux technique de 4% (pce 15, pt 2 dem., pce 20 pt 2 dem., pce 22 pt 2 dem. et pce 43 pt 3 déf. ; cf. également audition de M. AE\_\_\_\_\_). Qui plus est, chaque année, le réviseur a recommandé d'approuver les comptes annuels. Ce n'est qu'en relation avec l'exercice 1997, courant 1998, qu'il a recommandé pour la première fois la constitution d'une provision de CHF 2 millions pour tenir compte de l'évolution du marché immobilier, recommandation qui a été suivie. Au demeurant, le directeur du T\_\_\_\_\_ a confirmé qu'au 31 décembre 1997, la situation de la demanderesse était conforme aux dispositions légales et qu'elle pouvait faire face à ses engagements (pces 10, 27 et 115 déf.). Il apparaît que c'est en réalité la cessation d'activité de D\_\_\_\_\_ et des sociétés affiliées qui a causé la liquidation de A\_\_\_\_\_, celle-ci n'ayant à terme plus d'affiliés et de cotisations servies. Ainsi que l'a souligné le directeur du T\_\_\_\_\_, la décision de mise en sursis concordataire de D\_\_\_\_\_, en mars 1998, a complètement modifié les données du problème : d'une part, le processus d'assainissement du coût de l'invalidité a été stoppé, d'autre part, le nombre des cas d'invalidité reconnus a explosé après la fermeture de l'entreprise (pce 115 déf.). L'OFAS lui-même, dans son courrier du 23 juin 1999 au T\_\_\_\_\_, mentionne le fait que le déséquilibre financier de A\_\_\_\_\_ était lié à la restructuration de D\_\_\_\_\_, à la forte diminution de son personnel, allié à une augmentation considérable des cas d'invalidité (pce 114 déf.). Force est d'en conclure que l'incapacité de la caisse à faire face à ses engagements en 1998 résultait uniquement de la fin d'activité de la société employeur - mettant fin au processus d'assainissement du coût de l'invalidité -, conjuguée à l'explosion des cas d'invalidité qui a suivi, phénomène fréquent dans le domaine de la construction. C'est d'ailleurs ce qu'ont confirmé les actuaires entendus par la Cour de céans : les risques décès et invalidité n'étaient pas suffisamment couverts, de sorte que lorsque le nombre de sinistres a explosé, la A\_\_\_\_\_ n'a pu y faire face. Or, c'était à l'organe de révision, d'une part, aux experts actuaires, d'autre part, d'attirer l'attention sur le problème.

A/3229/2007 - 28/36 - L'argument selon lequel l'opinion du directeur du T\_\_\_\_\_ serait sans valeur au motif qu'il aurait été induit en erreur par une manipulation des comptes, dont la demanderesse veut pour preuve la note de Monsieur H\_\_\_\_\_ du 30 novembre 1997, doit être écarté. On relèvera tout d'abord que la note en question n'est étayée par aucun document et qu'elle n'est pas même signée. D'ailleurs, ni le juge civil ni le juge pénal n'en ont fait cas puisque ni l'un ni l'autre n'ont retenu la « manipulation des comptes » déjà alléguée alors. La demanderesse allègue encore que le T\_\_\_\_\_ aurait également été induit en erreur par la surévaluation des fonds propres disponibles de A\_\_\_\_\_ durant les années

