

VD_FINDINFO Jug / 2022 / 120 vom 23. März 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-03-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2022___120

FR: VD_FINDINFO Jug / 2022 / 120 du 23 mars 2022

IT: VD_FINDINFO Jug / 2022 / 120 del 23 marzo 2022

Regeste

FONDS DE GARANTIE, ACTION EN RESPONSABILITÉ | 56a al. 1 LPP

Erwägungen

E. 000

francs. Fort de ces constats, il a décidé de libérer le 35 % des prestations de libre passage. A la suite d'une rencontre avec des représentants de la Fondation J. _____ qui s'est déroulée le 17 juillet 2003, l'Autorité de surveillance s'est adressée le même jour à la Fondation dans les termes suivants [141] : Nous vous remercions d'avoir proposé cette réunion qui nous permet, ainsi qu'au conseil de fondation, de travailler en fonction des informations de l'année en cours et non pas avec un retard de plusieurs mois. Bien que les employeurs ne soient pas encore en cessation de paiement, il est nécessaire de s'organiser pour cette éventualité très réelle. Comme vous l'avez bien relevé, la situation de la fondation se détériore depuis plusieurs années par une baisse constante des effectifs et par la valeur boursière des actifs. A ces deux phénomènes s'ajoute la situation de surendettement des employeurs des assurés. Nous avons pris note de votre mesure d'assainissement en prévoyant la suppression d'intérêt sur les comptes d'épargne. Nous comprenons aussi l'impossibilité de modifier le plan d'assurance actuel qui est très proche d'un plan minimal LPP. La situation des employeurs ne permet pas de prévoir une augmentation des cotisations. A court terme, conformément à la loi sur le libre passage, nous vous demandons de transférer les prestations de libre passage des assurés sortis. Votre décision de verser des acomptes à raison de 35 %, taux fixé en fonction de vos liquidités, doit être une mesure provisoire. Nous vous rappelons que le conseil de fondation est responsable de suivre le versement des cotisations des employeurs et de faire toutes les démarches utiles pour garantir ces créances. Suite aux informations que vous nous avez transmises sur la situation financière des employeurs, il est nécessaire de prévoir la liquidation totale de votre fondation et nous vous proposons de prendre contact dès à présent avec le Fonds de garantie. Par courrier du 4 septembre 2003 [142] , l'Autorité de surveillance s'est adressée à la Fondation J. _____ comme suit : Nous accusons réception de l'envoi, par la D. _____ en date du 14 juillet, du rapport de l'organe de contrôle qui a retenu toute notre attention et pour lequel nous vous remercions. Nous avons constaté que votre fondation présente un découvert très important de 10 MIO et que de nombreux libres passages sont en attente de versement en raison de vos problèmes de liquidité. Le rapport de l'organe de contrôle a également attiré notre attention sur la difficulté de l'employeur à verser les cotisations. Vu la situation, nous vous saurions gré de nous faire parvenir les documents suivants : - le PV signé - la liste nominative des membres du conseil de fondation - une expertise au 31.12.2002 - un état au 31 août du versement des cotisations réglementaires à la Fondation (avec extrait de c/c) - un état au 31 août des libres passages en attente de

versement Nous vous saurions gré de nous faire parvenir ces documents d'ici au 30 septembre. Concernant l'expertise, nous vous laissons définir avec votre expert agréé le délai nécessaire. Merci de nous en informer rapidement. Par courrier du 16 septembre 2003 [143], O. _____ s'est adressée au Fonds de garantie LPP comme suit : La Fondation précitée se trouve devant de sérieuses difficultés au 31 décembre 2002 en raison, d'une part de l'évolution particulièrement défavorable au cours des années 2001 et 2002 des marchés financiers et, d'autre part des difficultés économiques rencontrées par le groupe "JJ. _____", lequel fait l'objet aujourd'hui de diverses mesures de restructuration financières. En accord avec le conseil de fondation, nous avons exposé la situation difficile de cette Fondation auprès de l'Autorité de surveillance des fondations du Canton de Vaud. Dans sa correspondance du 17 juillet 2003, l'Autorité de surveillance envisage la liquidation totale de la Fondation et nous propose de prendre contact avec vos services. En conséquence, nous nous permettons de vous exposer, en détail, la situation de cette Fondation et son évolution récente en 2003. Nous joignons en annexe, les comptes annuels 2002 et le rapport de l'organe de contrôle. La situation financière s'est particulièrement détériorée en 2002, non seulement en raison des mauvaises performances des marchés financiers mais également du fait de la baisse des effectifs du personnel au sein de certaines filiales du groupe "JJ. _____". Conscients de la dégradation de la situation financière de la Fondation, le conseil de fondation s'en est préoccupé et a recherché, dès l'automne 2002, diverses mesures d'assainissement. Le conseil de fondation a ainsi adressé une première lettre à l'Autorité de surveillance des fondations, le 5 novembre 2002 (dont une copie est jointe en annexe), dans laquelle il relevait notamment le peu d'efficacité des mesures d'assainissement compte tenu du plan de prévoyance et de l'ampleur du découvert. De plus, une liquidation partielle de la Fondation apparaissait déjà comme problématique compte tenu de la faible réduction des prestations de libre passage qu'il était possible d'effectuer du fait du plan de prévoyance proche du minimum LPP. Il estimait aussi que, vu la baisse constante des marchés financiers à cette époque, le but de prévoyance pouvait être compromis très rapidement. Il faut préciser qu'au moment où il écrivait cette lettre, le conseil de fondation espérait encore que le groupe "JJ. _____" pourrait éviter une restructuration. En 2003, la situation ne s'est guère améliorée malgré le redressement des marchés financiers au cours du 2^{ème} trimestre car la situation financière des principales sociétés d'exploitation du groupe "JJ. _____" s'est aggravée et des mesures d'assainissement du groupe sont devenues, dès le printemps 2003, inéluctables. A ce jour, deux des sociétés d'exploitation du groupe "JJ. _____" ont été cédées. En conséquence, ces deux sociétés d'exploitation qui emploient environ 280 personnes n'auront plus de rapport économique direct avec le groupe "JJ. _____" et les assurés de ces sociétés devront être transférés dans une autre fondation. Les sociétés J1. _____ SA et J2. _____ SA ont une situation financière obérée au 30 juin 2003 et elles devront très probablement déposer leur bilan ou prendre des mesures d'assainissement judiciaires si les négociations actuellement en cours pour leur reprise par une autre société devaient échouer. Dans ces conditions, et à notre avis, la poursuite du but de la prévoyance est devenu[e] impossible et la Fondation, sous réserve d'un avis de droit, est peut-être - dissoute de fait (article 88 du Code Civil). La réalisation des placements nécessaires au paiement des prestations de libre passage actuellement impayées (pour près de CHF

E. 4

millions), va rendre les moins-values découlant de la baisse des marchés financiers effective[s] et le fonds va devenir insolvable. En conséquence, au nom du conseil de

fondation, nous nous permettons de vous demander d'examiner dans quelle mesure la fondation pourra bénéficier de vos prestations en cas d'insolvabilité dans l'attente de la décision de liquidation que devrait prendre l'Autorité de surveillance du Canton de Vaud. Nous vous saurions particulièrement gré de vous déterminer dans les meilleurs délais car le service du personnel du groupe "JJ. _____" doit faire face à de nombreuses demandes de renseignements et le personnel s'inquiète de l'avenir de sa prévoyance, ce qui entraîne une démobilisation des effectifs aggravant encore l'éventuel redressement de la Fondatrice. En outre, certains assurés qui n'ont pas obtenu le paiement intégral de leurs prestations de libre passage envisagent maintenant d'ouvrir diverses actions judiciaires contre la Fondation. Enfin, l'impossibilité de payer intégralement leurs prestations de libre passage aux assurés démissionnaires pose [...] des problèmes de prévoyance à certains d'entre eux qui ont été affiliés par leurs nouveaux employeurs auprès de caisses de pension dont les plans de prévoyance sont en primauté de prestations. Il en est de même pour les avances effectuées dans le cadre de l'encouragement au logement qui sont également bloquées. En réponse à l'interpellation de O. _____ [144], le Fonds de garantie LPP a, par courrier du 7 octobre 2003, répondu comme suit : En vertu de l'art. 56 LPP, le fonds de garantie LPP garantit les prestations légales ainsi que, jusqu'à une limite supérieure, les prestations réglementaires des institutions de prévoyance devenues insolubles. Une institution de prévoyance est insoluble lorsqu'elle ne peut pas fournir les prestations dues et qu'un assainissement n'est pas possible, ce qui présuppose qu'une procédure de liquidation, une procédure de faillite ou une procédure analogue a été ouverte contre elle (art. 25 OFG). Les prestations d'insolvabilité ne peuvent par contre pas simplement être demandées pour faire face à un problème de liquidités. Pour que le fonds de garantie puisse verser des prestations au titre d'insolvabilité d'une institution de prévoyance, la fondation doit avoir été mise en liquidation. Avant d'envisager un éventuel paiement, nous désirons en outre pouvoir nous faire notre propre idée de la situation financière de la fondation et des événements qui sont à l'origine des problèmes rencontrés. Il conviendrait donc de joindre à votre demande les documents nécessaires. Si nous arrivons à la conclusion qu'une garantie est nécessaire, des avances peuvent être versées, avant la fin de la liquidation déjà, pour couvrir les droits des assurés. En vertu de l'art. 26 al. 3 OFG, ces fonds doivent être utilisés, conformément à leur affectation, pour couvrir les prétentions légales et réglementaires des assurés et doivent être gérés séparément. Les frais administratifs pour la liquidation de la fondation ne sont pas couverts par le fonds de garantie. Selon vos informations, deux des sociétés d'exploitation du groupe JJ. _____ ont été cédées et des négociations pour la reprise de J1. _____ SA et J2. _____ SA par une autre société sont en cours. Les possibilités d'assainissement de la Fondation dépendent tout d'abord du maintien des sociétés encore affiliées. A cet égard, nous partons de l'idée qu'en cas de changement des conditions de propriété, l'institution de prévoyance est elle aussi transférée, en tout cas lorsque le changement a lieu en-dehors d'une procédure d'exécution forcée. Dans la mesure où le maintien de la Fondation à long terme n'est pas exclu, l'ensemble des mesures d'assainissement possibles – comme par exemple l'exécution d'une liquidation partielle sur la base de la vente déjà réalisée de sociétés – doivent être poursuivies. Nous ne disposons actuellement pas d'informations suffisantes pour pouvoir apprécier les possibilités d'assainissement. Cette appréciation doit dans tous les cas être effectuée d'abord par les responsables de la Fondation respectivement par l'Autorité de surveillance. Cependant, vu que les informations en notre possession sont très incomplètes, nous ne pouvons pas consentir actuellement à une liquidation de la Fondation. [...] Le 9 octobre 2003 [145], l'Autorité de

surveillance a écrit à la Fondation J. _____ afin de faire état du contenu d'un entretien qui s'était déroulé le 7 octobre précédent : Par la présente, nous nous référons à l'entretien que nous avons eu le 7 octobre dernier, avec Monsieur B.N. _____, Madame Y. _____, Monsieur S. _____ et Monsieur P. _____. Nous prenons note de ce qui nous a été exposé à cette occasion, à savoir : - jusqu'à la fin de l'année 2001, le « groupe JJ. _____ » comprenait J1. _____ SA et F1. _____ SA ; - deux nouvelles sociétés, J2. _____ SA et J3. _____ SA ont été créées, respectivement le 1 er octobre 2002 et le 1 er janvier 2003. Il n'y a eu alors que des transferts internes de personnel ; - à la fin du mois de juillet 2003, J1. _____ SA a cédé F1. _____ SA, avec la filiale J3. _____ SA, à un tiers acquéreur sans lien économique avec le « groupe JJ. _____ ». Il est prévu que plus de deux cent[s] personnes quitteront la Fondation de prévoyance pour le personnel de J1. _____ SA et sociétés affiliées et seront affiliées à une nouvelle institution de prévoyance ; - il est vraisemblable que J2. _____ SA sera reprise par un tiers acquéreur et que son personnel sera ainsi affilié à une nouvelle institution de prévoyance ; - après cela, il devrait rester environ quatre-vingt[s] personnes qui demeureront affiliées à la Fondation de prévoyance ; - actuellement, toutes les sociétés sont toujours affiliées à la Fondation de prévoyance ; - la Fondation de prévoyance qui présentait un degré de couverture de 83 % au 31 décembre 2002, a pris des mesures d'assainissement au début du mois de janvier 2003, qui consistent principalement à attribuer un intérêt nul sur les comptes d'épargne des assurés et qui produisent des effets concrets selon l'expert actuel de la Caisse de pensions, M. P. _____, sans que celui-ci ne puisse toutefois nous livrer des éléments chiffrés. Nous attirons votre attention sur le fait que l'Autorité de surveillance considère que ces éléments pourraient réaliser les conditions d'une liquidation partielle au sens de l'article 23 alinéa 4 lettres b et c LFLP et, dans ce contexte, nous vous rappelons que l'intervention du Fonds de garantie n'est prévue qu'en cas de liquidation totale si l'institution de prévoyance est insolvable. Tant qu'aucune décision de liquidation n'a été rendue par l'Autorité de surveillance, nous soulignons le fait que conformément aux articles 19 in fine et 23 alinéa 3 LFLP, les prestations de sortie versées ne peuvent pas être réduites proportionnellement au découvert. Nous vous remercions de nous informer par retour de courrier des mouvements réels d'effectifs, depuis le mois de janvier 2003 à ce jour et pour chacune des sociétés, ainsi que de toute mutation prévisible et de tout nouveau développement dans le cadre des restructurations en cours. Nous vous prions en outre de nous communiquer, d'ici au 15 octobre 2003 au plus tard, un tableau établi par l'expert actuel de la Caisse de pensions qui présente, à la date du 1 er août 2003, le montant des prestations réglementaires de chacune des personnes affiliées à la Fondation de prévoyance, en précisant pour chaque personne le montant de l'avoir minimal LPP. Sur cette base, nous vous saurions gré de nous indiquer la somme exacte de l'économie réalisée suite aux mesures d'assainissement décidées par la Fondation de prévoyance. Nous déplorons le fait qu'à ce jour, nous n'ayons pas reçu toutes les informations requises que les circonstances commandaient, notamment un rapport de l'expert relatif aux mesures d'assainissement. De même, nous demeurons dans l'attente de recevoir tous les documents requis dans notre lettre du 4 septembre 2003 et nous vous impartissons un délai pour les produire au 15 octobre 2003, à l'échéance duquel l'Autorité de surveillance sera habilitée[e] à prendre les sanctions prévues par la loi. Lors de sa séance du 9 octobre 2003 [146], le Conseil de fondation a pris acte des demandes de l'Autorité de surveillance et décidé de libérer les prestations de libre passage à hauteur de 80 %. Le 14 octobre 2003, la D. _____ a écrit à l'Autorité de surveillance afin de lui faire part des informations suivantes [147] : Nous nous référons à la séance tenue le 7 ct en vos locaux

