

GE_GERICHTE ATAS/311/2016 vom 21. April 2016

GE Cour de justice, 2016-04-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_311_2016

FR: GE_GERICHTE ATAS/311/2016 du 21 avril 2016

IT: GE_GERICHTE ATAS/311/2016 del 21 aprile 2016

Regeste

Résumé: Il y a lieu d'appliquer par analogie l'art. 759 al. 1 CO aux actions en responsabilité fondées sur l'art. 52 LPP. En présence d'une faute légère, les dommages-intérêts peuvent ainsi être réduits en tenant compte de la gêne à laquelle le responsable serait exposé, en application de l'art. 44 al. 2 CO (en l'occurrence réduction de la quotité du dommage de 50%, correspondant à environ 50% du salaire annuel du responsable).

Erwägungen

E. 1

La recevabilité de la demande en responsabilité du 1er juin 2012 et la compétence de la chambre de céans ont déjà été admises par arrêts des 21 novembre 2012 et 25 septembre 2013 (ATAS/1399/2012 ; ATAS/944/2013). Il n'y a pas lieu d'y revenir.

E. 2

Préalablement, il sied de se prononcer sur la recevabilité des conclusions récursoires prises par les défendeurs C_____, E_____, G_____, D_____ et F_____ à l'encontre de I_____ et H_____, ainsi que la comptable. Selon la jurisprudence, l'action récursoire suppose que plusieurs conditions soient réunies. Il faut que le demandeur soit responsable, qu'il ait dédommagé la victime, que les personnes qu'il recherche encourent elles-mêmes une responsabilité à l'égard du lésé et, enfin, que le demandeur dispose d'un droit de recours en vertu des règles sur les rapports internes (ATF 132 III 523 consid. 4.2 p. 527). L'art. 759 al. 3 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), relative à la responsabilité des administrateurs d'une société anonyme, prescrit que le juge règle le recours entre plusieurs responsables en tenant compte de toutes les circonstances. Les conditions d'exercice de l'action récursoire sont déterminées par la procédure civile, soit par le code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272), entré en vigueur le 1er janvier 2011, et auparavant par la procédure cantonale. Ces règles de procédure déterminent en particulier si l'action récursoire peut être formée dans le cadre de l'action principale, avant même du paiement (Bernard CORBOZ, in Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, n. 30 ad art. 759, arrêt du Tribunal fédéral 4A_431/2009 du 18 novembre 2009 consid. 2.5). L'applicabilité de l'art. 759 CO par analogie aux procédures en responsabilité selon l'art. 52 LPP, sera examinée dans ce qui suit. En tout état de cause, indépendamment de la question de savoir si l'art. 759 al. 3 CO est applicable par analogie et si le droit de procédure, en l'occurrence le droit de procédure administrative ou éventuellement le CPC par analogie, permet de faire valoir des prétentions récursoires dans la procédure principale dirigées contre les administrateurs ou les membres de fondation solidairement responsables, il convient de constater que les défendeurs C_____, E_____, G_____, D_____ et F_____ n'avaient pas pris des conclusions récursoires dans le cadre de la procédure qui a abouti à l'arrêt de la chambre de

céans du 25 septembre 2013 et

A/1705/2012 - 10/24 - s'étaient contentés de contester uniquement leur responsabilité. Or, l'objet du litige est en l'occurrence déterminé par cet arrêt. Partant, la question des actions récursoires n'en fait pas partie, raison pour laquelle les conclusions y relatives sont irrecevables.

E. 3

a. Les arrêts du Tribunal fédéral acquièrent force de chose jugée le jour où ils sont prononcés (art. 61 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005; RS 173.110 - LTF). Ils sont revêtus de l'autorité de chose jugée, ce qui signifie que le jugement lie les parties à la procédure ainsi que les autorités qui y ont pris part. En principe, seul le dispositif du jugement est revêtu de l'autorité de chose jugée. Toutefois, lorsque le dispositif se réfère expressément aux considérants, ceux-ci acquièrent eux-mêmes la force matérielle (ATF 112 Ia 353 consid. 3c/bb p. 354 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_741/2010 du 12 mai 2011 consid. 2.1). D'après un principe applicable dans la procédure administrative en général, lorsqu'une autorité de recours statue par une décision de renvoi, l'autorité à laquelle la cause est renvoyée, de même que celle qui a rendu la décision sur recours sont tenues de se conformer aux instructions du jugement de renvoi. Ainsi, l'autorité inférieure doit fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit du jugement de renvoi. L'autorité inférieure voit donc sa latitude de jugement limitée par les motifs du jugement de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a été déjà définitivement tranché par l'autorité de recours, laquelle ne saurait, de son côté, revenir sur sa décision à l'occasion d'un recours subséquent (arrêt du Tribunal fédéral 9C_350/2011 du 3 janvier 2012, consid. 4.1). La règle doit toutefois s'apprécier à la lumière du principe selon lequel le Tribunal fédéral n'examine que les griefs dûment formulés devant lui. L'autorité précédente ne viole donc pas l'autorité de l'arrêt du Tribunal fédéral si elle fonde sa nouvelle décision sur un motif différent et non examiné dans son jugement précédent et au sujet duquel le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de s'exprimer (ATF 112 Ia 353 consid. 3c/bb; Jean-Maurice FRÉSARD in Commentaire de la LTF, 2ème éd. 2014, ad art. 61 LTF, n. 16). b. En l'occurrence, dans son arrêt du 25 septembre 2013, la chambre de céans avait rejeté la demande du 1er juin 2012 en tant qu'elle était dirigée contre sept défendeurs, considérant en substance qu'aucune faute ne leur était imputable (ATAS 944/2013 du 25 septembre 2013, consid. 8c). Le Tribunal fédéral a toutefois estimé qu'ils avaient commis une négligence de sorte que leur responsabilité devait être admise dans son principe. Comme la chambre de céans n'avait pas établi les montants du dommage à charge de chacun, il lui a renvoyé la cause afin qu'elle fixe les quotités individuelles et statue à nouveau. Partant, le litige porte sur les quotités individuelles du dommage dont doivent répondre les défendeurs à l'égard de la demanderesse, à l'exception des défendeurs A_____. Cependant, notre Haute Cour ne s'est pas prononcée sur les éventuels facteurs d'atténuation de la responsabilité, qui avaient été invoqués déjà avant que celle-ci