1990. Selon elle, les biens immobiliers de A\_\_\_\_\_ figuraient au bilan « à des valeurs parfaitement irréalistes », en particulier les immeubles sis à Grange- Canal et à Vignier, qui étaient mentionnés à des valeurs maintenues artificiellement constantes, vraisemblablement équivalentes, voire supérieures, à la valeur d'achat et/ou aux coûts de construction, sans égard à l'écoulement du temps, à l'évolution du marché immobilier ou encore à leurs caractéristiques particulières. Ainsi, la demanderesse conteste-t-elle la valeur retenue pour l'immeuble sis à Grange-Canal pour les exercices 1992 à 1997 (CHF 8'916'710.-). Elle explique que cet objet a été acquis en mars 1991 pour CHF 8'555'000.- et soumis au régime HLM en 1996 et en tire la conclusion que son prix de revient ne pouvait atteindre au maximum que CHF 7'580'000.-, se référant à cet égard à l'Office cantonal du logement (OCL). De la même manière, la demanderesse soutient que l'évaluation faite durant les exercices 1992 à 1997 des actions détenues dans la société immobilière sise à Vignier aurait été surestimée, puisque fixée à une valeur constante de CHF 3'284'533.65, étant rappelé que ces immeubles avaient été acquis en 1985 pour un montant de CHF 5'550'000.-, qu'ils avaient été construits au début du XXème siècle et qu'ils étaient dans un état vétuste. La surestimation alléguée par la demanderesse n'est cependant pas démontrée. On relèvera en premier lieu que les montants contestés sont ceux qui ressortent de ses propres bilans, lesquels ont régulièrement été vérifiés et approuvés par l'organe de révision. On ajoutera qu'a priori, le défendeur n'avait rien à voir avec la comptabilité de la caisse de pension et qu'on ne saurait dès lors lui reprocher la valeur à laquelle figuraient les biens en question. Enfin, la surévaluation alléguée paraît pour le moins douteuse dans la mesure où la valeur indiquée au bilan de A\_\_\_\_\_ pour les immeubles de Grange-Canal (CHF 8'916'710.-) correspond à celle d'acquisition (CHF 8'550'000.-), majorée de CHF 360'000.- de frais d'acquisition. Or, la valeur d'acquisition des immeubles est l'une de celles pouvant être inscrites au bilan, conformément aux règles comptables généralement reconnues. Quant au prix de revient théorique fixé par l'OCL, il a

A/3229/2007 - 29/36 - comme seul et unique but de déterminer si les immeubles en question peuvent obtenir les subventions de l'Etat, en aucun cas de fixer la valeur qui devra ensuite être automatiquement reprise dans les comptes de la société propriétaire. La demanderesse ne saurait donc en tirer argument. Par ailleurs, s'agissant du fait que, selon l'expertise de Monsieur AI\_\_\_\_\_, la valeur vénale des immeubles sis à Grange-Canal soit de CHF 6'750'000.- (soit CHF 2'166'710.- de moins que la valeur indiquée au bilan), il y a lieu de rappeler que c'est précisément la raison pour laquelle A\_\_\_\_\_ a constitué en 1997 une provision de CHF 2 mios. Quant aux immeubles de la société immobilière VIGNIER, les explications du défendeur apparaissent tout aussi convaincantes : la participation figurait dans les comptes de A\_\_\_\_\_ pour les exercices 1992 à 1997 pour une valeur de CHF 3'284'533.65 (pces 10 et 11 dem.) ; cette évaluation est le fruit de la méthode de valorisation par capitalisation de l'état locatif - utilisée par l'administration fiscale afin d'évaluer les sociétés immobilières - (rendement des immeubles + intérêts hypothécaires + intérêts sur créances actionnaires + amortissements + travaux ; le rendement est capitalisé à un taux approprié [6 % pour la méthode absolue, 4% pour la méthode relative] ; en l'occurrence Monsieur AI\_\_\_\_\_ a pris en considération un taux moyen de 5,25% ; l'impôt latent qui devrait être acquitté en cas de vente de la participation et les charges [hypothèques, compte-courant actionnaires] sont ensuite déduits du rendement des immeubles capitalisés). C'est d'ailleurs le bureau U\_\_\_\_\_ qui a opéré ce calcul, selon la méthode relative et la méthode absolue, et qui a retenu une moyenne. Au demeurant, les valeurs d'assurance-incendie des immeubles détenus par la SI s'élèvent à un total de CHF