ainsi qu'à votre lettre du 9 ct adressée à la Fondation mentionnée en titre, que vous nous avez fait parvenir en copie, et vous informons de ce qui suit. Il nous paraît en préambule important de rappeler que l'état de découvert préoccupe le Conseil de fondation depuis de longs mois. Il a du reste écrit à votre Autorité en date du 5 novembre 2002, mais sans réel résultat dans son processus de décision. Aussi, ne pouvant rester passif face à la dégradation de la situation financière de sa Fondation, le Conseil a décidé, lors de sa séance du 18 février 2003, de suspendre dès 2003 le versement d'intérêt sur les comptes des assurés, ce dont nous vous avons informé par courrier du 10 mars 2003. Effet de la mesure d'assainissement Pour mesurer l'effet de cette mesure, nous avons procédé à une estimation de l'économie de charge d'intérêt du 1^{er} janvier 2003 au 30 septembre 2003 par rapport à un hypothétique taux de 3.25 % tel que défini dans le cadre de la LPP. Nous sommes pour ce faire partis des capitaux d'épargne de 43.8 mios (assurés actifs et invalides) à fin 2002 et avons considéré les dissolutions nettes de capitaux d'épargne de 6.7 mios jusqu'à fin septembre 2003 (6.1 mios de prestations de libre passage en sorties, 1.2 mios de capitaux-retraites, 0.7 mio d'apports de libre passage et 0.1 mio de retraits EPL/divorce) comme également réparties sur les 9 premiers mois de l'année 2003. Avec un taux de 3.25 % annuel, la charge d'intérêt sur 9 mois peut ainsi être estimée à près de CHF 980'000.-. L'économie de charge liée à la décision d'octroyer un intérêt de 0 % sur les comptes des assurés en 2003 est toutefois légèrement plus faible que ces CHF 980'000.-. En effet, un certain nombre d'assurés ayant un avoir réglementaire proche, voire égal à l'avoir de vieillesse LPP en début d'année 2003, l'économie d'intérêt n'est pas totale pour eux. Nous pouvons estimer à Fr. 25'000.- environ la charge réelle d'intérêt sur 2003 liée aux comptes d'épargne des assurés cotisants. En résumé, la mesure d'assainissement consistant à ne pas créditer d'intérêt sur les comptes des assurés a généré une économie de charge pouvant être estimée à CHF 955'000.- sur les 9 premiers mois de l'exercice 2003. Expertise technique au 31.12.2002 Par courrier du 4 septembre 2003, vous demandez une expertise technique au 31.12.2002. Comme précisé en page 4 de l'annexe aux comptes 2002, aucune expertise n'a toutefois été établie à ce jour. La Fondation assume deux risques : un risque de placement et un risque actuariel de longévité envers les retraités (et leurs survivants). L'intégralité des risques de décès et d'invalidité des assurés cotisants étant totalement réassurée, les engagements directs de la Fondation envers ses assurés consistent en l'addition des capitaux de prévoyance des assurés actifs et des assurés en incapacité de gain, à laquelle il convient d'ajouter les réserves mathématiques des retraités. Les capitaux d'épargne (actifs + incapacités de gain) à fin 2002 figurent dans les comptes 2002 pour un montant de CHF 43'795'778.85. Les réserves mathématiques, calculées au 31.12.2002 avec EVK2000 4 % pour les 4 rentes de retraite en cours à cette date, se montent à CHF 1'010'000.- et sont donc couvertes par les CHF 1'084'047.89 figurant au passif du bilan à fin 2002 sous la rubrique « fortune pour prestations non réassurées ». Le découvert de la Fondation à fin 2002 correspond donc, comme mentionné dans le rapport de O. _____ SA, à 17 % des engagements de prévoyance, après compensation par le fonds de mesures spéciales (ne représentant pas un réel engagement de la Fondation) et par la réserve pour surévaluation des obligations, selon les nouvelles règles entrées en vigueur au 1^{er} juillet 2003. Au niveau du financement de la Fondation, il y a lieu de préciser que, selon les dispositions réglementaires, les cotisations prélevées sur les salaires des assurés complétées par les cotisations des employeurs, couvrent l'ensemble des charges de prévoyance (attribution à l'épargne, prime de risques facturée par le réassureur de la fondation, frais de gestion, cotisation au fonds de garantie notamment). De ce fait, le découvert est d'origine

conjoncturelle, comme le relevait déjà le courrier que le Conseil de fondation vous a adressé le 5 novembre 2002. Engagements de la Fondation au 30 septembre 2003 Au 30 septembre 2003, les capitaux d'épargne des assurés actifs et invalides représentent quelques 38.5 mios. Vous en trouverez le détail en annexe, où, conformément à votre demande, figurent de manière séparée le capital-épargne réglementaire, l'avoir de vieillesse LPP et la prestation de libre passage. En réponse à la dernière question de votre courrier du 4 septembre 2003, vous trouverez également en annexe l'état des prestations de libre passage en attente de paiement au 30 septembre 2003. A ce sujet, nous précisons que le Conseil de fondation s'est réuni en date du 9 ct et a décidé de régulariser les prestations en capital à hauteur de 80 %. Pour les assurés ayant déjà reçu 35 % de leur libre passage à fin septembre, un versement complémentaire de 45 % doit donc être effectué, tandis que les autres capitaux en attente seront directement régularisés à hauteur de 80 %. Parmi les engagements de la Fondation envers les assurés, il faut encore mentionner les réserves mathématiques pour le versement des prestations de retraites. A fin septembre 2003, [ce] sont 7 bénéficiaires de rentes de retraite qui sont concernés. Calculée avec EVK2000 4 %, la réserve mathématique totale à cette date s'élève à CHF 1'715'000 pour ces rentes en cours. Pour évaluer le degré de couverture de la Fondation à fin septembre 2003, un bouclage comptable serait nécessaire. Compte tenu toutefois du délai trop court octroyé et des frais qu'un tel bouclage intermédiaire engendrerait, nous nous sommes contentés d'effectuer une approximation de ce degré de couverture. Celle-ci est basée sur un degré de couverture initial de 83 %, d'une performance estimée des placements de la Fondation de début janvier à fin septembre de 6 % et d'une baisse de ses engagements envers les assurés actifs de 12 %. Sur la base de ces seules hypothèses, le degré de couverture à fin septembre 2003 peut être estimé proche de 86 %. En francs, il passerait de 7.6 mios à fin 2002 à 5.7 mios au 30 septembre 2003. Ces données sont communiquées bien entendu sous toute réserve. Etat du paiement des cotisations au 30.9.2003 (chiffres ronds) · J1. _____ SA Cotisations dues à fin 2002 : CHF 270'000.00 Cotisations pour 9 mois : CHF 730'000.00 Acomptes versés sur

E. 9

' 578.40 117'000 [...] 05.05.1938 H 11'317.20 144'900 [...] 04.10.1940 H 23'676.00 323'500 [...] 04.05.1940 F 12112.80 153'700 [...] 11.06.1940 H 9'096.60 123'300 [...] 27.05.1942 H 4'116.60 58'500 [...] 29.03.1938 H 22'446.60 285'900 [...] 26.07.1939 H 7'131.60 94'300 [...] 04.01.1939 H 9'210.60 120'100 143'658.60 1 ' 853'700 Pour les comptes au 31 août 2007 de la Fondation, le montant de CHF 1'853'700 est à considérer comme engagement envers les retraités. Nous sommes d'avis de ne pas comptabiliser de provision pour l'adaptation des bases techniques (augmentation de la longévité), mais de maintenir la provision de CHF 400'000 existant au 31.12.2006 dans une optique de reprise de ces rentes par un assureur, même si celle-ci devrait être ajustée compte tenu[...] du retraité supplémentaire et du changement de date de calcul. Bénéficiaires de prestations d'invalidité Nous partons du principe que les prestations d'invalidité en cours et futures sont toujours totalement réassurées. Aussi pour les comptes au 31.08.2007 de la Fondation, les engagements envers les bénéficiaires de prestations d'invalidité consistent en le cumul de leurs capitaux d'épargne à cette date. Bénéficiaires de prestations de survivants Nous partons du principe que les prestations de survivants en cours et futures (hors survivants de retraités) sont toujours totalement réassurées. Aussi pour les comptes au 31.08.2007 de la Fondation, aucun engagement envers les survivants n'est à comptabiliser. Engagements envers les anciens assurés actifs sortis Les éléments ci-après découlent d'une extrapolation

de liquidateur, constaté la dissolution de la Fondation J._____ et ordonné sa liquidation. Par arrêt du 23 novembre 2007 [192] (cause C-2434/2006), le Tribunal administratif fédéral (autorité qui a succédé à compter du 1^{er} janvier 2007 à la Commission fédérale de recours en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité) a admis le recours de la Fondation J._____ et réformé la décision du 10 juillet 2006 dans le sens du prononcé d'une liquidation totale au 1^{er} janvier 2003. Dans ses considérants en droit, le Tribunal administratif fédéral a retenu notamment les éléments suivants :

5. 5.1 Les modifications structurelles d'une société entraînent généralement des conséquences pour l'institution de prévoyance. La prévoyance peut devoir subir une réorganisation et les institutions être adaptées à la nouvelle situation de la société, en vertu du principe bien établi selon lequel la fortune de prévoyance suit le personnel (Jacques-André Schneider , Fonds libres et liquidation de caisses de pension, *Eléments de jurisprudence* in : *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle* [RSAS] 2001/45 p. 454 ; Hans Michael Riemer / Gabriela Riemer-Kafka , *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, 2^{ème} éd. Berne 2006, § 2 n° 115). De règle, la vente d'une société a pour conséquence que les employés liés à l'entité vendue quittent la fondation de prévoyance qui les assurait pour intégrer l'institution de prévoyance de l'entité acquéreuse. Le maintien dans une institution de prévoyance d'assurés de sociétés devenues tierces au groupe va à l'encontre des réalités économiques et généralement des statuts de l'institution de prévoyance qui assurait les salariés repris dans le cadre de la cession de l'entité. Ceci ne libère cependant pas les parties à une transaction portant sur la cession d'une société de trouver une solution convenable aux prétentions de libres passages des salariés si une ou des solutions sont économiquement envisageables, lesquelles sont effectivement inexistantes en cas de surendettement des sociétés vendues et de la société venderesse. En indiquant que les salariés sortis du Fonds de prévoyance suite à la cession d'entreprises du groupe JJ._____ à des sociétés tierces auraient pu y être maintenus, l'Autorité de surveillance a énoncé ce faisant un considérant erroné tant du point de vue économique que juridique.