A/1705/2012 - 11/24 - soit saisie de la cause. Il n'a pas non plus qualifié la gravité de la négligence commise par sept défendeurs dont le montant du dommage à leur charge doit encore être déterminé. Partant, ces questions font également l'objet du litige.

E. 4

Dans leurs écritures du 26 mars 2015, les défendeurs C_____, E_____, G_____, D_____ et F_____ invoquent des faits nouveaux visant à démontrer qu'ils n'ont commis

aucune faute. Il résulte cependant des considérants de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral que le litige n'a plus pour objet le principe de la responsabilité des défendeurs, la juridiction suprême s'étant déjà prononcée définitivement sur ce point. Ainsi, les faits nouveaux allégués devraient le cas échéant être invoqués dans le cadre d'une procédure de révision de l'arrêt de notre Haute Cour. Ces faits pourront en revanche être pris en considération dans le cadre de l'examen des éventuels facteurs d'atténuation de la faute.

E. 5

Afin de délimiter l'étendue temporelle de la responsabilité, il y a lieu de se référer, en matière de responsabilité au sens de l'art. 52 LPP, aux règles tirées de la jurisprudence rendue dans le cadre de l'art. 52 LAVS (ATF 128 V 124 consid. 4b ; Mélanie FRETZ, La responsabilité selon l'art. 52 LAVS: une comparaison avec les art. 78 LPG et 52 LPP, in HAVE/REAS 2009, n° 3, p. 244). En vertu de cette jurisprudence, la responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration et non pas jusqu'à la date où son nom est radié du registre du commerce. Cette règle vaut pour tous les cas où les démissionnaires n'exercent plus d'influence sur la marche des affaires et ne reçoivent plus de rémunération pour leur mandat d'administrateur (ATF 126 V 61). En d'autres termes un administrateur ne peut être tenu pour responsable que du dommage résultant du non-paiement de cotisations qui sont venues à échéance et auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté effectivement ces fonctions, soit pendant la durée où il a exercé une influence sur la marche des affaires (arrêt du TFA du 6 février 2003, H 263/02). Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui ne déploient leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration.

E. 6

a. En l'espèce, les défendeurs ont siégé au conseil de fondation durant les périodes suivantes, selon l'extrait informatisé du registre du commerce : - J_____ : du 1er avril 1996 au 12 janvier 2007 ; - E_____ : du 30 septembre 2005 au 12 janvier 2007 ; - G_____ : du 12 janvier 2007 au 19 novembre 2008 ; - F_____ : du 12 janvier 2007 au 19 novembre 2008 ; - D_____ : du 19 novembre 2008 au 26 mai 2011 ; - C_____ : du 19 novembre 2008 au 26 mai 2011 ; - B_____ : du 29 mai 2009 au 26 mai 2011.

A/1705/2012 - 12/24 - b. B_____ soutient que son mandat s'est limité à la période du 29 mai 2009 au 27 août 2010, date de sa démission. Cette dernière date résulte effectivement de son courrier du même jour adressé à H_____. Il ne peut ainsi être tenu pour responsable du dommage intervenu au-delà de cette date, car il n'exerçait alors plus d'influence sur la gestion de la fondation. c. De son côté, J_____ souligne avoir quitté le conseil de fondation au 30 novembre 2006, date à laquelle les détournements ne s'élevaient qu'à CHF 85'500. Il en va de même pour E_____, selon le procès-verbal du conseil de fondation du 18 décembre 2006. Ils ne répondent dès lors que du dommage survenu jusqu'au 30 novembre 2006. d. On ne saurait davantage tenir le défendeur C_____ pour responsable du dommage survenu postérieurement au mois de juin 2010, eu égard à son licenciement et à l'élection de M. M_____ pour le remplacer au sein du conseil de fondation (cf. courrier de la commission du personnel du 24 juin 2010). e. S'agissant des autres défendeurs, ils ne mettent pas en exergue de divergence entre la période durant laquelle ils ont effectivement siégé au conseil de fondation et les données inscrites au registre du commerce, raison pour laquelle il y a lieu de se référer aux données y figurant pour délimiter la période de leur

responsabilité. f. Enfin, comme le fait remarquer la demanderesse, il convient de retrancher du dommage la somme qui lui a déjà été remboursée par la comptable, à savoir CHF 5'159.- selon les justificatifs fournis (art. 147 al. 1 CO). Cette somme sera déduite des montants dont répondent les défendeurs proportionnellement à l'ampleur de ceux-ci.