5'355'911.- (pce 137 déf.). Dans ces circonstances, on ne saurait tenir pour établi que les biens immobiliers figurant au bilan de A\_\_\_\_\_ auraient été surévalués et que, par voie de conséquence, le T\_\_\_\_\_ aurait été induit en erreur. Qui plus est, on relèvera une fois encore que les comptes ont été approuvés chaque année par l'organe de révision, qui, ce faisant, a validé la valeur des immeubles. Il en découle que jamais la créance de la demanderesse envers D\_\_\_\_\_ n'a dépassé les fonds disponibles (cf. ch. 4 de la partie « en fait » du présent arrêt). Eu égard à ce qui précède, on ne saurait reprocher au défendeur une violation de l'art. 65 al. 1 LPP. bb) La demanderesse reproche ensuite au défendeur d'avoir violé l'art. 71 al. 1 LPP faisant obligation aux institutions de prévoyance d'administrer leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités, plus particulièrement l'art. 50 aOPP2, selon lequel, lors du placement de leur fortune, elles doivent veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance.

A/3229/2007 - 30/36 - A cet égard, l'art. 53 aOPP2 énumère les placements autorisés, au nombre desquels, notamment, les maisons d'habitation ou à usage commercial - y compris des immeubles en propriété par étage et des constructions en droit de superficie - et les terrains à bâtir (let. c). L'art. 54 let. c aOPP2 précise cependant que ce type de placement, situé en Suisse, est limité à 50% de la fortune de la caisse. Enfin, l'art. 57 aOPP2, applicable en cas de placements chez l'employeur - comportant par essences des risques supplémentaires - énonce que, dans la mesure où elle est liée à la couverture des prestations de libre passage et à celle des rentes en cours, la fortune ne peut être placée sans garantie chez l'employeur. En l'espèce, la demanderesse allègue que les avoirs de A\_\_\_\_\_ ont été placés de manière prépondérante, sur instigation du défendeur, dans des projets immobiliers réalisés par D\_\_\_\_\_ en 1994 et 1996, à tel point que ces placements ont dépassé la limite fixée par l'art. 54 let. c OPP2. Le défendeur conteste quant à lui avoir procédé à des placements de fortune au mépris des dispositions légales et du principe de sécurité qu'elles consacrent. En l'occurrence, il est vrai qu'avec l'acquisition des immeubles de la route de Q\_\_\_\_\_, le pourcentage des placements de A\_\_\_\_\_ chez l'employeur a dépassé la limite légale, puisqu'il a atteint 56,76%. Cependant, les possibilités de placement selon les art. 53 à 56 OPP, 56a al. 1 et 5 et 57 al. 2 peuvent, en vertu de l'art. 59 aOPP2, être étendues, pour autant que l'application de l'art. 50 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel, c'est-à-dire à la condition que le but de prévoyance ne soit pas mis en péril. En l'espèce, force est de constater que l'autorité de surveillance a été informée du dépassement de la limite des 50% et qu'elle l'a autorisé en connaissance de cause (pces 38, 88, 89 et 90 déf.). Quant à la sécurité du placement, elle ne pouvait être mise en doute au vu de l'expertise de Monsieur AI\_\_\_\_\_ (pces 107 à 112 déf.), lequel a estimé la valeur vénale des immeubles, deux ans plus tard, durant l'été 1998, à CHF 12'200'000.- pour ceux de P\_\_\_\_\_ et à CHF 5'565'000.- pour ceux de Q\_\_\_\_\_, étant rappelé que le marché immobilier sortait d'une crise sans précédent et que leur valeur n'aurait pu qu'augmenter par la suite. Monsieur AI\_\_\_\_\_ a d'ailleurs confirmé qu'il avait lui-même recommandé à la caisse de pension de la ville de Carouge d'investir dans les immeubles de Q\_\_\_\_\_, dont il considérait qu'ils constituaient de bons investissements (cf. audition de M. AI\_\_\_\_\_). L'actuaire G\_\_\_\_\_ SA avait du reste déconseillé toute précipitation (pce 68 pt 3 déf.). Il convient par ailleurs de rappeler que A\_\_\_\_\_, par ses investissements immobiliers, poursuivait également l'objectif de donner du travail à D\_\_\_\_\_, à une époque difficile pour le marché de la construction. Cet objectif n'était pas contradictoire avec la défense des intérêts propres de la fondation de prévoyance, puisqu'il était également vital pour elle que ses affiliés continuent

de cotiser.