5.2 En cas de liquidation partielle ou totale d'une fondation de prévoyance, les fonds libres doivent être distribués entre les groupes d'assurés selon un plan de répartition établi par le Conseil de fondation. Dans ce domaine, ledit conseil dispose d'un large pouvoir d'appréciation lui permettant de décider des critères à retenir. L'exercice de ce pouvoir est limité par l'obligation légale de respecter les buts de l'acte de fondation, l'interdiction de l'arbitraire et le principe de la bonne foi et de l'égalité de traitement (Parissima Vez , *La fondation : lacunes et droit désirable*, Berne 2004, p. 260 et les références citées ; ATF 2A.402/2005 consid. 3.2 ; RSAS 1984 p. 222). En cas de découvert technique, les principes sont les mêmes (ATF 2A.699/2006 consid. 4.1 ; FF 1992 III 529, p. 598). Le découvert doit être réparti en cas de liquidation partielle entre les assurés partants et restants sous réserve que l'avoir de vieillesse ne peut être réduit (art. 18 et 19 LFLP). L'élaboration de ce plan et les critères de répartition relèvent de la seule compétence du conseil de fondation. A titre d'exemple, on notera qu'il ne serait pas contraire au droit de prévoir comme critère d'équité une prise en compte du découvert technique plus importante pour des employés jeunes que pour des employés âgés, du fait de leur prochaine entrée en retraite alors que des assurés jeunes bénéficieront de plusieurs années pour rétablir leur capital de retraite, ainsi qu'une prise en compte du découvert technique moindre pour les prestations de libre passage peu élevées en relation avec de bas salaires.

6. 6.1 La détermination du cadre d'une liquidation partielle ou totale nécessite de clarifier les personnes concernées. En principe on inclut dans le cercle d'une liquidation partielle ou totale les personnes qui ont quitté l'entreprise dans la

période précédant la date déterminante pour la liquidation, qui peut aller jusqu'à trois voire cinq ans (ATF 128 II 394 consid. 3.3 p. 397 s.; ATF 2A.276/2002 consid. 2.2.; Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, Zurich 2005, n° 1149 note 167). Si la jurisprudence et la doctrine ont eu à discuter le dies a quo d'un cercle de personnes prises en compte et ont à ce titre déterminé les critères applicables, il tombe sous le sens que la détermination du terme de la période à prendre en considération relève des mêmes principes, à savoir l'unité de temps de la restructuration considérée relevant d'une même volonté de principe sans que celle-ci ait été entrecoupée d'une ou de périodes particulièrement longues justifiant la distinction de deux ou plusieurs périodes de référence. En l'espèce, si certes le jugement de la Commission de recours du 30 septembre 2005 a considéré que les critères d'une liquidation partielle étaient remplis, son appréciation s'est établie sur les données à sa disposition, dont notamment le fait qu'environ 80 salariés allaient être maintenus dans le Fonds de prévoyance pendant une période indéterminée d'une certaine durée. La Commission de recours LPP a d'ailleurs relevé que l'Autorité de surveillance ne pouvait en date du 27 octobre 2003 fixer le terme de la période de liquidation partielle faute d'éléments et d'informations pour ce faire (cf. consid. 5c du Jugement reproduit supra au consid. 3). Or il appert des faits que les opérations de restructuration du groupe JJ. _____ se sont révélées être un démantèlement complet du groupe en un temps relativement court procédant d'une unique volonté de liquidation des activités du groupe déficitaire. Par ailleurs, la recourante a démontré qu'à compter du 31 janvier 2004 les quelques salariés restés dans l'entreprise l'ont été en raison de protections légales contre le congé à l'exception d'un salarié non assuré en épargne LPP. Les faits de la cause justifient en conséquence que le démantèlement du groupe soit considéré comme émanant d'une unique opération de restructuration-démantèlement du 1^{er} janvier 2003 au 31 janvier 2005, cette dernière date correspondant à la sortie des derniers assurés restés assurés en raison de la protection du Code des obligations contre les licenciements à l'exception d'un assuré non couvert en assurance épargne. La période précitée s'inscrit d'ailleurs dans le délai de 3 voire 5 ans applicable de jurisprudence et doctrine constantes. C'est donc à tort que l'Autorité de surveillance, au vu des développements portés à sa connaissance par la Fondation, a maintenu sa décision, bien que confirmée par la Commission de recours LPP sur la base des faits alors présentés, d'exiger de la Fondation l'élaboration d'un plan de liquidation partielle pour la période du 1^{er} janvier 2003 au 31 janvier 2004, ce d'autant que le jugement de la Commission de recours avait clairement indiqué que "ce n'est pas la décision constatant l'existence d'une liquidation partielle qui peut créer l'inégalité de traitement (...), mais bien la suite qu'entend réserver le Conseil de fondation à cette décision". Autrement dit, qu'une liquidation partielle ou non ait été prononcée était sans incidence sur la liquidation de la Fondation du fait qu'une liquidation totale s'imposait directement après et que le principe d'égalité de traitement obligeait la Fondation à traiter les assurés sortis lors de la liquidation partielle et sortis lors de la liquidation finale à égalité de droit, au besoin en sollicitant l'intervention du Fonds de garantie vu la liquidation totale requise qui devait suivre la liquidation partielle. En effet, comme l'a d'ailleurs énoncé le Fonds de garantie dans sa correspondance du 19 décembre 2006, la phase de liquidation partielle ou totale d'une institution de prévoyance n'est pas déterminante pour l'obtention de prestations du Fonds de garantie car est déterminant en premier lieu la notion d'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Si tant dans le cadre de la liquidation partielle que dans le cadre de la liquidation totale qui y fait directement suite, il y a unité de situation économique, le Fonds de garantie doit ainsi intervenir tant dans le cadre de la liquidation partielle que dans le

cadre de la liquidation totale qui y fait suite. La loi ne prévoit pas d'intervention du Fonds de garantie uniquement en cas de liquidation totale, par contre la loi énonce comme condition à l'intervention du Fonds de garantie une situation d'insolvabilité (art. 56 al. 1 let. b et c LPP) laquelle peut déjà se présenter dans le cadre d'une liquidation partielle précédant une liquidation totale prononcée directement après la première (l'intérêt du prononcé d'une liquidation partielle précédant immédiatement une liquidation totale peut dans certains cas se justifier pour des raisons essentiellement comptables). 6.2 L'art. 25 al. 1 de l'Ordonnance sur le Fonds de garantie LPP (OFG, RS 831.432.1) dispose qu'une institution de prévoyance (...) est réputée insolvable lorsque l'institution (...) ne peut pas fournir les prestations légales ou réglementaire dues et lorsqu'un assainissement est devenu impossible. L'al. 2 let. a précise qu'un assainissement est réputé impossible lorsque une institution de prévoyance fait l'objet d'une procédure de faillite, d'une procédure de liquidation ou d'une procédure analogue. L'ordonnance, en faisant référence à la procédure de liquidation, ne distingue pas la liquidation partielle de la liquidation totale, mais la finalité de la disposition vise nécessairement une liquidation éventuellement partielle suivie directement d'une liquidation totale tendant à la liquidation finale de l'institution de prévoyance, par opposition à une liquidation partielle maintenant l'institution de prévoyance pour une durée indéterminée, situation à laquelle s'appliquent les art. 18 et 19 LFLP. Faute de pouvoir envisager concrètement un assainissement, le fonds de prévoyance n'est manifestement pas dans cette dernière situation. 7. Selon l'art. 65 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. Selon l'art. 62 al. 1 LPP, l'Autorité de surveillance s'assure que l'institution de prévoyance ainsi que l'institution qui sert à la prévoyance se conforment aux prescriptions légales. En application de la première disposition, la Fondation a dès 2003 et de façon insistante après le jugement de la Commission de recours LPP du 30 septembre 2005 informé l'Autorité de surveillance être en situation de surendettement sans possibilité de mesures d'assainissement autre que celle prise ayant consisté à ne plus rétribuer les avoirs de prévoyance, mesure d'ailleurs insuffisante. En application de la deuxième disposition, l'Autorité de surveillance, non sans avoir laissé s'accroître le surendettement de la Fondation en prenant la mesure de dissolution s'imposant relativement tardivement en regard de la protection des intérêts des assurés et du Fonds de garantie, mais il est vrai en partie en raison du défaut de diligence de la Fondation à proposer concrètement une solution maintenant la prévoyance des rentiers (une démarche dans ce sens n'a été annoncée que le

E. 13

décembre 2006; cf. pce Cr 97), a par décision du 5 octobre 2007 prononcé la dissolution et liquidation totale de la Fondation. En ceci la condition de l'art. 24 al. 2 OFG à l'entrée en matière du Fonds de garantie, selon laquelle l'Autorité de surveillance atteste à l'attention du Fonds de garantie que l'institution de prévoyance fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de faillite ou d'une procédure analogue, est remplie. Compte tenu de la période relativement longue entre le 1^{er} janvier 2003 et le 5 octobre 2007, il sied de se poser la question si une liquidation partielle suivie d'une liquidation totale se justifie, or le défaut d'intérêt à une liquidation partielle est manifeste notamment dans la perspective de l'économie de frais comptables, il se justifie dès lors d'admettre le recours dans le sens de l'annulation de la liquidation partielle au profit d'une liquidation totale au 1^{er} janvier 2003. Bien fondé le recours est admis. Par lettre du 10 novembre 2008 [193], le Fonds de garantie LPP a retiré le recours en matière de droit public qu'il avait déposé le 11 janvier 2008 auprès du Tribunal fédéral à l'encontre de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du

23 novembre 2007, dans les termes suivants : Par la présente nous faisons suite à votre ordonnance du 29 octobre 2008 et dans le délai par vous imparti nous déclarons formellement retirer le recours en matière de droit public que nous avons déposé en date du 11 janvier 2008 à l'encontre de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23 novembre 2007 dans la cause citée sous rubrique. En effet et après avoir analysé la situation en matière procédurale de ce cas, nous constatons que l'intérêt actuel du Fonds de garantie LPP fait vraisemblablement défaut à la poursuite de ladite procédure de recours. Le fait que nous ayons décidé en date du 7 mars 2008 de garantir les prestations encore dues aux assurés de la Fondation J. _____ en raison de sa mise en liquidation rendrait tout maintien actuel de notre recours en matière de droit public exclusivement théorique. En ce qui concerne l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23 novembre 2007, nous maintenons notre position relative au fait que nous jugeons celui-ci comme ayant été rendu en violant les règles élémentaires de procédure que sont la sécurité du droit et le droit d'être entendu. Ce sont notamment les raisons pour lesquelles nous ne pouvions que réagir à ce jugement en recourant par devant votre autorité. Au surplus, nous contestons également le jugement du Tribunal administratif fédéral dans le sens qu'il a été manifestement élaboré en tant que jugement de résultat; les incohérences de ce jugement par rapport aux précédentes décisions entrées en force en témoignent. K. De l'intervention du Fonds de garantie LPP Par décision du 7 mars 2008 [194] , le Fonds de garantie LPP a accepté de garantir les prestations légales et réglementaires encore dues en faveur des assurés de la Fondation J. _____ étant sortis de cette fondation dans le cadre de la procédure de liquidation partielle alors encore pendante. Dans le cadre de sa mission, le Fonds de garantie LPP a versé à titre de garantie les montants suivants [195] : - 19'230 fr. 05 le 19 novembre 2008 ; - 8'031 fr. 35 le 19 novembre 2008 ; - 2'291'405 fr. 50 le 27 novembre 2008 ; - 1'619'909 fr. 55 le 4 décembre 2008 ; - 8'763 fr. 80 le 8 décembre 2008 ; - 2'746'413 fr. 80 le 11 décembre 2008 ; - 23'189 fr. 45 le 15 décembre 2008 ; - 849'736 fr. 90 le 18 décembre 2008 ; - 201'869 fr. 65 le 24 décembre 2008 ; - 26'870 fr. 40 le 26 janvier 2009 ; - 390'250 fr. 65 le 29 janvier 2009 ; - 314'926 fr. 30 le 12 février 2009 ; - 340'899 fr. 45 le 23 avril 2009 ; - 17'801 fr. 75 le 21 octobre 2010 ; soit un montant total de 8'859'298 fr. 60, dont il y avait lieu de déduire la somme de 117'419 fr. 45 correspondant à divers versements effectués à double et remboursés par la suite [196] . Compte tenu de l'engagement présumé de la responsabilité dans l'insolvabilité de ladite fondation, le Fonds de garantie LPP n'a en revanche pas versé le solde de 20 % encore dû aux membres du Conseil de fondation, soit, compte tenu des intérêts calculés jusqu'au 31 décembre 2012 : - 20'380 fr. 60 à l'égard de K. _____ ; - 40'662 fr. 40 à l'égard de C. _____ ; - 114'598 fr. 55 à l'égard d'A.N. _____ ; - 147'492 fr. 65 à l'égard de B.N. _____ ; - 63'764 fr. 40 à l'égard d'Y. _____ ; - 53'214 fr. 35 à l'égard de G. _____ ; - 229'637 fr. 25 à l'égard de H. _____. Le Fonds de garantie LPP s'est en outre vu verser par la Fondation J. _____ les prestations de sortie en relation avec des rentiers partiellement invalides, à savoir des montants de : - 239'617 fr. 85 valeur 30 janvier 2008 ; - 40'759 fr. 25 valeur 1 er octobre 2008 ; - 27'431 fr. 95 valeur 1 er octobre 2008 ; - 95'802 fr. 00 valeur 1 er octobre 2008 ; - 31'101 fr. 60 valeur 1 er octobre 2008 ; - 29'687 fr. 35 valeur 1 er octobre 2008 ; - 374'336 fr. 35 valeur 1 er octobre 2008 ; - 144'610 fr. 70 valeur 1 er octobre 2008 ; - 134'285 fr. 75 valeur 1 er octobre 2008 ; - 174'773 fr. 15 valeur 1 er octobre 2008 ; soit un total de 1'292'405 fr. 95 [197] . Par «contrat de reprise» conclu les 31 janvier 2012 et 2 février 2012 entre le Fonds de garantie LPP et la Fondation J. _____ et approuvé le 12 mars 2012 par