E. 7

Eu égard aux durées respectives des mandats des défendeurs, aux virements effectués au détriment de la demanderesse pendant ces périodes - lesquels s'élèvent à CHF 450'169.85 au total selon le dossier pénal - et à la somme remboursée par la comptable, les quotités du dommage dont répondent en principe les défendeurs se déterminent comme suit : - J_____ et E_____ sont responsables, conjointement et solidairement également avec I_____, du dommage subi par la demanderesse du 14 mars 2006 au 30 novembre 2006, soit CHF 84'520.- (CHF 85'500.- – CHF 980.- versés par la comptable), majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 23 juillet 2006 ; - G_____ et F_____ sont responsables, conjointement et solidairement avec I_____, du dommage subi par la demanderesse du 12 janvier 2007 au 18 novembre 2008, soit CHF 209'639.85 (CHF 212'069.85 – CHF 2'430.- versés par la comptable), majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 16 décembre 2007 ; - D_____ et C_____ sont responsables, conjointement et solidairement avec H_____, du dommage subi par la demanderesse du 19 novembre 2008 au 28 mai 2009, soit CHF 34'599.- (CHF 35'000.- – CHF 401.- versés par la

A/1705/2012 - 13/24 - comptable), majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 22 février 2009 ; - D_____, C_____ et B_____ sont responsables, conjointement et solidairement avec H_____, du dommage subi par la demanderesse du 29 mai 2009 au 30 juin 2010, soit CHF 74'733.- (CHF 75'600.- – CHF 867.- versés par la comptable), majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 14 décembre 2009 ; - D_____ et B_____ sont responsables, conjointement et solidairement avec H_____, du dommage subi par la demanderesse du 1er juillet 2010 au 27 août 2010, soit CHF 10'874.- (CHF 11'000.- – CHF 126.- versés par la comptable), majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 30 juillet 2010 ; - D_____ est responsable, conjointement et solidairement avec H_____, du dommage subi par la demanderesse du 28 août 2010 au 26 mai 2011, soit CHF 30'645.- (CHF 31'000.- – CHF 355.- versés par la comptable), majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 11 janvier 2011.

E. 8

Les défendeurs invoquent le principe de la solidarité différenciée et se prévalent de divers motifs d'atténuation de la responsabilité, notamment d'une faute légère et du fait qu'une condamnation les exposerait à la gêne. a. Aux termes de l'art. 759 al. 1 du Code des obligations (CO), si plusieurs personnes répondent d'un même dommage, chacune d'elles est solidairement responsable dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances. Cette disposition institue une solidarité différenciée, ce qui signifie que, dans les rapports externes, l'étendue de l'obligation de réparer est déterminée de manière individuelle (CORBOZ, op. cit., n. 14 ad art. 759 CO). Chaque coresponsable peut donc faire valoir des motifs personnels d'atténuation de la responsabilité, tels que la faute légère, la gêne, l'action de complaisance, la différence des situations économiques ou la faible rémunération (ATF 132 III 564, consid. 7). Cela permet d'appliquer les facteurs de réduction des art. 43 al. 1 et 44 CO (CORBOZ, op. cit., n. 17). Il ne faut toutefois pas confondre la solidarité différenciée, qui

concerne les rapports externes, avec la répartition interne, par le jeu des recours, du fardeau de la réparation entre les coresponsables. Ainsi, il ne s'agit pas, sur le plan externe, d'attribuer 10% du dommage à un coresponsable, 30% à un autre et 60% à un troisième, de manière à parvenir à un total de 100%. Une telle répartition du dommage en fonction des fautes commises n'intervient qu'au stade des rapports internes entre les coresponsables (Bernard CORBOZ, *ibidem*). b. À ce jour, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la solidarité différenciée au sens de l'art. 759 al. 1 CO devait aussi valoir en lien avec l'obligation de réparer le dommage en matière de prévoyance professionnelle (ATF 141 V 51 consid. 9.2 p. 70; 128 V 124 consid. 4 p. 133).