A/3229/2007 - 31/36 - Qui plus est, il est vrai que les rendements sur obligations étaient extrêmement bas durant ces années. Le taux technique minimum de 4% devait être atteint. Or, il n'y avait presque plus d'obligations servant 4% d'intérêts sur le marché (pce 37 pt 2 déf.). Dans ce contexte, l'investissement immobilier était une solution d'autant plus intéressante que les intérêts hypothécaires étaient en baisse (pce 85 déf.). A\_\_\_\_\_ avait au surplus renoncé à des investissements trop importants en actions par mesure de prudence. Dans ces circonstances, on ne saurait soutenir que les placements dans l'immobilier violaient le principe de sécurité, d'autant que leur principe avait été soumis au T\_\_\_\_\_ et approuvé par lui. Qui plus est, et contrairement à ce que soutient la demanderesse, les investissements litigieux ont été faits sur la base de dossiers présentés au conseil de fondation par les sociétés E\_\_\_\_\_ et AT\_\_\_\_\_ (cf. audition de M. AB\_\_\_\_\_, audition de M. AO\_\_\_\_\_, pce 38 déf. et pces 79-82 déf.). Le conseil de fondation s'est donc décidé, à l'unanimité, en toute connaissance de cause. A cet égard, les allégations selon lesquelles le défendeur aurait usé de son ascendant sur les autres membres du conseil pour influencer ceux-ci n'a pas été confirmé lors des enquêtes (cf. notamment auditions de M. V\_\_\_\_\_ et de Mme AG\_\_\_\_\_. Eu égard à l'ensemble de ces circonstances, on ne saurait conclure que les placements opérés par le conseil de fondation violaient le principe général de sécurité de l'art. 71 aOPP2. cc) Enfin, la demanderesse reproche au défendeur d'avoir violé son devoir de diligence et de fidélité envers elle. Selon elle, il était seul à disposer d'une vision complète de la situation financière de D\_\_\_\_\_ et de A\_\_\_\_\_ et n'aurait pas su faire abstraction des intérêts de D\_\_\_\_\_. En particulier, la demanderesse soutient que le défendeur, en tant que membre d'un organe responsable, aurait dû prendre des mesures coercitives envers D\_\_\_\_\_ pour obliger celle-ci à rembourser sa dette au lieu de laisser celle-ci augmenter au fil des ans. La demanderesse, invoquant une nouvelle fois les art. 71 aLPP et 50 aOPP2 soutient que le prêt à D\_\_\_\_\_ ne pouvait être permis qu'à trois conditions : que le débiteur soit de qualité irréprochable, que le placement sans garantie ne dépasse pas 20% au plus de la fortune de l'institution de prévoyance et qu'il soit rémunéré d'un intérêt conforme à celui du marché (art. 57 aOPP2). Or, selon elle, D\_\_\_\_\_ ne revêtait en aucune manière la qualité de débiteur de qualité irréprochable, puisqu'un manque chronique de liquidités l'empêchait de payer ses cotisations. Le défendeur allègue quant à lui que, tout comme les placements immobiliers, le prêt accordé à D\_\_\_\_\_ était conforme aux intérêts de A\_\_\_\_\_. Il rappelle que la survie de celle-ci et sa non-liquidation étaient liées à celles de D\_\_\_\_\_ et des autres sociétés du groupe et que la situation financière de D\_\_\_\_\_ ne pouvait être considérée comme alarmante - à tout le moins pas avant 1998 -, vu les perspectives d'assainissement proposées par I\_\_\_\_\_, suite à son analyse de la situation