T. _____ SA [198] , le Fonds de garantie LPP a repris de la Fondation J. _____, de manière formelle, avec effet au 1^{er} janvier 2008, l'ensemble des obligations réglementaires (jusqu'à la limite légale de la garantie du Fonds de garantie LPP) de la Fondation J. _____ envers l'ensemble des rentiers au bénéfice au 31 décembre 2007 d'une rente de vieillesse, d'invalidité (d'enfant d'invalidé) ou de conjoint survivant et d'orphelin, la Fondation J. _____ s'engageant à céder au Fonds de garantie LPP la contre-valeur des réserves mathématiques des rentes, soit un montant de 2'236'400 fr., et à verser tout résultat provenant de sa liquidation. Le 20 juillet 2012, la Fondation J. _____ a versé au Fonds de garantie LPP la somme de 3 millions de francs [199] . Le 10 mars 2016, le Fonds de garantie LPP a reçu de la part de T. _____, réassureur de la Fondation J. _____, un montant de 285'159 fr. 65 correspondant aux fonds libres issus de deux contrats de réassurance conclus avec la Fondation [200] . L. Des déclarations de renonciation à se prévaloir de la prescription signées par les parties défenderesses A la demande du Fonds de garantie LPP, la D. _____ a signé des déclarations de renonciation à se prévaloir de la prescription concernant les éventuelles prétentions en responsabilité et en dommages-intérêts que le Fonds de garantie LPP ou la Fondation J. _____ pourraient soulever en relation avec l'insolvabilité de la Fondation J. _____, le 21 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 2 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 8 décembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012 [201] . K. _____ en a fait de même le 22 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 29 novembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 10 novembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012 [202] . X. _____ en a fait de même le 20 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 9 novembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 5 décembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012 [203] . C. _____ en a fait de même le 21 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 8 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 7 novembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012 [204] . A.N. _____ en a fait de même le 21 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 3 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 25 octobre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012 [205] . B.N. _____ en a fait de même le 21 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 6 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 26 octobre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012 [206] . Y. _____ en a fait de même le 19 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 9 novembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 10 novembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012 [207] . R. _____ en a fait de même le 17 décembre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 10 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 10 novembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012 [208] . G. _____ en a fait de même le 15 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 3 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 7 novembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012 [209] . H. _____ en a fait de même le 12 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010 [210] . Afin d'interrompre le délai de prescription, le Fonds de garantie LPP a requis le 23 décembre 2010 une poursuite à l'encontre de H. _____ en paiement de la somme de 8'742'132 fr. 25 avec intérêt à 5 % l'an dès le 7 mars 2008 [211] , ce qui a donné lieu à la notification le 3 février 2011 d'un commandement de payer dans la poursuite n°[...] de l'Office du district de [...], dont le coût s'est élevé à 410 francs [212] . Par déclaration du 19 octobre 2011, H. _____ a renoncé à se prévaloir de la prescription avec effet jusqu'au 31 décembre 2012 [213] . E n d r o i t :

1. De la compétence de la Cour des assurances sociales Par jugement incident du 13 août

2013, la Cour de céans a admis sa compétence – à raison du lieu et de la matière – pour statuer sur la demande du Fonds de garantie LPP et constaté que la demande était recevable à la forme. Cette décision n'a pas été déférée au Tribunal fédéral. 2. De la requête formée par la D. _____ tendant à la suspension de la procédure Dans le même jugement incident du 13 août 2013, la Cour de céans a rejeté la requête de la D. _____ tendant à la suspension de la procédure jusqu'à l'achèvement de la procédure de liquidation de la Fondation J. _____. Elle a considéré que le Fonds de garantie LPP était en droit, quand bien même son dommage réel ne pouvait pas, compte tenu des circonstances, être chiffré ou ne pouvait l'être avec une précision suffisante, d'ouvrir, moyennant cession du dividende de la liquidation de l'institution de prévoyance en faveur des auteurs du dommage, une action en réparation du dommage pour le montant total du préjudice supposé (ATF 139 V 176 consid. 9). Cette décision n'a pas été déférée au Tribunal fédéral. 3. De l'objet de la demande Le présent litige a pour objet la question de savoir si les défendeurs, soit la D. _____ et les anciens membres du Conseil de fondation de la Fondation J. _____, sont responsables de tout ou partie du dommage que le Fonds de garantie LPP a subi à raison des prestations qu'il a dû garantir à la suite de l'insolvabilité de cette institution de prévoyance. 4. Des règles de procédure applicables a) D'après l'art. 73 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP ; RS 831.40), la procédure en matière de prévoyance professionnelle doit être simple, rapide et, en principe, gratuite. Lorsque le litige porte sur une contestation opposant le Fonds de garantie LPP aux personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés (art. 73 al. 1 let. d LPP), l'action est ouverte à l'initiative du premier nommé par une écriture qui doit désigner les personnes recherchées, contenir des conclusions ainsi qu'une motivation ; c'est elle qui déclenche l'ouverture de la procédure et détermine l'objet du litige et les parties en cause (maxime de disposition). Dans les limites de l'objet du litige tel qu'il a été déterminé par les conclusions de la demande et les faits invoqués à l'appui de celle-ci, le juge de première instance n'est toutefois pas lié par les prétentions des parties ; il peut ainsi adjuger plus ou moins que demandé à condition de respecter leur droit d'être entendues (ATF 139 V 176 consid. 5.1 ; 135 V 23 consid. 3.1 ; 129 V 450 consid. 3). b) Conformément à l'art. 73 al. 2, deuxième 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. 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). c) 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 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3).

5. Du droit de recours du Fonds de garantie LPP

a) Le droit de recours du Fonds de garantie LPP contre les personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés est régi par l'art. 56a LPP.

b) La teneur de cette disposition a sensiblement évolué au fil du temps.

aa) Dans sa teneur initiale en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996, l'art. 56 al. 1 let. b LPP (RO 1983 797) confiait le soin au Conseil fédéral d'édicter des prescriptions sur les conditions dont dépendait la prise en charge des prestations légales dues par des institutions de prévoyance devenues insolvable, ainsi que sur le droit de recours contre les organes d'institutions de prévoyance insolvable. Sur la base de cette délégation de compétence, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur l'administration du « fonds de garantie LPP » du 7 mai 1986 (OFG 2 ; RO 1986 867 ; en vigueur jusqu'au 30 juin 1998, RO 1998 1662). Selon l'art. 11 de cette ordonnance, le Fonds de garantie LPP avait, dans les limites des prestations garanties, un droit de recours contre les personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance.

bb) Afin de consacrer le droit de recours du Fonds de garantie LPP dans une règle de niveau législatif, le législateur a adopté l'art. 56a al. 1 LPP, disposition qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 (RO 1996 3067 ; voir le rapport du 24 août 1995 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national en réponse à l'initiative parlementaire Rechsteiner, FF 1996 I 528 ; voir également TFA B 10/05 du 30 mars 2006 consid. 8.2.3.4, in SVR 2006 BVG n° 34 p. 131). En vertu de cette disposition, le Fonds de garantie LPP disposait, à concurrence des prestations garanties, d'un droit de recours contre des personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés.

cc) Dans sa teneur applicable depuis le 1^{er} janvier 2005, l'art. 56a al. 1 LPP prévoit que le Fonds de garantie LPP peut, vis-à-vis des personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés (depuis le 1^{er} janvier 2012 : de la caisse de pensions affiliée [RO 2011 3385]), participer aux prétentions de l'institution au moment du versement des prestations garanties et jusqu'à concurrence de celles-ci.

dd) La nouvelle entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 ne contenait pas de disposition transitoire relative à l'art. 56a al. 1 LPP. Conformément au principe général de droit transitoire, selon lequel – en cas de changement de loi – les règles applicables sont, sous réserve de dispositions particulières de droit transitoire, celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, il y a lieu d'examiner l'action du Fonds de garantie LPP au regard de l'art. 56a al. 1 LPP dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, dès lors que les prestations de garantie allouées par le Fonds de garantie LPP ont été versées postérieurement au 1^{er} janvier 2005 (cf. ATF 141 V 51 consid. 3.2.3).

e) La nature juridique de l'art. 56a ne fait pas l'objet d'un consensus.

aa) Dans sa teneur applicable du 1^{er} janvier 1997 au 31 décembre 2004, l'art. 56a LPP prévoyait que le Fonds de garantie LPP disposait d'un droit propre qui – à la différence de la responsabilité selon l'art. 52 LPP – était dirigé non seulement contre les organes de l'institution de prévoyance, mais également contre d'autres personnes qui, par un comportement fautif, avaient contribué à provoquer l'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Selon la jurisprudence, l'art. 56a LPP constituait pour les personnes recherchées par le Fonds de garantie LPP et qui n'étaient pas comprises dans le cercle des responsables concernés par l'art. 52 LPP la norme de

responsabilité déterminante (ATF 141 V 51 consid. 3.2.1 et les références). bb) La formulation choisie par le législateur fédéral dans le cadre de la nouvelle entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (« peut participer aux prétentions ») n'est pas des plus heureuses. Ainsi que cela ressort des contributions de la doctrine en lien avec cette disposition, il n'existe pas de consensus quant à la portée à donner à cette disposition. Si une partie de la doctrine estime désormais que l'art. 56a LPP institue une subrogation légale du Fonds de garantie LPP aux droits de l'institution de prévoyance (Beat Christen, in Commentaire LPP et LFLP, Schneider/Geiser/Gächter [édit.], 2^e éd., Berne 2020, n. 5 ss ad art. 56a LPP ; Hermann Walser, Auffangeinrichtung und Sicherheitsfonds, RSAS 2005 p. 83), une autre partie de la doctrine estime que cette disposition continue, malgré sa teneur, à consacrer aussi bien un droit autonome d'agir par la voie de l'action récursoire (Regressrecht) qu'une règle autonome de responsabilité (Isabelle Vetter-Schreiber, BVG-Kommentar, 3^e éd., Zurich 2013, n. 2 ad art. 56a LPP). Selon un troisième courant de doctrine, l'art. 56a LPP constitue un droit de subrogation légale sur les droits de l'institution de prévoyance à l'encontre des personnes responsables de son insolvabilité ainsi qu'une règle autonome de responsabilité pour les personnes qui ne sont pas comprises dans le cercle des responsables concernés par l'art. 52 LPP (Marc Hürzeler/Bettina Bürgi, in Commentaire bâlois, Berufliche Vorsorge, Bâle 2021, n. 6 ad art. 56a LPP ; Andreas Gnädinger, in Haftpflichtkommentar, Zurich/St-Gall 2016, n. 4 ad art. 56a LPP ; Marc Hürzeler/Jürg Brühwiler, Obligatorische berufliche Vorsorge, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^e éd., Bâle 2016, n. 70 p. 2086). cc) La jurisprudence n'offre aucun éclairage décisif sur cette question. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il indiqué, au consid. 3 de l'ATF 139 V 176, que le Fonds de garantie LPP était subrogé aux droits de l'institution de prévoyance à concurrence des prestations garanties, sans préciser toutefois ce qu'il en était des personnes qui n'étaient pas comprises dans le cercle des responsables concernés par l'art. 52 LPP. Au consid. 3.2.2 de l'ATF 141 V 51, il a en revanche indiqué que la jurisprudence rendue sous l'ancien droit conservait toute sa pertinence, dès lors que le champ d'application (personnel et matériel) de l'art. 56a LPP n'avait à aucun moment été un sujet de discussion au cours des travaux parlementaires. dd) La question de la nature juridique de l'art. 56a LPP peut demeurer en l'occurrence indéterminée, dès lors qu'il n'est pas contesté que le Fonds de garantie LPP peut agir contre toute personne – organe ou non – qui, par un comportement fautif, a contribué à provoquer l'insolvabilité de l'institution de prévoyance.

6. De l'exception de prescription Par jugement incident du 1^{er} février 2018, la Cour de céans a statué sur l'exception de prescription soulevée par la D. _____, K. _____, A.N. _____, B.N. _____, Y. _____, R. _____, G. _____ et H. _____.