A/1705/2012 - 14/24 - Selon notre Haute Cour, le devoir de diligence ne se détermine cependant pas selon les connaissances particulières, mais selon des critères objectifs. Ce faisant, elle s'est fondée sur le fait que, lors de la révision de la LPP, une proposition de la minorité de la Commission du Conseil national qui voulait insérer à l'art. 52 LPP que "la diligence exigée se détermine en fonction des connaissances", a été rejetée par le Conseil national. Ainsi, l'appréciation objective de la responsabilité correspondait à la volonté claire du législateur. Le Tribunal fédéral a aussi précisé que la responsabilité du conseil de fondation ne pouvait être subordonnée à un délai de carence. Sa responsabilité, immédiatement engagée au moment de la constitution du statut d'organe, exigeait en effet que ses membres se fissent avant leur entrée en fonction une image suffisamment complète de l'institution. Les principaux domaines tels que l'organisation et la gestion des risques devaient être étudiés avant l'acceptation du mandat. Cela ne signifiait pas que le conseil de fondation fût, dès son entrée en fonction, tenu de mener des investigations sans raison légitime, mais il devait cependant jouer un rôle actif dès le départ. (ATF 141 V 51 consid. 6.1 p. 59 s.). Néanmoins, l'application de la solidarité différenciée n'a pas été exclue pour autant par le Tribunal fédéral. Par ailleurs, deux ans plus tôt, il a encore admis qu'il fallait tenir compte de la nature particulière du mandat exercée par les membres d'un conseil de fondation, ainsi que des impératifs liés à la gestion paritaire instaurée par l'art. 51 LPP, de sorte qu'il fallait apprécier, dans chaque situation, les circonstances qui entouraient 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 la complexité particulière des décisions à prendre (ATF 138 V 235 consid. 4.2.1 p. 239). Enfin, selon la jurisprudence, une limitation de la responsabilité fondée sur la faute concurrente d'un tiers ne doit être admise qu'avec la plus grande retenue, si l'on veut éviter que la protection du lésé que vise, d'après sa nature, la responsabilité solidaire de plusieurs débiteurs, ne fût rendue en grande partie illusoire. L'octroi d'un droit de recours dans le rapport interne entre les débiteurs tient déjà compte suffisamment de la protection légitime du débiteur actionné (ATF 93 II 323 consid. 2e bb et les arrêts cités). L'éventualité théorique évoquée par le Tribunal fédéral ne peut donc viser qu'une situation tout à fait exceptionnelle ; il en irait ainsi dans l'hypothèse où la faute de l'auteur recherché apparaîtrait si peu grave et dans une telle disproportion avec celle du tiers qu'il serait manifestement injuste et choquant de faire supporter au défendeur l'entier du dommage en appliquant à la lettre les rigueurs propres à la solidarité. La faute du tiers ou de la personne lésée doit être si lourde et si déraisonnable qu'elle relègue le manquement à l'arrière-plan, au point qu'il n'apparaisse plus comme la cause adéquate du dommage (cf. ATF 127 III 453 consid. 5d ; 127 III 257 consid. 6b ; 112 II 138 consid. 4a). c. Quant à la doctrine, Rita TRIGO TRINDADE (*Institutions de prévoyance: devoirs et responsabilité civile*, 2006, p. 161 ss) et Mélanie FRETZ (*La*

A/1705/2012 - 15/24 - responsabilité selon l'art. 52 LAVS: une comparaison avec les art. 78 LPGA et 52 LPP, in REAS 2009 p. 245) admettent l'application de l'art 759 al. 1 CO dans le cadre de l'appréciation de la responsabilité des membres du conseil de fondation d'une institution de prévoyance professionnelle. Leur raisonnement est fondé sur le fait qu'il résulte des travaux préparatoires à l'art. 52 LPP que l'intention du législateur était d'admettre une appréciation subjective de la faute des membres des organes d'administration de ces institutions, contrairement à l'avis du Tribunal fédéral précité (cf. ATF 141 V 51 consid. 6.1 p. 60). Certes, les parlementaires n'ont pas adopté la proposition d'une minorité de la Commission du Conseil national qui voulait préciser à l'art. 52 LPP que "la diligence exigée se détermine en fonction des connaissances". Selon ces auteures, la raison en était toutefois non pas qu'ils y étaient opposés, mais qu'ils avaient jugé qu'un tel ajout était superflu (TRIGO TRINDADE, op. cit. p. 155 s. et réf. citées; FRETZ, op. cit., p. 243). TRIGO TRINDADE soutient dès lors: "Il convient donc de s'en tenir à une application "réaliste" de l'article 52 LPP, prenant en considération, dans chaque cas d'espèce, les circonstances qui entourent la participation du membre du conseil de fondation à la gestion de celle-ci, telles que sa 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. Une telle application évite de créer un déséquilibre trop important entre le caractère "bénévole" et obligatoire de la participation des employés au conseil de fondation et le poids de la diligence exigée. Elle évite également le décourager l'implication de leurs représentants dans la gestion de la fondation du fait d'un sentiment d'insécurité permanente pouvant conduire à une externalisation croissante des tâches dévolues au conseil." (TRIGO TRINDADE, op. cit.) Selon cette auteure, ce n'est toutefois qu'en présence d'une faute légère que les personnes chargées de l'administration et de la gestion d'une institution de prévoyance peuvent se réfugier derrière leur ignorance ou leur inexpérience pour se disculper. En présence d'une faute grave, définie par le Tribunal fédéral par "une violation grave des règles élémentaires qui devraient s'imposer à tout homme prudent dans la même situation", les connaissances subjectives du membre d'un conseil de fondation ne jouent qu'un rôle réduit (op. cit. p. 156 et références citées). L'application de l'art. 759 CO, du moins par analogie, est également préconisée par Ueli KIESER (in SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER, Commentaire LPP et LFLP. 2010, ad art. 52 n. 38), en se référant à Hans Michael RIEMER/Gabriela RIEMER- KAFKA (Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2006, p. 60), Jürg BRÜHWILER (Obligatorische berufliche Vorsorge, n. 41 et 62) et Hans Michael RIEMER (Vorsorgeeinrichtungen, RSAS 2005, p. 66). Selon ces auteurs, cette disposition est l'expression d'une règle générale pour personnes morales. d. Il résulte de ce qui précède que la majorité de la doctrine est favorable à l'application de l'art. 759 al. 1 CO aux organes de gestion d'une institution de