A/3229/2007 - 32/36 - financière du groupe. Il en tire la conclusion que le prêt accordé par A\_\_\_\_\_ à D\_\_\_\_\_ n'était donc pas risqué, d'autant moins qu'il prenait le pas sur tout le passif, puisqu'il était privilégié. En premier lieu, on relèvera une fois encore, comme le juge civil et le juge pénal précédemment, que le défendeur a pris de nombreuses mesures pour redresser la situation : tout au long de la période litigieuse, D\_\_\_\_\_ a pris l'engagement de verser hebdomadairement la somme de CHF 10'000.- au titre de remboursement du prêt accordé, entre 1994 et 1995, elle a pris des mesures de restructuration qui ont impliqué la suppression d'une centaine de postes de travail, diminuant ainsi le nombre d'affiliés, la fortune de l'ancien fonds patronal (fonds de prévoyance en faveur du personnel D\_\_\_\_\_

SA), d'un montant de CHF 688'866.-, a contribué à réduire la dette de D\_\_\_\_\_ (pce 22 pt 2.1 dem., pce 42 pt 2.1 déf. et pce 43 pt 4 déf.), I\_\_\_\_\_ a été mandaté pour établir un diagnostic organisationnel et fonctionnel de l'ensemble du groupe quelques jours après que le défendeur a pris connaissance de la note de Monsieur H\_\_\_\_\_, un rapprochement avec K\_\_\_\_\_ a été opéré, conformément à ce que préconisait I\_\_\_\_\_ (assainissement par un regroupement des activités du groupe avec K\_\_\_\_\_), une lettre d'intention a été signée en ce sens et ce n'est qu'en mars 1998 que K\_\_\_\_\_ a subitement changé d'avis, ensuite de quoi D\_\_\_\_\_ a immédiatement réagi en déposant une requête en sursis concordataire. Or, dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral ne considère pas un prêt comme risqué si l'entreprise fondatrice prouve de manière concrète qu'elle peut améliorer sa situation financière dans le futur et qu'elle sera en mesure de rembourser le prêt, ce qu'a fait D\_\_\_\_\_. En second lieu, comme déjà relevé supra, le montant du prêt consenti par A\_\_\_\_\_ est toujours resté inférieur aux fonds propres disponibles de la caisse. A cet égard, le 14 juin 1995, Monsieur AP\_\_\_\_\_, du bureau de révision U\_\_\_\_\_, avait d'ailleurs relevé que la part des cotisations non payées ne représentait que 5% de la fortune de la caisse (pce 34 déf.). En troisième lieu, D\_\_\_\_\_ n'a jamais cessé ses paiements jusqu'à sa mise en liquidation et le T\_\_\_\_\_ a été tenu en permanence au courant de la situation. Ainsi, le 14 juillet 1995, Monsieur R\_\_\_\_\_ a constaté que si l'arriéré au 31 décembre 1994 représentait huit mois de cotisations, les contributions étaient régulièrement versées depuis le début de l'année 1995 (pce 12 dem.). Lors de la séance du conseil de fondation du 12 mars 1997, il a été relevé que les paiements d'acomptes hebdomadaires de CHF 10'000.- de D\_\_\_\_\_ étaient respectés et que la rentabilité de la caisse était toujours supérieure au taux technique de 4% (5,24% ; pce 40 déf.). Il en allait toujours de même en mai 1997 (pce 41 déf.). Lorsqu'en novembre 1997, la créance de A\_\_\_\_\_ à l'égard de D\_\_\_\_\_ a dépassé le montant maximal fixé par le T\_\_\_\_\_, il a été décidé de la réduire par la liquidation du fonds patronal, ce qui a été fait (cf. supra et pce 42 déf.). On ajoutera qu'ainsi que l'a déjà relevé le juge civil, les liquidateurs de A\_\_\_\_\_ eux-mêmes étaient convaincus que la créance à l'égard de D\_\_\_\_\_ serait couverte