Elle a constaté que, conformément au système de la loi, les prétentions du Fonds de garantie LPP se prescrivaient par cinq ans à partir du versement des prestations. Dans la mesure où celui-ci avait rendu sa décision visant le paiement de la garantie pour cause d'insolvabilité en date du 7 mars 2008, procédé aux principaux versements de garantie entre le 19 novembre 2008 et le 23 avril 2009 – un dernier versement ayant encore été effectué le 21 octobre 2010 – et conclu un « contrat de reprise » portant sur un montant de 2'236'400 fr. les 31 janvier et 2 février 2012, l'action en réparation du dommage n'était pas prescrite lorsque celle-ci a été déposée le 24 décembre 2012. Cette décision n'a pas été déférée au Tribunal fédéral. Malgré le vœu exprimé par la D. _____ dans ses déterminations du 9 novembre 2018, la Cour de céans ne procédera pas à un réexamen de cette question.

7. Des principes juridiques applicables a) Des conditions de la responsabilité En tant que norme générale de responsabilité, l'art. 56a al. 1 LPP présuppose la violation fautive des

devoirs qui incombent à la personne recherchée en responsabilité ; une négligence, même légère, suffit. 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 (ATF 140 V 405 consid. 2.2 ; 139 V 176 consid. 8). aa) aaa) 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-diminution du passif (ATF 144 III 155 consid. 2.2 ; 142 III 23 consid. 4.1 ; 139 V 176 consid. 8.1.1 et les références). Dans le cas particulier, celui-ci consiste dans le montant pris en charge par le Fonds de garantie LPP au titre des prestations qui auraient normalement dû être allouées par l'institution de prévoyance si celle-ci n'était pas devenue insolvable (ATF 139 V 176 consid. 8.1.1 ; 135 V 373 consid. 2.3 et les références).

bbb) 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 [code des obligations ; loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse ; RS 220] ; ATF 122 III 53 consid. 4b), 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). ccc) L'art. 42 al. 2 CO prévoit que si le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement, en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette disposition tend à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé ; néanmoins, elle ne le libère pas de la charge de fournir au juge, dans la mesure où cela est possible et où on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence du dommage et qui permettent ou facilitent son estimation ; elle n'accorde pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur (ATF 131 III 360 consid. 5.1). bb) Le point de savoir si la personne recherchée en responsabilité a manqué à ses devoirs dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'institution. 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 138 V 235 consid. 4.1 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'une personne consciencieuse 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 tienne 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 139 V 176 consid. 8.3 ; voir également Ueli Kieser, in *Commentaire LPP et LFLP*, op. cit., n. 43 ad art. 52 LPP). dd) Enfin, pour que le dommage doive être réparé, il faut qu'il existe entre l'insolvabilité et le comportement reproché au responsable un lien de causalité naturelle et adéquate. aaa) 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 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 139 V 176 consid. 8.4.1 et la référence). bbb) 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. 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. 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 139 V 176 consid. 8.4.2 et les références). ee) Si deux ou plusieurs personnes sont tenues de réparer le même dommage, il y a responsabilité plurale. La théorie générale de la pluralité de responsables consacrée par le Tribunal fédéral distingue entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite. Dans les cas où plusieurs responsables ont commis une faute commune, le préjudice causé est logiquement imputable à chacun d'eux (solidarité parfaite). Dans les cas où les différents responsables ont agi indépendamment les uns des autres, chacun d'entre eux répond certes de la totalité du préjudice qu'il a personnellement causé, mais pas au-delà (solidarité imparfaite). Si une personne n'a causé qu'une partie du préjudice, elle doit donc répondre de celle-ci, mais non du préjudice dans son entier ; il en va du respect des règles de la causalité, en vertu desquelles nul n'est tenu de réparer un préjudice qu'il n'a pas causé. La solidarité n'existe donc que dans la mesure de la responsabilité préalable de chacun (ATF 139 V 176 consid. 8.5 et les références ; voir également Franz Werro, *La responsabilité civile*, 2^e éd. 2011, ch. 1627 ss p. 457). ff) Aux termes de l'art. 55 al. 1 CO, l'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. La responsabilité de l'employeur pour le dommage causé par son auxiliaire est causale ; l'employeur répond du dommage même s'il n'y a pas eu faute de sa part ou de celle de l'auxiliaire (ATF 110 II 456 consid. 2). Il peut toutefois se libérer de sa responsabilité notamment s'il prouve que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire (art. 55 al. 1 CO) ; selon la règle générale de la causalité, il ne répond pas du dommage lorsqu'une autre cause a joué un rôle primaire et seul décisif dans la survenance de celui-ci (ATF 131 III 115 consid. 3.1). b) Des droits et obligations du Conseil de fondation aa) Des devoirs de diligence et de fidélité A l'instar des organes d'une personne morale, les organes d'une institution de prévoyance sont communément tenus de faire preuve de diligence et de fidélité dans l'accomplissement de leur mandat. aaa) De façon générale, la diligence requise s'apprécie au regard de critères objectifs et correspond à ce qu'une personne consciencieuse 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 toutefois de tenir 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 (ATF 138 V 235 consid. 4.2.1 et les références). bbb) 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. 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 (ATF 138 V 235 consid. 4.2.2 et les références). ccc) La jurisprudence a précisé que la responsabilité d'un organe d'une institution de prévoyance n'est soumise à aucun délai de carence. Elle est engagée dès le premier jour où le statut d'organe lui a été conféré. Cela présuppose qu'il ait acquis une image suffisamment complète de l'institution de prévoyance – aussi bien sur son organisation, sa politique de placement ou sa manière de gérer les risques – avant même son entrée en fonction. Il est en effet attendu de lui qu'il participe activement à la bonne marche de l'institution de prévoyance dès son entrée en fonction (ATF 141 V 51 consid. 6.1 ; 128 V 124 consid. 4b). bb) De la délégation des tâches Au vu de la complexité croissante des tâches revenant aux institutions de prévoyance, le manque de compétences techniques et le besoin accru de professionnalisme conduisent de plus en plus souvent les institutions de prévoyance à confier certaines tâches à des prestataires professionnels externes. aaa) Ainsi est-il admis que le conseil de fondation d'une institution de prévoyance puisse déléguer une partie de ses activités à des tiers, externes à l'institution de prévoyance (« outsourcing »). L'existence d'une délégation de tâches permet au conseil de fondation de partiellement se libérer de sa responsabilité, en ce sens que celle-ci se limite alors au choix consciencieux du prestataire externe, aux instructions qui lui sont données et à sa surveillance (« cura in eligendo, instruendo et custodiendo »). Cette limitation de responsabilité n'est valable que pour autant que la délégation de tâches soit prévue dans les statuts, dans un règlement ou dans une décision formelle du conseil de fondation (Thomas Gächter/Maya Geckeler Hunziker, in Commentaire LPP et LFLP, op. cit., n. 9 s. ad art. 51a LPP ; Rita Trigo Trindade, Fondations de prévoyance et responsabilité : développement récents, in Institutions de

prévoyance : devoirs et responsabilité civile, Trigo Trindade/Rita & Anderson/ Martin [édit.] , Genève 2006, p. 151 s.). bbb) De même, le conseil de fondation d'une institution de prévoyance peut-il être amené ponctuellement à demander conseil auprès d'experts afin de bénéficier d'informations précises sur les paramètres d'une décision à prendre et/ou sur les conséquences qui pourraient en découler. Le recours aux conseils d'un expert externe ne libère cependant pas les membres du conseil de fondation de leurs obligations et responsabilités. Ainsi, le fait de mandater un expert pour analyser certaines questions et fournir certaines recommandations ne dispense pas les membres du conseil de fondation de s'assurer que les informations dont ils disposent sont nécessaires et suffisantes pour permettre de prendre leur décision en toute connaissance de cause. Au contraire, il est attendu des membres du conseil de fondation d'une institution de prévoyance qu'ils soient capables, avant de se prononcer, d'analyser de manière critique les informations qui leur sont communiquées et d'apprécier les avantages, inconvénients, opportunités et risques des diverses options qui leur sont soumises (Martin Anderson, Devoir de diligence et placements : aspects juridiques, in Institutions de prévoyance : devoirs et responsabilité civile, op. cit., p. 38 s. ; Martin Th. Maria Eisenring, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, Zurich 1999, p. 102). Il est toutefois admis, lorsque l'expert dispose des qualifications professionnelles requises et a été correctement instruit sur la portée de son mandat, que le conseil de fondation d'une institution de prévoyance puisse se fier aux renseignements donnés, aussi longtemps qu'il n'y a pas d'indices laissant à penser qu'ils seraient erronés (Marco Lanter, Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, 1984, p. 125 ss). ccc) Certaines tâches centrales de gestion doivent être assumées par l'organe paritaire et ne peuvent être déléguées. Font ainsi partie des tâches intransmissibles du conseil de fondation la définition des principes fondamentaux d'organisation de l'institution de prévoyance. Sur le plan du financement, il lui incombe, du côté des passifs, de décider du ou des plans de prévoyance, des paramètres techniques, des réserves à constituer ou encore d'un éventuel recours à la réassurance et, du côté des actifs, de définir la stratégie de placement ainsi que le risque supportable. Si la mise en œuvre de ces principes est déléguée à des tierces personnes, il appartient au conseil de fondation de procéder à leur désignation et d'élaborer les directives à leur intention (sous forme de règlements sur les prestations et sur les placements). Constitue également une tâche intransmissible du conseil de fondation la haute surveillance de l'institution de prévoyance : celui-ci doit mettre en place des systèmes de surveillance lui permettant de s'assurer de la conformité de l'activité de l'institution de prévoyance et des personnes travaillant pour elle, mais également de veiller à la réalisation des objectifs poursuivis. A ce titre, il lui appartient de mettre en place un contrôle actuariel ainsi que de désigner un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle et un organe de contrôle. La haute surveillance inclut enfin l'obligation de fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier, ainsi que d'adopter régulièrement les comptes de l'institution (pour une liste exhaustive des tâches intransmissibles, art. 51a LPP ; cf. Domenico Gullo, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats in der Vorsorgeeinrichtung und die Delegation von Aufgaben, RSAS 2001 p. 57 s. ; voir également Eisenring, op. cit., p. 99 ss et Trigo Trindade, op. cit., p. 152). cc) De l'obligation d'information Pour pouvoir accomplir correctement sa mission, les membres du conseil de fondation d'une institution de prévoyance doivent être convenablement et régulièrement informés. Seule une personne bien informée peut en effet exercer de manière responsable la mission qui lui a été attribuée (Gullo, op. cit., p. 47). Ainsi, chaque membre du conseil de fondation peut, à tout moment, demander des renseignements relatifs aux

affaires de l'institution de prévoyance. Il peut en particulier exiger des personnes en charge de l'administration des renseignements sur la marche courante de l'institution de prévoyance et, avec l'autorisation du président, sur des affaires déterminées (cf. art. 715a al. 1 et 3 CO ; Gullo, op. cit., p. 50). Lorsque le conseil de fondation délègue une partie de ses tâches à une tierce personne, il doit veiller à pouvoir exercer les tâches de haute surveillance qui lui incombent. Cette obligation peut en règle générale être respectée lorsque le conseil de fondation a déterminé à l'avance sous quelle forme, à quelle fréquence et selon quelles modalités le tiers délégataire est tenu de l'informer. Sauf circonstances particulières, il doit en effet pouvoir compter sur le fait que les informations transmises sont fidèles et complètes. La fréquence et l'ampleur des points de situation peuvent néanmoins varier en fonction de la taille et de la structure de l'institution de prévoyance. Dans tous les cas, le conseil de fondation doit être informé le plus rapidement possible en cas d'événement extraordinaire (Gullo, op. cit., p. 47 s.). Avant toute décision à prendre, chaque membre du conseil de fondation d'une institution de prévoyance doit veiller à disposer d'informations compréhensibles et appropriées. Ainsi est-il en droit d'exiger que les documents à la base de la future décision à prendre soient mis à sa disposition préalablement à la séance. Il peut à cet égard exiger que la documentation expose en détail l'objet examiné, fasse état des variantes examinées et de leurs effets, procède à une évaluation et contienne des recommandations. N'est pas admissible la remise en cours de séance – sous forme orale ou par écrit – d'informations servant de base à des décisions importantes pour le fonctionnement de l'institution de prévoyance. Si tel est néanmoins le cas, une pause doit être aménagée afin de permettre aux membres du conseil de fondation d'en prendre connaissance (Gullo, op. cit., p. 49).