A/1705/2012 - 16/24 - prévoyance. En ce qui concerne TRIGO TRINDADE et FRETZ, leurs avis sont certes fondés sur une interprétation des travaux préparatoires diamétralement opposée à celle du Tribunal fédéral, dès lors qu'elles estiment qu'il ressort de ceux-ci que la volonté du législateur était de permettre une appréciation subjective de la faute, alors que, selon notre Haute Cour, le législateur a au contraire voulu une appréciation de la responsabilité selon des critères objectifs. Néanmoins, le Tribunal fédéral n'a pas considéré d'emblée qu'une telle interprétation de la responsabilité des organes de gestion d'une institution de prévoyance constituait un obstacle à l'admission d'une solidarité différenciée. Indépendamment de la question de l'interprétation de l'art. 52 LPP dans le sens d'une appréciation objective ou subjective de la faute, d'autres motifs plaident en faveur de

l'application de l'art. 759 CO, comme relevé ci-dessus. En effet, selon RIEMER, RIEMER-KAFKA et BRÜHWILER, l'art. 759 CO est l'expression d'une règle générale pour les personnes morales. Il ne serait au demeurant guère compréhensible que la responsabilité des personnes chargées de la gestion d'une institution de prévoyance s'apprécie plus sévèrement que celle des membres d'un conseil d'administration d'une société anonyme, alors même que la responsabilité est dans deux cas fondée essentiellement sur le droit privé, soit une violation contractuelle (ATF 133 V 488 consid. 4.4.3 p. 492 s.; KIESER, op. cit., ad art. 52 n. 32 s. p. 787 s.), d'une part, et qu'une gestion paritaire est prescrite par l'art. 51 LPP pour les institutions de prévoyance, d'autre part. La parité a pour but de renforcer la participation des salariés et de les protéger (Thomas GÄCHTER/Maya GECKELER HUNZIKER, in SCHNEIDER/GEISER/ GÄCHTER, op. cit. ad art. 51, n. 12 p. 751). Ainsi, la participation des employés à un conseil de fondation d'une institution de prévoyance ne résulte généralement pas d'un choix véritable, contrairement à la participation d'un administrateur à une société commerciale, mais d'une obligation légale. Alors même que cette participation a été conçue pour protéger les employés, elle risque d'entraîner pour l'employé qui se "sacrifie", en participant à un conseil de fondation, une responsabilité démesurée, compte tenu de ses compétences concrètes souvent insuffisantes, le lien de subordination et la faible rémunération, voire l'absence de rémunération. Au vu de ces considérations, il sied d'admettre que l'art. 759 al. 1 CO est applicable par analogie aux actions en responsabilité fondée sur l'art. 52 LPP.

E. 9

Selon l'art. 43 al. 1 CO, le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation d'après les circonstances et la gravité de la faute. L'art. 44 CO dispose que le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer ou à augmenter le dommage, ou ont aggravé la situation du débiteur (al. 1). Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts (al. 2).

A/1705/2012 - 17/24 - L'art. 44 al. 2 CO n'a été que rarement appliqué et la jurisprudence y relative est en majeure partie très ancienne. La ratio legis de cette disposition est d'éviter que le malheur du lésé entraîne encore un deuxième malheur, celui du responsable (Berner Kommentar, Roland BREHM, 2006, ad art. 44 n. 68). Selon CORBOZ, cet article exprime une conception du législateur aujourd'hui dépassée, compte tenu de l'importance prise par les assurances privées et sociales et du souci des tribunaux de protéger la victime (op. cit. ad art. 43 n. 30). L'évaluation de la gêne est une question d'appréciation du juge. Il n'est pas nécessaire que le responsable doive recourir à l'aide sociale. Il n'est cependant pas suffisant que le responsable se trouve provisoirement dans des difficultés financières du fait de la réparation du dommage. Il faut un danger d'une gêne effective (BREHM op. cit. ad art. 44 n. 71). La seule nécessité de réduire son train de vie ne constitue pas une gêne (ATF 59 II 461 p. 467). La gêne a été admise dans les cas suivants: - réduction d'environ 16%, en raison du fait que le lésé avait consenti au risque et de la gêne des responsables (l'ATF 45 II 310); - réduction de l'ordre de 60% des dommages-intérêts dus par un enfant de 13 ans et son père en raison de leur gêne (ATF 49 II 439) - réduction de 50%, compte tenu de la faute légère et de la gêne (ATF 52 II 45); - réduction de 75%, s'agissant d'un apprenti, au vu de sa faute légère, de ce qu'il avait agi par complaisance, de l'intérêt de son employeur pour la

conduite du vélo endommagé et de sa gêne (ATF 77 II 148); - réduction de 80% en raison de la faute légère et de la gêne d'un ouvrier, ainsi que compte tenu du fait que d'autres lésés pourraient également lui réclamer des dommages-intérêts (ATF 80 II 247); - réduction à deux mois de salaire, correspondant à 15% du dommage, en raison de la gêne et en l'absence d'indices que la réduction du dommage toucherait durement la lésée; La gêne a été niée dans les situations suivantes: - pour un étudiant sans fortune, dès lors qu'il faut tenir compte de sa capacité de gain après la fin des études et de ses attentes d'héritage en tant que fils de parents aisés (ATF 40 II 490); - dommages-intérêts de CHF 1'145.- dus par une société en 1943 (ATF 69 II 139); - dommages-intérêts de CHF 5'000.- dus par un le jardinier-chef de la Ville de Fribourg en 1953 (ATF 79 II 350); - s'agissant d'une personne de 20 ans qui réalise déjà un revenu et qui pourrait se retourner contre des co-responsables (ATF 90 II 9); - s'agissant de trois responsables solidaires qui avaient 18 ans au moment de leur condamnation, le préjudice de CHF 12'375.- mis à leur charge en 1974 représentant A/1705/2012 - 18/24 - un effort financier supportable compte tenu du salaire qu'ils gagneront une fois leur formation professionnelle achevée (ATF 100 II 332).