A/3229/2007 - 33/36 - puisqu'ils n'ont jugé utile ni de représenter la caisse de pension à l'audience d'homologation du concordat, ni de solliciter des garanties. D'ailleurs, lors de la séance du 12 mars 1998, Monsieur J\_\_\_\_\_ avait indiqué au conseil d'administration du groupe E\_\_\_\_\_ que le dividende en cas de sursis concordataire pouvait être estimé à 15-20%, alors qu'en cas de faillite, il se situerait entre 0-5%, sur un total de créances d'environ CHF 70 millions. Il avait également souligné que le coût social serait amoindri par la procédure de sursis concordataire, notamment par la reprise de certains chantiers et le maintien de certains contrats de travail. A l'instar des juges civils et pénaux, la Cour de céans considère que le défendeur était légitimé à penser que la société D\_\_\_\_\_ pourrait se sortir des difficultés financières qui étaient les siennes au vu, en particulier, de l'accord signé avec le groupe K\_\_\_\_\_. Au demeurant, même en admettant que tel ne fût pas le cas, la caisse, en sa qualité de créancier privilégié, aurait en toute logique dû récupérer l'intégralité de sa créance. On rappellera une fois encore que le T\_\_\_\_\_, régulièrement informé, a jugé que les conditions légales étaient respectées, ajoutant même que la question du recours au fonds de garantie se serait posée de la même manière si D\_\_\_\_\_ avait réglé la totalité de sa créance (pce 71B déf.). Monsieur R\_\_\_\_\_ a expressément admis que la créance due par l'entreprise était restée dans les limites fixées par l'art. 57 aOPP2 (pce 115 déf.). Il a par ailleurs confirmé à la Cour correctionnelle sans jury que l'équilibre de la caisse n'était pas menacé et que l'arriéré de cotisations avait été toléré. Force est d'en

conclure que le prêt de A\_\_\_\_\_ à D\_\_\_\_\_ respectait les dispositions légales et réglementaires applicables, d'autant que cela a été confirmé à réitérées reprises par le directeur du T\_\_\_\_\_ lui-même. D'ailleurs, la Cour correctionnelle a retenu que le défendeur n'avait pas violé les devoirs de diligence et de loyauté qui lui incombait dans le cadre de sa fonction au sein du conseil de la fondation et que le prêt accordé ne pouvait être qualifié de « particulièrement hasardeux ». Bien que la notion de prêt risqué ne soit pas identique à celle de prêt particulièrement hasardeux, elle s'en rapproche en ce sens que ce sont les risques que comporte le prêt qui sont pris en compte. Or, la Cour a analysé de manière détaillée la situation financière de D\_\_\_\_\_ et est parvenue à la conclusion que cette situation ne justifiait pas une dénonciation immédiate du prêt. Elle a également établi qu'on ne pouvait reprocher au défendeur de savoir ou d'avoir dû savoir que la créance envers D\_\_\_\_\_ n'était pas garantie. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher au défendeur, au vu des mesures d'assainissement en cours, des perspectives de redressement prometteuses et du privilège accordé à la créance, de n'avoir pas sollicité des garanties supplémentaires. Certes, les montants en jeu étaient importants mais il convient de les relativiser au vu de l'importance de la société employeur, de son chiffre d'affaires (quelques CHF 180 millions/an) et du nombre d'employés (plusieurs centaines) qu'elle occupait. Il a été établi par plusieurs juridictions, ainsi que par l'autorité de surveillance elle-même, qu'avant la requête de sursis concordataire,