dd) De la garantie du but de la prévoyance Selon l'art. 65 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance sont tenues d'offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements. Elles doivent en particulier régler leur système de cotisation et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la loi puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles (art. 65 al. 2 LPP). D'après les art. 48 et 49 al. 2 LPP, cette disposition est valable aussi bien pour la prévoyance professionnelle obligatoire que pour la prévoyance professionnelle plus étendue gérée par les institutions enregistrées (ATF 121 II 198 consid. 5b). Elle contient un principe fondamental qui s'applique à toutes les institutions de prévoyance, qu'elles soient de droit privé ou de droit public, qu'elles assument elles-mêmes les risques ou qu'elles aient conclu un contrat d'assurance collectif. Les engagements pris doivent être garantis, pleinement et en tout temps. En d'autres termes, les institutions de prévoyance ne peuvent surseoir, même provisoirement, à cette exigence de sécurité (ATF 130 II 258 consid. 3.2 ; TFA 2A.562/2005 du 28 juin 2006 consid. 3.1 ; Message du 19 décembre 1975 à l'appui d'un projet de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1976 I 117, p. 232). Une responsabilité fondée sur cette disposition ne peut en principe entrer en ligne de compte que s'il peut être reproché aux responsables d'une institution de prévoyance de n'avoir pas pris les mesures nécessaires afin de remédier à une insuffisance de couverture. La plupart des découverts auxquels les institutions de prévoyance sont confrontées ne résultent toutefois pas d'un manque fautif de diligence, mais ont pour origine soit un déficit structurel (évolution négative des paramètres techniques d'assurance, tels que, par exemple, l'accroissement des cas d'invalidité ou de la longévité), soit un déficit conjoncturel (évolution des placements ; cf. TF 9C_40/2015 du 17 novembre 2015 consid. 7.1).

ee) Des devoirs en matière de placement de la fortune de prévoyance En matière de placement de la fortune de prévoyance d'une institution de prévoyance, un comportement

contraire aux devoirs consiste en premier lieu en une violation des dispositions légales et réglementaires. aaa) Selon l'art. 71 al. 1 LPP, 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. bbb) i) En vertu de l'art. 49a al. 1 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2 ; RS 831.441.1), dans sa teneur en vigueur du 1^{er} juillet 1996 au 31 décembre 2008, l'institution de prévoyance est tenue de fixer clairement les objectifs et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune de façon que l'organe paritaire puisse assumer pleinement sa tâche de gestion. ii) Pour pouvoir assumer la responsabilité inhérente à la haute surveillance en matière de placement de la fortune, le conseil de fondation d'une institution de prévoyance doit, selon cette disposition, respecter notamment les obligations suivantes : - Il doit fixer les objectifs et les principes de base en matière de placements (risque supportable, rendement nécessaire, besoins de liquidités) à la lumière de la structure et des besoins spécifiques de l'institution de prévoyance, puis concrétiser la stratégie de placement sur la base des éléments prédéfinis. Autrement dit, l'art. 49a al. 1 OPP 2 impose au conseil de fondation qu'il examine dans le détail et de façon autonome, si besoin est avec le concours de conseillers internes ou externes, la capacité de risque de l'institution de prévoyance et détermine dans quelle mesure il peut utiliser les marges de manœuvre offertes par les différentes catégories de placement. C'est ainsi au conseil de fondation qu'il appartient de définir les catégories de placement admissibles ainsi que les limites autorisées pour chaque catégorie de placement. - Il doit mettre en œuvre la politique de placements qu'il a décidée. En règle générale, le conseil de fondation délègue cette tâche à des intervenants externes à l'institution de prévoyance. Si tel est le cas, il doit alors se doter d'une structure organisationnelle qui précise la répartition des rôles et des moyens entre les différents intervenants et qui permette la surveillance des placements. - Il doit surveiller et contrôler le processus de gestion de fortune. Il n'est pas admissible de laisser faire le ou les gestionnaires de fortune mandatés, sans contrôler l'activité de gestion, le respect de la répartition des rôles et la réalisation des objectifs. La recherche des points faibles de la stratégie et de l'existence d'éventuels conflits d'intérêts fait partie des tâches essentielles d'un conseil de fondation. Lorsque les placements opérés ne permettent pas d'atteindre les objectifs fixés, les décisions prises doivent être soumises à une réévaluation périodique et, le cas échéant, faire l'objet de mesures correctrices (Eisenring, op. cit., p. 199 ; Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 50 du 8 avril 2000 , p. 7). - De l'art. 49a al. 1 OPP 2 résulte également l'obligation, sur le plan formel, de consigner dans un règlement écrit – dont le niveau de détail variera en fonction de l'institution de prévoyance – les éléments essentiels de la politique de placement. Un tel règlement doit comprendre en règle générale une description précise des objectifs poursuivis par la politique de placement de l'institution de prévoyance, les principes de base en matière d'investissements, l'organisation et la répartition des rôles et des compétences entre les différents intervenants chargés de la mise en œuvre de la stratégie de placement ainsi que les règles sur le reporting et la surveillance des placements (Anderson, op. cit., p. 41). En d'autres termes, la haute surveillance en matière de gestion des avoirs de prévoyance doit être comprise comme la conception et la mise en œuvre de la stratégie de placement. Il s'agit d'une tâche permanente et continue dont le but est d'atteindre certains objectifs financiers tout en garantissant l'équilibre financier de l'institution de prévoyance et qui s'exerce en plusieurs phases successives ou simultanées : la formulation d'objectifs, l'adoption d'une stratégie, la mise en œuvre de

cette stratégie, le contrôle des résultats et, le cas échéant, l'adoption de mesures correctrices (sur l'ensemble de la question, Eisenring, op. cit., p. 73 ss). ccc) i) Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 mars 2000, l'art. 50 OPP 2 prévoyait que le placement de la fortune devait satisfaire en priorité aux exigences de la sécurité (al. 1), l'institution de prévoyance devant choisir soigneusement les placements à opérer en tenant compte du but poursuivi et de la grandeur de l'institution (al. 2) ; les disponibilités devaient être réparties entre les différentes catégories de placements, des débiteurs de qualité irréprochable ainsi qu'entre plusieurs régions et secteurs économiques (al. 3). A la suite de la novelle du 20 mars 2000, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2000, l'art. 50 OPP 2 prévoyait désormais que l'institution de prévoyance devait choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opérerait (al. 1) ; elle devait veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance, celle-ci devant être évaluée spécialement en tenant compte de la totalité des actifs et des passifs, de la situation financière effective, ainsi que de la structure et de l'évolution future prévisible de l'effectif des assurés (al. 2) ; elle devait par ailleurs respecter les principes d'une répartition appropriée des risques, les disponibilités devant, en particulier, être réparties entre différentes catégories de placements ainsi qu'entre plusieurs régions et secteurs économiques (al. 3). ii) Le conseil de fondation d'une institution de prévoyance doit définir la stratégie optimale pour celle-ci en se fondant sur sa capacité de risque et sur les divers paramètres mentionnés à l'art. 50 al. 2 OPP 2. La capacité de risque d'une institution de prévoyance se définit comme la capacité de l'institution à absorber les fluctuations de valeurs prévisibles sur ses divers placements et à pouvoir disposer de suffisamment de moyens pour honorer ses obligations courantes et futures à l'égard des assurés (notamment les rentes et les prestations de libre passage), telles qu'elles sont calculées par rapport au taux d'intérêt technique applicable (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 50 du 8 avril 2000 p. 7 ; Anderson, op. cit., p. 41 ; Gullo, op. cit., p. 52). La capacité de risque d'une institution de prévoyance dépend dans une large mesure de l'existence et du montant de ses réserves de fluctuation. Ainsi, lorsqu'une institution de prévoyance dispose de réserves de fluctuations confortables, elle peut se permettre de suivre une stratégie de placement plus agressive, sachant que les fluctuations de cours plus importantes qui peuvent découler d'une telle stratégie pourront être absorbées, du moins partiellement, par les réserves constituées à cet effet. En revanche, lorsqu'une institution de prévoyance ne dispose pas de réserves de fluctuations de cours, sa capacité de risque s'en trouve grandement limitée, ce qui a un impact sur la définition de sa stratégie de placement et sur le choix des formes de placement qui s'offrent à elle (Anderson, op. cit., p. 42). Outre le critère général de la capacité de risque, le conseil de fondation doit également tenir compte des éléments relatifs à la situation financière de l'institution de prévoyance (« la totalité des actifs et passifs et la situation financière »). En sus de la question de la composition du portefeuille des actifs, il doit prendre en considération les problématiques liées à la forme de l'institution de prévoyance, à la nature et au niveau des prestations offertes ou encore à l'effectif des assurés (« la structure et l'évolution prévisible de l'effectif des assurés »), ce qui implique, en parallèle de la prise en compte du nombre et de la structure d'âge de l'effectif actuel, d'effectuer des projections quant à l'évolution possible de la population assurée (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 50 du 8 avril 2000 p. 8 ; Anderson, op. cit., p. 42). ddd) La diligence dont le conseil de fondation d'une institution de prévoyance doit faire preuve de façon générale en matière de placements doit être examinée sous l'angle du processus de décision plutôt que sous l'angle de la décision elle-même. Eu égard à la multitude et à la complexité des éléments à prendre en compte

pour définir la stratégie de placement la plus adéquate pour une institution de prévoyance ainsi qu'aux aléas inhérents à tout investissement sur les marchés financiers (cf. ATF 138 V 235 consid. 4.3), le meilleur moyen pour préserver les intérêts des assurés est d'exiger des responsables d'une institution de prévoyance qu'ils respectent un processus d'analyse et de décision rigoureux comme garde-fou contre les décisions peu réfléchies qui laisseraient une trop grande place au hasard (Anderson, op. cit., p. 39 ; Lanter, op. cit., p. 91 et n. 271). ff) Des placements en actions aaa) En vertu des art. 54 let. d et g et 55 let. c OPP 2 (dans leur teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1993 au 31 décembre 2008), les placements dans des actions, titres assimilables à des actions et autres participations à des sociétés dont le siège est en Suisse étaient limités à 30 %, à raison de 10 % au plus par société, alors que les placements dans des actions et titres assimilables à des actions d'une société dont le siège est à l'étranger étaient limités à 25 %, à raison de 5 % au plus par société ; l'ensemble des placements en actions étaient par ailleurs limités à 50 % au maximum. bbb) Le conseil de fondation d'une institution de prévoyance doit faire preuve d'une prudence accrue dans la définition de la stratégie de placement, et par conséquent réserver une pondération moindre aux placements en valeurs réelles et autres investissements plus volatils, lorsque les conditions ne le permettent pas. Cela est notamment le cas lorsque la stratégie de placement ne peut pas s'inscrire dans une perspective à long terme (par exemple en raison d'une probabilité élevée de liquidation à relativement brève échéance) ou lorsque la situation de découvert de l'institution oblige le conseil de fondation à éviter autant que possible toute détérioration supplémentaire du taux de couverture des engagements (Anderson, op. cit., p. 73). ccc) Bien avant le tournant du siècle, il n'était pas contesté que les placements dans des instruments risqués et volatils tels que les actions n'étaient admissibles que pour autant que d'importantes réserves de fluctuation aient été préalablement constituées. D'après une règle fondamentale défendue par les gérants et les experts, des placements en action ne pouvaient être réalisés que dans la mesure où les fonds libres correspondaient au moins à un tiers de l'investissement (ATF 143 V 19 consid. 6.1.5 et les références ; Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 8 du 30 mars 1988, n. 48 p. 9 ; voir également Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 50 du 8 avril 2000, p. 7). gg) Des placements dans les immeubles aaa) En vertu de l'art. 54 let. c OPP 2 (dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1993 au 31 décembre 2008), les placements dans des immeubles situés en Suisse et dans des participations à des sociétés immobilières dont au moins la moitié de la fortune se composait d'immeubles situés en Suisse étaient limités à 50 % (aujourd'hui : 30 %) de la fortune globale de l'institution de prévoyance. bbb) Les investissements immobiliers ont ceci de particulier qu'en principe, ils offrent un rendement régulier, tout en prenant de la valeur avec le temps ; ils représentent à cet égard le modèle même du placement à long terme. Pour autant, ils doivent être choisis avec soin, ce qui présuppose que l'institution de prévoyance dispose des compétences d'analyse, de sélection et de suivi de tels placements (Yvar Mentha, in Commentaire LPP et LFLP, op. cit., n. 65 ad art. 71 LPP ; voir également Eisenring, op. cit., p. 151 ss). Les investissements opérés par une institution de prévoyance doivent en principe être financés par l'institution elle-même. S'il n'est pas interdit, le financement au moyen de fonds étrangers (crédit ou prêt) se doit de rester limité (ATF 137 V 446 consid. 6.2.6 et les références ; Eisenring, op. cit., p. 155 ; voir également l'art. 54b al. 2 OPP 2, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009, qui fixe la limite maximale d'avance [temporaire] sur un objet immobilier à 30 % de sa valeur vénale). ccc) Les investissements immobiliers font partie des instruments courants de placement considérés en principe comme sûrs, qui, lorsqu'ils sont réalisés de façon professionnelle, permettent de couvrir les

besoins à long terme d'une institution de prévoyance. Le choix de procéder à un placement dans le domaine de l'immobilier relève avant tout de la stratégie globale de placement adoptée par l'institution de prévoyance et de l'opportunité d'un tel placement (Mentha, op. cit., n. 47 ss ad art. 71 LPP). Si la stratégie peut être influencée par une problématique de financement à court terme (liée, par exemple, à une hausse soudaine des rentes à servir ou des prestations de libre passage à verser), celle-ci ne doit pas non plus perdre de vue les nécessités de financement à moyen et long terme de l'institution de prévoyance (TF 9C_40/2015 précité consid. 6.4.1).