E. 10

En l'occurrence, seule une réduction des dommages-intérêts en application de l'art. 44 al. 2 CO entre en ligne de compte. En effet, l'art. 44 al. 1 CO suppose que la partie lésée ait consenti à la lésion ou que les faits dont elle est responsable aient contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils aient aggravé la situation du débiteur, conditions qui ne sont pas remplies in casu.

E. 11

Il n'y a pas de jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet de l'application de l'art. 759 al. 1 CO en rapport avec l'art. 44 al. 2 CO, soit la gêne d'un des responsables solidaires.

E. 12

En l'occurrence, en ce qui concerne l'appréciation de la faute de J_____, il sied de relever que, selon ses dires, elle a travaillé dans l'entreprise de 1973 à novembre 2006, date à laquelle elle a été licenciée. Depuis les années 80, elle était cheffe du personnel. Par ailleurs, elle a siégé au conseil d'administration de la société du 7 février 1997 jusqu'à son licenciement. D'avril 1996 à novembre 2006, elle a fait partie du conseil de fondation. Elle était en outre au courant que la comptable avait un accès direct à l'e-banking pour le compte de la fondation. Début 2006, elle a été informée par I_____ qu'il y avait éventuellement un problème avec la comptable, dès lors que ce dernier lui avait demandé si elle avait accordé à celle-ci une avance de salaire de l'ordre de CHF 10'000.-, ce qui n'était pas le cas. Parallèlement, il faut aussi tenir compte du rapport de subordination de cette défenderesse et de l'absence de rémunération pour le mandat en cause. Il n'en demeure pas moins que cette défenderesse était dans la société depuis très longtemps, plus de 30 ans, et y avait une position relativement élevée. Elle a également fait partie du conseil d'administration et ainsi pu acquérir dans ce cadre une certaine expérience dans la gestion d'une société. Au début des malversations, elle était avec I_____ le membre le plus ancien du conseil de fondation. De surcroît, elle savait qu'il y avait un risque particulier de malversations du fait que la comptable avait un accès direct à l'e-banking, et avait été mise au courant d'une éventuelle malversation début 2006. Certes, elle s'en était enquis, selon ses dires, par la suite auprès du chef d'entreprise de ce qu'il en était, et lui avait indiqué que cela justifierait le cas échéant un licenciement immédiat. Cependant, elle s'était contentée de réponses évasives,

n'ayant pas essayé de comprendre ce qui s'était réellement passé et de pousser ses investigations plus loin. Compte tenu de toutes ces circonstances, il convient de constater que sa négligence doit être qualifiée de relativement grave, dès lors qu'elle était tenue de s'assurer que I_____ remplissait son mandat de contrôleur de la comptable avec diligence, selon notre Haute Cour. De ce fait, un facteur d'atténuation de sa responsabilité dans les rapports externes doit être écarté. Partant, la question de la gêne à laquelle la réparation du dommage l'exposerait éventuellement, ne se pose plus. Au demeurant, ses allégations à ce sujet ne sont pas étayées.

A/1705/2012 - 19/24 - Cela étant, il n'y a pas lieu de diminuer les dommages-intérêts dus par cette défenderesse, de sorte qu'elle sera condamnée, conjointement et solidairement avec ses codébiteurs, au paiement de CHF 84'520.-.

E. 13

E_____, né le _____ 1959, était membre du conseil de fondation, en tant que représentant des employés de l'entreprise, du 30 septembre 2005 au novembre 2006. Il est de formation gainier. Il a obtenu le 31 août 1978 le certificat fédéral de capacité (CFC) après un apprentissage dans la société. Son revenu brut en 2013 était de CHF 88'268.-. De par sa formation, dans un métier manuel, il doit donc être admis au degré de la vraisemblance prépondérante qu'il n'a pas acquis des connaissances en comptabilité et en gestion d'une fondation ou d'une entreprise. Il se trouvait en outre assurément dans un rapport de subordination par rapport au président de la fondation de l'époque qui était également son employeur. Compte tenu de ces circonstances, sa faute, consistant à avoir omis de s'assurer que son patron, I_____, contrôle la comptable, doit être considérée comme une négligence légère. Sa faute étant légère, une réduction peut entrer en ligne de compte. Or, le paiement d'une somme de CHF 84'520.-, représentant presque un salaire annuel, le mettrait dans des difficultés financières. Cela étant, il convient de déterminer la quotité du dommage à sa charge à 50 % de celui-ci, soit à CHF 42'260.-, correspondant à environ la moitié de son salaire annuel.

E. 14

G_____ était membre du conseil de fondation en tant que représentante du personnel du 12 janvier 2007 au 18 novembre 2008. Elle est de formation tapissière-décoratrice. Son revenu imposable était en 2013 de CHF 46'751.- et elle ne dispose d'aucune fortune. Au vu de sa formation manuelle, il doit aussi être admis au degré de la vraisemblance prépondérante que cette défenderesse ne dispose d'aucune expérience en gestion de société. Elle était en outre dans un rapport de subordination par rapport au président de la fondation à l'époque, I_____. Sa faute doit dès lors aussi être qualifiée de négligence légère. Au vu de son revenu modeste, le remboursement de CHF 209'639.85 la mettrait assurément dans des difficultés financières, dès lors qu'elle devrait alors se contenter du minimum vital jusqu'à la fin de sa vie. De surcroît, elle sera à la retraite dans six ans. Compte tenu de ces circonstances, il y a lieu de réduire les dommages-intérêts à 10% du dommage à sa charge, soit à CHF 20'964.-, ce qui représente environ la moitié de son salaire annuel.