A/3229/2007 - 34/36 - A\_\_\_\_\_ n'avait pas de raison de penser que sa créance pourrait ne pas être intégralement remboursée ; même une fois le sursis prononcé, sa créance a été colloquée en première classe et, de l'avis même des commissaires au sursis, était assurée d'être couverte. Le risque n'était donc pas effectif, pas même aux yeux des commissaires ou de l'autorité de surveillance. Il paraît dès lors injustifié de reprocher à présent, a posteriori, au défendeur de n'avoir pas sollicité de garantie supplémentaire, alors même que les liquidateurs de la demanderesse n'ont pas jugé utile de le faire. Enfin, il y a lieu de se référer à la jurisprudence de notre Haute Cour, qui admet, dans des circonstances particulières et à certaines conditions, un prêt sans garanties supplémentaires à l'entreprise fondatrice lorsque cela permet de sauver des emplois (arrêt 9C\_997/2009 consid. 7.1). Les conditions énoncées par la jurisprudence sont les suivantes : a) se baser sur l'avis d'un expert indépendant qui reconnaît à l'entreprise employeur des chances de survie réalistes, b) une pesée des intérêts en la sauvegarde des places de travail et la garantie de la prévoyance professionnelle, c) l'information de l'institution de prévoyance, d) la couverture du prêt par les fonds libres de l'institution de prévoyance, e) le respect du principe de la proportionnalité et enfin, f) l'information de l'organe de surveillance. Force est de constater que ces conditions sont remplies en l'espèce, puisqu'un diagnostic a été demandé à I\_\_\_\_\_, qui a conclu qu'avec des mesures d'assainissement, D\_\_\_\_\_ pouvait éviter l'avis au juge et redresser sa situation financière, qu'il s'agissait de sauver plus de 400 places de travail à une époque d'instabilité économique et qu'au surplus, A\_\_\_\_\_ avait un intérêt certain à ce que D\_\_\_\_\_ ne tombe pas en faillite, que le conseil de fondation a été tenu au courant de la situation, tout au long de la période litigieuse, que le prêt a toujours été couvert par les fonds libres de A\_\_\_\_\_, qu'il ne représentait pas plus de 8% de la fortune de la caisse - dont la rentabilité a toujours été supérieure au taux technique de 4% - et qu'enfin, le T\_\_\_\_\_ a été régulièrement tenu informé. Il ressort des considérations qui précèdent qu'aucun acte illicite ne peut être imputé au défendeur. Pour ce seul motif déjà, la demanderesse doit être déboutée, les conditions posées au dédommagement étant cumulatives. b) Même si la question peut rester ouverte, on peut cependant ajouter qu'en

tout état de cause, la condition relative à l'existence d'une relation de causalité entre le dommage subi et le comportement du défendeur devrait sans doute également être niée, au vu des explications fournies par les différents intervenants, notamment par le T\_\_\_\_\_ - dont on ne saurait guère mettre en doute l'autorité en la matière - qui attribue l'incapacité de la caisse à faire face à ses engagements aux seuls faits que le processus d'assainissement du coût de l'invalidité a été stoppé et à l'explosion du nombre des cas d'invalidité qui a suivi la fermeture de l'entreprise (cf. également audition de M. R\_\_\_\_\_ et de M. W\_\_\_\_\_), étant précisé que cette explosion n'était pas prévisible puisqu'en 1994, l'expert actuair subodorait que la majoration du nombre de cas n'était que temporaire, les statistiques 1980 faisant apparaître une

A/3229/2007 - 35/36 - nette diminution des probabilités de devenir invalide (pce 78 déf. et audition de M. R\_\_\_\_\_). Ses conclusions sont d'ailleurs partagées par Me O\_\_\_\_\_, liquidateur de la A\_\_\_\_\_, puisqu'en octobre 1998, celui-ci a expressément mis en cause la responsabilité de la fiduciaire U\_\_\_\_\_, à laquelle il a reproché une réserve mathématique insuffisante, fin 1997 (pce 71 déf.).

### **E. 10**

Eu égard aux considérations qui précèdent, la demande est rejetée. Le défendeur, qui obtient gain de cause, se verra accorder une indemnité, limitée à CHF 10'000.-, conformément à l'art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03).

A/3229/2007 - 36/36 -

**PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant Au fond :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.