c) Des droits et obligations du mandataire

aa) Du mandat en général

aaa) Le mandat est le contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis (art. 394 al. 1 CO). La responsabilité du mandataire est soumise, d'une manière générale, aux mêmes règles que celles du travailleur dans le contrat de travail (art. 398 al. 1 CO). Le mandataire doit ainsi exécuter avec soin la mission qui lui est confiée et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son cocontractant (art. 321a al. 1 CO). Il est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution de sa mission (art. 398 al. 2 CO). Le mandataire est de manière générale tenu à des devoirs de diligence, d'information et de conseil (ATF 115 II 62 consid. 3 ; TF 4A_111/2019 du 23 juillet 2019 consid. 3.1).

bbb) Le devoir d'information implique pour le mandataire d'aviser l'autre partie de tout ce qui est important pour cette dernière en relation avec l'exécution du contrat (ATF 115 II 62 consid. 3). Afin d'être utile au mandant, l'information doit être complète, exacte et dispensée à temps. Le mandataire doit notamment renseigner le mandant sur les risques (y compris les risques financiers) et avantages des mesures et des actes envisagés, ou sur l'exécution du mandat en général. L'information doit ainsi rendre le mandant à même de donner des instructions adéquates. L'étendue du devoir d'information varie en fonction des connaissances et de l'expérience du mandant ; la responsabilité du mandataire n'est ainsi pas la même selon qu'il a à faire ou non à une personne expérimentée (ATF 119 II 333 consid. 5a et les références ; TF 4A_111/2019 précité consid. 3.2).

ccc) Les instructions sont des manifestations de volonté sujettes à réception, au moyen desquelles le mandant indique au mandataire, pendant l'exécution ou au moment de la conclusion du contrat, comment les services doivent être rendus. Selon l'art. 397 al. 1 CO, les instructions sont en principe contraignantes ; le mandataire ne peut s'en écarter que dans des circonstances précises, soit si la sauvegarde des intérêts du mandant commande sans instructions la prise de mesures urgentes (art. 397 al. 1 in fine CO), si les instructions sont illicites ou contraires aux mœurs ou si elles sont déraisonnables. Le mandataire qui ne se conforme pas aux instructions reçues viole le contrat et doit réparation au mandant (TF 4A_111/2019 précité consid. 3.3 et les références).

ddd) Selon l'art. 398 al. 2 CO, le mandataire est responsable, envers le mandant, de la bonne et fidèle exécution du mandat. L'échec de la mission assumée n'est certes pas suffisant à engager sa responsabilité ; le mandataire doit seulement réparer les conséquences d'actes ou d'omissions contraires à son devoir de diligence. En règle générale, l'étendue de ce devoir s'apprécie selon des critères objectifs ; il s'agit de déterminer comment un mandataire consciencieux, placé dans la même situation, aurait agi en gérant l'affaire en cause ; les exigences sont plus rigoureuses à l'égard du mandataire qui exerce son activité à titre professionnel et contre rémunération (ATF 115 II 62 consid. 3a ; voir aussi ATF 127 III 328 consid. 3).

bb) Des devoirs d'information d'un établissement bancaire

aaa) Les devoirs d'information et de conseil d'un établissement bancaire sont des notions à géométrie variable dont le Tribunal fédéral a été appelé à préciser les contours à diverses reprises. Il résulte de cette jurisprudence que l'objet exact et l'étendue du devoir

d'information dépendent de la nature des prestations fournies par la banque et des circonstances du cas, notamment de l'expérience et des connaissances de son client. L'on devrait ainsi plutôt parler des devoirs d'information de la banque. Ces devoirs découlent des obligations de diligence et de fidélité ancrés dans les règles du mandat (art. 398 al. 2 CO), du principe de la confiance (art. 2 CC), ou encore de l'ancien art. 11 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM ; RO 1997 68 ; abrogée avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2019 de la loi fédérale sur les établissements financiers [LEFin ; RS 954.1]). Ils tendent de manière uniforme à la sauvegarde loyale des intérêts d'autrui (TF 4C.205/2006 du 21 février 2007 consid. 3.2 et les références). En tout état de cause, la banque doit fournir à son client une information véridique et complète chaque fois que, dans un cas concret, le client souhaite information et conseil de la part de celle-ci. De plus, un devoir d'information marqué existe dans l'hypothèse où la banque recommande au client, même spontanément, certaines dispositions patrimoniales, en particulier des placements de capitaux (TF 4C.20/2005 du 21 février 2006 consid. 4.2.3 ; TF 4C.410/1997 du 23 juin 1998 consid. 3b). bbb) Le client d'une banque qui souhaite procéder à des placements dispose globalement de trois constructions juridiques : le simple dépôt bancaire avec ordre donné par le client, le conseil en placements ou le mandat de gestion (ATF 144 III 155 consid. 2.1 ; 133 III 97 consid. 7.1). Dans le contrat de conseil en placements, le client décide lui-même des opérations à effectuer, après avoir obtenu renseignements et conseils de la banque. Ce pouvoir décisionnel constitue le principal critère de distinction par rapport au contrat de gestion de fortune (ATF 144 III 155 consid. 2.1.1 ; TF 4A_730/2016 du 5 février 2018 consid. 2.2 ; TF 4A_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.1). Le client doit supporter seul le risque découlant de sa décision, sachant qu'il ne peut pas se fier sûrement à un conseil concernant un événement futur et incertain (ATF 119 II 333 consid. 7a). ccc) Dans le mandat de gestion de fortune, le client charge la banque de gérer tout ou partie de sa fortune en déterminant elle-même les opérations boursières à effectuer, dans les limites fixées par le contrat en ce qui concerne la stratégie de placement et l'objectif poursuivi par le client. L'existence d'un contrat de gestion de fortune n'exclut nullement que le client puisse occasionnellement donner des instructions à la banque (TF 4A_72/2020 du 23 octobre 2020 consid. 5 ; TF 4A_730/2016 précité consid. 2.1 et les références). Le mandataire qui se charge à titre professionnel de gérer la fortune d'autrui est soumis à un devoir de conseil et de mise en garde. Il lui incombe de renseigner son client quant au risque des investissements envisagés et de le mettre en garde contre des décisions hâtives. L'étendue de ce devoir est fonction des connaissances du client et du type d'investissement à entreprendre. Le mandataire doit s'informer complètement sur l'état des connaissances du client et sur sa disposition à prendre des risques. Ce devoir de mise en garde est particulièrement marqué lorsque le mandataire propose des opérations qui, d'expérience, sont hautement spéculatives et risquées. Le client inexpérimenté dans ce type d'affaires doit être clairement renseigné sur le risque de perte et, en particulier, sur le danger de perdre la somme investie en peu de temps. Il ne suffit pas que le mandataire mentionne simplement le risque de perte et qu'il recueille formellement, sur cette base, le consentement du client, si des perspectives de gain irréalistes sont en même temps présentées à ce dernier (ATF 124 III 155 consid. 3a ; 119 II 333 consid. 5a ; 115 II 62 consid. 3a). ddd) Comme conseillère en placement, la banque doit renseigner le client sur tous les éléments importants pour la formation de sa volonté (ATF 115 II 62 consid. 3a). Elle doit en particulier l'informer sur les chances et les risques liés aux placements envisagés (TF 4A_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.4; cf. ATF 124 III

155 consid. 3a). L'information donnée doit être exacte, compréhensible et complète (TF 4A_168/2008 précité consid. 2.4). Le conseil donné par la banque se rapporte à l'opportunité d'effectuer un placement par rapport à la situation personnelle du client. La banque doit donc se renseigner sur cet aspect, et notamment s'enquérir du degré de risque que le client est prêt à assumer. Cas échéant, la banque peut devoir avertir le client que sa stratégie n'est pas adéquate, devoir qui ne doit pas être admis trop facilement (TF 4A_730/2016 précité consid. 2.2 ; TF 4A_444/2012 du 10 décembre 2012 consid. 3.2 et les références citées). Si le client veut persister dans sa stratégie alors qu'il a été mis en garde par la banque et/ou qu'il est conscient des risques encourus, la banque n'encourt aucune responsabilité. En fin de compte, sa responsabilité n'est engagée que si le conseil, au moment où il a été donné, était manifestement déraisonnable (ATF 119 II 333 consid. 7a).

d) Des droits et obligation de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle aa) D'après l'art. 53 al. 2 LPP, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 applicable en l'espèce, l'institution de prévoyance est tenue de charger un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle de déterminer périodiquement si l'institution de prévoyance offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements (let. a) et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales (let. b). L'expert doit être indépendant ; il ne peut être soumis aux directives de personnes responsables de la gestion ou de l'administration de l'institution de prévoyance (art. 40 OPP 2, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011). Dans l'accomplissement de son mandat, il doit se conformer aux directives de l'Autorité de surveillance ; il est tenu d'informer immédiatement l'Autorité de surveillance si la situation de l'institution de prévoyance exige une intervention rapide ou si son mandat prend fin (art. 41 OPP 2, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011). bb) L'art. 53 al. 2 let. a LPP, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011, définit les tâches principales de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle. Afin de pouvoir accomplir sa mission, il doit établir un bilan technique à intervalles réguliers (définis par le règlement) et procéder à son évaluation. Il doit vérifier que l'évolution actuarielle des risques correspond aux bases techniques retenues et examiner les éventuels écarts. Il doit également calculer le taux de rendement de la fortune et contrôler si ledit rendement est compatible avec le taux d'intérêt technique. De même, il lui appartient d'analyser les effets des modifications salariales et des mutations dans l'effectif des assurés sur la situation financière de l'institution de prévoyance. Dans l'hypothèse où l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle est chargé de contrôler une institution autonome ou semi-autonome, l'art. 53 al. let. b LPP le charge également, en sus de ces questions de nature purement actuarielle, d'examiner la conformité aux prescriptions légales des dispositions réglementaires relatives aux prestations et au financement. Afin que l'expert puisse remplir sa mission conformément à son mandat, il doit pouvoir bénéficier d'un accès illimité aux données comptables et aux pièces justificatives et pouvoir exiger de l'organe paritaire tous les renseignements qu'il juge nécessaires à l'accomplissement de sa tâche (Eisenring, op. cit., n. 642 p. 120). En l'absence de base légale expresse dans le droit de la fondation, cette compétence doit être déduite de l'art. 396 al. 2 CO, disposition en vertu de laquelle le mandataire dispose du pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par l'exécution du mandat. cc) Au sein des institutions de prévoyance autonomes et semi-autonomes, l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle n'est pas seulement un organe de contrôle, mais endosse également le rôle de premier conseiller en matière d'aménagement du plan de prévoyance et

de rédaction des règlements corrélatifs. Dans la mesure où les organes de gestion et administratifs de la plupart des institutions de prévoyance ne disposent pas des connaissances actuarielles requises, la présence de ce spécialiste a de tout temps été considérée comme naturelle. Compte tenu de la définition très sommaire et générale des tâches attribuées à l'organe de contrôle et à l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle, il n'est guère surprenant que rapidement soient apparues dans les cercles professionnels concernés des questions relatives à la délimitation des tâches de contrôle entre ces deux organes. Dans le but d'éviter que ne surgissent des lacunes involontaires ou des doublons inutiles dans le contrôle des institutions de prévoyance, les associations faitières des organes de contrôle et des experts, soit la Chambre fiduciaire et l'Association suisse des actuaires, ont, en 1984 déjà, mis en place une commission mixte, laquelle a élaboré des directives. Celles-ci ont été résumées en 1990 et publiées dans une brochure (Contrôle dans la prévoyance professionnelle, Winterthur 1990). Même si les directives sont dépourvues de toute force juridique contraignante, elles sont considérées par la pratique comme un guide utile. dd) Dans un souci d'autorégulation, l'Association suisse des actuaires et la Chambre suisse des Actuaires-conseils ont élaboré en commun des principes et directives pour les experts en assurances de pensions, lesquelles ont été constamment adaptées au gré de l'évolution. L'application de ces principes et directives doit permettre aux personnes concernées d'exercer leurs activités dans le domaine actuariel « conformément au champ d'activité défini par le législateur, garantissant ainsi les compétences et le sens des responsabilités requis ». Au moment des faits, faisaient autorité les « Principes et directives 2000 pour les experts en assurances de pensions », adoptées le 13 juin 2000 et déclarées contraignantes pour les membres des associations susmentionnées à compter du 1^{er} janvier 2001. ee) A la fin du siècle dernier, l'expert avait essentiellement pour tâche d'apprécier les engagements de l'institution de prévoyance ; l'attention de celui-ci était donc portée sur le côté passif du bilan. Les placements allaient pour ainsi dire de soi et leur rendement semblait garanti. Dans ce contexte, le rôle de l'expert consistait principalement à calculer les capitaux de couverture et les provisions et à établir le bilan technique sur cette base. Les changements intervenus sur les marchés boursiers au tournant du siècle (à la suite de l'éclatement de la bulle Internet) ont montré à quel point il était important que la fonction de contrôle impartie à l'expert par le législateur englobe une vision globale et dynamique des côtés actif et passif du bilan. D'après l'art. 14 des « Principes et directives 2000 pour les experts en assurances de pensions », l'expert devait désormais considérer les placements financiers et les contraintes qui en découlaient. De fait, il devait tenir compte de la structure des investissements et des échéances résultant des obligations liées à la prévoyance professionnelle. Il devait en particulier prendre en considération, dans son évaluation selon l'art. 53 al. 2 let. a LPP, l'existence et la grandeur d'une réserve pour fluctuations des cours sur titre garantissant la stratégie de placement choisie par l'institution de prévoyance (ATF 141 V 71 consid. 6.1.4). 8. Du dommage a) Conformément à l'art. 56 al. 1 let. b et c LPP, le Fonds de garantie LPP garantit les prestations dues par des institutions de prévoyance devenues insolvables. Son dommage correspond alors au montant total des prestations garanties. aa) Dans le cadre de sa mission, le Fonds de garantie LPP a versé à titre de garantie les montants suivants [214] : - 19'230 fr. 05 le 19 novembre 2008 ; - 8'031 fr. 35 le 19 novembre 2008 ; - 2'291'405 fr. 50 le 27 novembre 2008 ; - 1'619'909 fr. 55 le 4 décembre 2008 ; - 8'763 fr. 80 le 8 décembre 2008 ; - 2'746'413 fr. 80 le 11 décembre 2008 ; - 23'189 fr. 45 le 15 décembre 2008 ; - 849'736 fr. 90 le 18 décembre 2008 ; - 201'869 fr. 65 le 24 décembre 2008 ; - 26'870 fr. 40 le 26 janvier