E. 15

F_____ a siégé au conseil de fondation en tant que représentante des employés au même temps que G_____. Elle est également tapissière de formation. Les circonstances du mandat au sein du conseil de fondation de F_____ étant tout à fait semblables à celles de G_____, les considérations concernant cette dernière

A/1705/2012 - 20/24 - valent également pour cette défenderesse, de sorte que seule une négligence légère peut être admise. Par ailleurs, en 2013, F_____ n'a déclaré qu'un revenu fiscal d'Euro 17'322.-, lequel a été déclaré non imposable par la Direction générale des finances publiques de la France. Le remboursement de la somme de CHF 209'639.85 ne la mettrait par conséquent non seulement dans la gêne, mais paraît impossible. Cela étant, il y a lieu de réduire les dommages-intérêts dus par cette défenderesse à environ 5% du dommage, soit à CHF 10'482.-, correspondant approximativement à 50% de son salaire converti en francs suisses.

E. 16

Quant à D_____, elle était membre du conseil de fondation du 19 novembre 2008 au 26 mai 2011, en tant que représentante des employés. Elle est de formation gainière. Etant née en 1983, elle n'avait que 25 ans lorsqu'elle est entrée au conseil de fondation en 2008. Son revenu brut en 2012 n'était de CHF 54'511.- et elle n'a pas de fortune, mais au contraire des dettes. Elle est par ailleurs mère d'un enfant, mais semble vivre avec le père de celui-ci, comme cela résulte de l'avis de taxation du 21 octobre 2013 (p. 2). Cela étant, à l'instar des dernières défenderesses, il y a aussi lieu de considérer que sa négligence est légère et qu'elle se trouverait dans la gêne si elle devait rembourser le dommage de CHF 150'851.- qui lui est imputable.-. Par conséquent, il convient de réduire les dommages-intérêts dus à 20 % du dommage, soit à CHF 30'170.- en chiffres ronds, correspondant à environ la moitié de son salaire annuel.

E. 17

C_____ était vice-président du conseil de fondation du 19 novembre 2008 au 24 juin 2010, en tant que représentant des employés. Il est, selon ses allégués non contestés, également gainier. Il ressort des documents produits qu'il est marié. En 2014, le revenu brut du défendeur, respectivement du couple, était de CHF 86'473.-. Il sied cependant de tenir compte de ce que son épouse pourrait exercer une activité lucrative pour contribuer aux frais du ménage. Comme pour les quatre défendeurs précédents, sa faute doit être qualifiée de négligence légère pour les mêmes motifs. Il se trouverait également dans la gêne s'il devait payer la somme de CHF 109'332.-. Les dommages-intérêts dus sont dès lors à réduire de 60%, soit à CHF 43'733.- en chiffres ronds, représentant la moitié de son salaire annuel.

E. 18

B_____, qui a siégé au conseil de fondation du 29 mai 2009 au 21 septembre 2010, soutient qu'il ne peut être tenu responsable des détournements intervenus jusqu'en septembre 2009, puisqu'il était récemment entré en fonction et n'avait pas de raison de se douter que des malversations avaient alors cours.

A/1705/2012 - 21/24 - Toutefois, libérer ce défendeur de toute responsabilité durant les quatre premiers mois ayant suivi son entrée en fonction reviendrait à soumettre sa responsabilité à un délai de carence, ce qui est précisément incompatible avec la jurisprudence. Ainsi, il ne peut prétendre à une exonération de responsabilité pour la période courant du 29 mai au 30 septembre 2009. Il sied par ailleurs de relever que B_____ a également siégé au conseil d'administration de l'entreprise du 3 juillet 2007 au 21 septembre 2010. Actuellement, il travaille pour la société qu'il a fondée, B_____ Sàrl. Il est également Managing Partner de N_____, une société animée par deux spécialistes en restructuration financière et opérationnelle, selon le site internet de cette société (www.N_____.ch). Le défendeur y est présenté comme un spécialiste de la restructuration

d'entreprises. Cela étant, il convient de reconnaître assurément à ce défendeur les connaissances requises pour la gestion d'une société et notamment la nécessité d'un contrôle strict des personnes ayant accès aux comptes. Il n'était en outre pas dans un rapport de subordination par rapport au chef de l'entreprise. Cela étant, l'omission de contrôler H_____, à laquelle la surveillance de la comptable avait été déléguée pendant son mandat, ne peut être considérée comme une négligence légère, nonobstant le fait qu'il avait formulé, selon ses dires, de bonnes propositions, tel que le transfert des avoirs de la fondation à une autre banque, ce qui aurait permis de mettre fin aux détournements. Il n'en demeure pas moins qu'il a violé son devoir de contrôler la personne chargée de surveiller la comptable et ne s'était pas enquis du contrôle interne de celle-ci. Par conséquent, ce défendeur doit être considéré comme responsable de l'entier du dommage de CHF 85'607.- qui lui est imputable dans les rapports externes entre co- responsables solidaires.

E. 19

Ce n'est que dans les rapports internes que les responsables solidaires pourront se prévaloir d'une responsabilité prépondérante de certains des coresponsables et leur réclamer les dommages-intérêts qu'ils ont dû payer. Le sort de la présente cause ne préjuge en effet pas de l'issue d'une action récursoire.

E. 20

Selon une jurisprudence constante, le lésé a également droit, en plus du montant en capital de l'indemnité réparatrice, à l'intérêt compensatoire de ce capital. L'intérêt compensatoire a pour but de placer le lésé dans la situation où il se trouverait si le dommage, respectivement ses conséquences économiques, avaient été réparés au jour de l'acte illicite. Cet intérêt, dont le taux s'élève en principe à 5% (art. 73 al. 1 CO; ATF 122 III 53 consid. 4b p. 54), est dû dès le moment où les conséquences économiques du fait dommageable se sont produites et court jusqu'au paiement de l'indemnité (ATF 139 V 176 consid. 8.1.2; ATF 131 III 12 consid. 9.1 et les références).

E. 21

La chambre de céans dispose de suffisamment d'éléments pour statuer en connaissance de cause sur le dommage dont répondent les défendeurs. Les auditions requises n'apporteraient vraisemblablement aucun élément nouveau sur

A/1705/2012 - 22/24 - cette question. Partant, les mesures d'instructions sollicitées par les défendeurs sont rejetées, par appréciation anticipée des preuves (ATF 122 II 469 ; consid. 4a; ATF 122 III 223 consid. 3c; ATF 120 Ib 229 consid. 2b; ATF 119 V 344 consid. 3c et la référence).

E. 22

a. Selon l'art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RSG E 5 10), une indemnité est allouée au recourant, qui obtient gain de cause. Toutefois, les institutions de prévoyance qui obtiennent gain de cause dans un procès en responsabilité ont également droit à une indemnité de dépens (ATF 128 V 125 consid. 5b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_786/2013, consid. 8). b. Selon l'art. 759 al. 2 CO, le demandeur peut actionner plusieurs responsables pour la totalité du dommage et demander au juge de fixer dans la même procédure les dommages-intérêts dus par chacun des défendeurs. Le Tribunal fédéral a interprété cette disposition dans le sens que le demandeur ne supporte le risque des frais et dépens du procès qu'à l'égard d'une seule partie adverse et

non à l'égard de chaque défendeur. S'il obtient entièrement gain de cause quant au montant du dommage total réclamé, les défendeurs supportent solidairement les frais et dépens à son égard du seul fait qu'ils participent à la solidarité potentielle. La répartition des frais et dépens entre les divers responsables sera réglée lors du recours interne (ATF 122 III 324 consid. 7b p. 326). Il se justifie d'appliquer également l'art. 759 al. 2 CO par analogie à l'action en responsabilité selon l'art. 52 LPP. c. L'autorité cantonale chargée de fixer l'indemnité de dépens jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 111 V 49 consid. 4a). La partie qui obtient gain de cause a droit à des dépens fixés en fonction du nombre d'échanges d'écritures, de l'importance et de la pertinence des écritures, de la complexité de l'affaire et du nombre d'audiences et d'actes d'instruction (cf. GRISEL, Traité de droit administratif, p. 848). d. Dans la mesure où l'institution de prévoyance demanderesse obtient partiellement gain de cause pour la somme totale de CHF 220'752.50 sur un dommage de CHF 445'020.85 (CHF 450'169.85 – CHF 5'159.-), les défendeurs seront condamnés, solidairement et conjointement, à verser à la demanderesse une indemnité de CHF 7'000.- à titre de dépens. PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant Conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

A/1705/2012 - 23/24 - 1. Condamne J _____ et E _____, conjointement et solidairement avec I _____, au paiement de CHF 42'260.- majorés d'un intérêt à 5% à compter de la date moyenne du 23 juillet 2006. 2. Condamne J _____, conjointement et solidairement avec I _____, au paiement de CHF 42'260.- (CHF 84'520.- moins CHF 42'260.-), majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 23 juillet 2006 ; 3. Condamne G _____ et F _____, conjointement et solidairement avec I _____, au paiement de CHF 10'482.-, majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 16 décembre 2007. 4. Condamne G _____, conjointement et solidairement avec I _____, au paiement de CHF 10'482.- (CHF 20'964.- – CHF 10'482.-), majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 16 décembre 2007. 5. Condamne D _____ et C _____, solidairement et conjointement avec H _____, au paiement de CHF 30'170.-, majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 22 février 2009. 6. Condamne C _____ et B _____, solidairement et conjointement avec H _____, au paiement de CHF 13'563.- (CHF 43'733.- – CHF 30'170.-), majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 14 décembre 2009. 7. Condamne B _____, conjointement et solidairement avec H _____, au paiement de CHF 72'044.- (CHF 85'607 – CHF 13'563.-), majorés d'un intérêt de 5% à compter de la date moyenne du 14 décembre 2009 pour la somme de CHF 61'170.- (CHF 74'733.- - CHF 13'563.-), et à compter du 30 juillet 2010 pour la somme de CHF 10'874.-. 8. Condamne les défendeurs, conjointement et solidairement, à verser à la demanderesse une indemnité de CHF 7'000.- à titre de dépens. 9. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

A/1705/2012 - 24/24 - Diana ZIERI Karine STECK Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le

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