2009 ; - 390'250 fr. 65 le 29 janvier 2009 ; - 314'926 fr. 30 le 12 février 2009 ; - 340'899 fr. 45 le 23 avril 2009 ; - 17'801 fr. 75 le 21 octobre 2010, soit un montant total de 8'859'298 fr. 60, dont il y a lieu de déduire la somme de 117'419 fr. 45 correspondant à divers versements effectués à double et remboursés par la suite [215] . bb) Le Fonds de garantie LPP s'est en outre vu verser par la Fondation J._____ les prestations de sortie en relation avec des rentiers partiellement invalides, à savoir des montants de : - 239'617 fr. 85 valeur 30 janvier 2008 ; - 40'759 fr. 25 valeur 1 er octobre 2008 ; - 27'431 fr. 95 valeur 1 er octobre 2008 ; - 95'802 fr. 00 valeur 1 er octobre 2008 ; - 31'101 fr. 60 valeur 1 er octobre 2008 ; - 29'687 fr. 35 valeur 1 er octobre 2008 ; - 374'336 fr. 35 valeur 1 er octobre 2008 ; - 144'610 fr. 70 valeur 1 er octobre 2008 ; - 134'285 fr. 75 valeur 1 er octobre 2008 ; - 174'773 fr. 15 valeur 1 er octobre 2008, soit un total de Fr. 1'292'405.95 [216] . cc) Par «contrat de reprise» conclu les 31 janvier et 2 février 2012 entre le Fonds de garantie LPP et la Fondation J._____ et approuvé le 12 mars 2012 par T._____ SA [217] , le Fonds de garantie LPP a repris de la Fondation J._____, de manière formelle, avec effet au 1 er janvier 2008, l'ensemble des obligations réglementaires (jusqu'à la limite légale de la garantie du Fonds de garantie LPP) de la Fondation J._____ envers l'ensemble des rentiers au bénéfice au 31 décembre 2007 d'une rente de vieillesse, d'invalidité (d'enfant d'invalidé) ou de conjoint survivant et d'orphelin, la Fondation J._____ s'engageant à céder au Fonds de garantie LPP la contre-valeur des réserves mathématiques des rentes, soit un montant de 2'236'400 fr., et à verser tout résultat provenant de sa liquidation. dd) Le 20 juillet 2012, la Fondation J._____ a versé au Fonds de garantie LPP la somme de 3 millions de francs [218] . ee) Le 10 mars 2016, le Fonds de garantie LPP a reçu de la part de T._____, réassureur de la Fondation J._____, un montant de 285'159 fr. 65 correspondant aux fonds libres issus de deux contrats de réassurance conclus avec la fondation [219] . ff) Le montant total net en capital pris en charge par le Fonds de garantie LPP s'établit comme suit : - total des montants versés à titre de prestations de libre passage Fr. 8'859'298.60 - dont à déduire quatre montants reversés au Fonds de garantie LPP pour quatre assurés Fr. -117'419.45 - dont à déduire diverses prestations de libre passage versées par la Fondation J._____ en relation avec les rentiers partiellement invalides Fr. -1'292'405.95 - correspondant toutefois à des engagements de même valeur repris par le Fonds de garantie LPP envers ces rentiers partiellement invalides Fr. 1'292'405.95 - auxquels il faut ajouter la valeur des rentes reprises Fr. 2'236'400.00 - dont à déduire le montant versé le 20 juillet 2012 par la Fondation J._____ au Fonds de garantie LPP Fr. -3'000'000.00 - dont à déduire le montant reçu le 10 mars 2016 de T._____ par le Fonds de garantie LPP Fr. -285'159.65 Total Fr. 7'693'119.50 b) A ce montant, il convient d'ajouter la somme de 410 fr. correspondant au coût du commandement de payer notifié le 3 février 2011 à H._____ [220] . c) 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), 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). d) A ce stade de l'analyse, il suffit de constater le montant maximum pour lequel les parties défenderesses peuvent être recherchées en responsabilité. Il n'y a pas lieu d'examiner ici plus en détail à quel titre, contre qui et pour quel montant le Fonds de

garantie LPP peut agir. Ces questions seront examinées dans la suite de l'arrêt. 9. De la responsabilité du Conseil de fondation Dans la mesure où la demande fixe le cadre du litige (cf. supra consid. 4a), la Cour de céans n'examinera que les griefs invoqués expressément par le Fonds de garantie LPP à l'encontre des membres du Conseil de fondation de la Fondation J._____.

a) De la semi-autonomie Durant le courant des années 1990, le personnel des sociétés J1._____ SA et F1._____ SA était assuré pour la prévoyance professionnelle auprès de la Fondation collective LPP de la T._____ par le biais de l'« Œuvre de prévoyance en faveur du personnel de J1._____ SA à [...] & F1._____ SA à [...] » (contrat de prévoyance n° [...]). J1._____ SA et F1._____ SA avaient ainsi fait le choix de l'assurance complète. Le modèle de l'assurance complète a pour principal avantage de permettre aux entreprises de bénéficier d'une solution de prévoyance sûre pour leurs collaborateurs, dans la mesure où employeur et salariés n'assument aucuns risques. Les risques de vieillesse, de décès et d'invalidité sont supportés exclusivement par l'institution de prévoyance. Tout risque de sous-couverture et, partant, de recours à des cotisations d'assainissement est par conséquent exclu. Pour pouvoir garantir l'ensemble des risques assurés, les institutions de prévoyance pratiquent cependant des primes relativement élevées, tout en adoptant une politique de placement très prudente. Les perspectives de rendement sont donc particulièrement modestes dans ce modèle d'assurance. A la fin des années 1990, il est apparu aux responsables du groupe JJ._____ que la création d'une fondation autonome ou semi-autonome permettrait des rendements plus intéressants [221] et des frais de gestion moins onéreux [222] que ceux proposés par la Fondation collective LPP de la T._____. Aussi a-t-il été décidé de constituer une institution de prévoyance semi-autonome, la Fondation de Prévoyance pour le personnel de J1._____ SA et sociétés affiliées. Dans le cadre d'une solution en semi-autonomie, l'institution de prévoyance décide d'assumer elle-même les risques de placement liés aux avoirs de vieillesse, tout en confiant la couverture des risques décès et invalidité à une société d'assurance par le biais d'un contrat de réassurance. Autrement dit, l'institution de prévoyance gère elle-même les avoirs de vieillesse, avec les risques que cela comprend. Le choix du plan de prestations en cas de vieillesse ainsi que la stratégie de placement, respectivement le choix des différentes catégories de placement sont définis par le conseil de fondation. Si la stratégie s'avère payante et les rendements réalisés bons, les assurés bénéficient d'une rémunération intéressante des avoirs de vieillesse. Si, en revanche, la stratégie se révèle mauvaise et qu'il s'ensuit des pertes sur les capitaux investis entraînant une situation de découvert (les engagements en matière de rente ne sont pas couverts par la fortune de prévoyance disponible), l'institution de prévoyance est tenue de prendre les mesures nécessaires afin de le résorber et d'atteindre à nouveau un degré de couverture de 100 %. La gestion d'une institution de prévoyance semi-autonome requiert toutefois une expertise élevée, compte tenu de la complexité de la réglementation en matière de prévoyance professionnelle et des risques en matière de responsabilité. Cela présuppose la mise en place d'instruments de gestion et de contrôle adaptés à la structure et aux besoins de l'institution de prévoyance (cf. supra consid. 7b/ee) ainsi qu'un accompagnement par des experts confirmés (expert en matière de prévoyance professionnelle et organe de révision).

b) Du fonctionnement interne du Conseil de fondation Avant d'examiner plus avant les différents problèmes relatifs à la gestion de la Fondation J._____ mis en évidence par le Fonds de garantie LPP dans son mémoire de demande, il semble utile d'étudier au préalable le mode de fonctionnement général de la Fondation J._____. aa) Des connaissances des membres du Conseil de fondation en matière de prévoyance professionnelle Ainsi que cela

ressort des différents témoignages recueillis au cours de la procédure et de l'exposé de la formation et du parcours professionnel des intéressés [223], il y a lieu d'admettre que les membres du Conseil de fondation ne disposaient, à l'exception d'Y. _____ [224] – dont il est établi qu'elle avait déjà siégé au sein d'un conseil de fondation d'une institution de prévoyance professionnelle avant d'entrer en fonction au sein de la Fondation J. _____ –, d'aucune connaissance spécifique en matière de prévoyance professionnelle au moment de débiter leur mandat au sein de la Fondation J. _____ [225]. Interrogé plus précisément sur le point de savoir s'il avait été rendu attentif aux implications en matière de surveillance et de responsabilité liées à la semi-autonomisation de la Fondation J. _____, le président du Conseil de fondation, soit B.N. _____, n'a pas démontré de manière convaincante que tel était le cas (« Oh c'est un bien grand mot. J'entends... ») [226]. Par ailleurs, il convient de retenir qu'aucune démarche n'a été entreprise au sein de la Fondation J. _____ afin de pallier les lacunes des membres du Conseil de fondation et de les familiariser aux problématiques liées à la prévoyance professionnelle [227].

bb) De l'organisation du Conseil de fondation sur le plan réglementaire D'après l'art. 50 LPP, les institutions de prévoyances étaient tenues d'établir des dispositions sur : (a) les prestations ; (b) l'organisation ; (c) l'administration et le financement ; (d) le contrôle ; et (e) les rapports avec les employeurs, les assurés et les ayants droit (al. 1), dispositions qui pouvaient figurer dans l'acte constitutif, dans les statuts, dans le règlement ou, s'il s'agissait d'une institution de droit public, être édictées par la Confédération, le canton ou la commune (al. 2). L'art. 49a al. 1 OPP 2, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} juillet 1996 au 31 décembre 2008, précisait pour sa part que les institutions de prévoyance devaient fixer clairement les objectifs et les principes à observer en matière d'exécution et de contrôle du placement de la fortune de façon que l'organe paritaire puisse assumer sa tâche de gestion. Aux termes de l'art. 2 al. 3, première phrase, des statuts de la Fondation J. _____ [228], le Conseil de fondation était tenu d'édicter un règlement sur les prestations, l'organisation, l'administration et le financement, ainsi que sur le contrôle de la fondation. Concrètement, il y a lieu de constater que le Conseil de fondation n'a donné suite que de manière limitée à cette disposition statutaire et, de manière plus générale, aux obligations légales imposées par les art. 50 al. 1 LPP et 49a OPP 2. Hormis un règlement de prévoyance fixant en particulier les prétentions juridiques des personnes assurées et de leurs survivants en cas de vieillesse, de décès et d'invalidité, ainsi que le financement desdites prétentions [229], le Conseil de fondation n'a pas pris le soin, alors qu'il était tenu de le faire, d'adopter d'autres dispositions réglementaires. Des différentes pièces produites en cours de procédure et du dossier remis par l'Autorité de surveillance, il ne ressort pas que le Conseil de fondation ait adopté un règlement d'organisation définissant de manière exhaustive les compétences et l'organisation du Conseil de fondation, les modalités de délégation de certaines tâches et compétences à des tiers ou encore les modalités de contrôle de la gestion [230]. De même est-il établi que le Conseil de fondation n'a pas adopté un règlement de placement destiné à fixer les objectifs et les principes régissant le placement de la fortune de la Fondation J. _____ ainsi que les règles relatives à la mise en œuvre et à la surveillance des placements [231].

cc) Du fonctionnement concret du Conseil de fondation L'absence de dispositions organisationnelles visant à préciser le fonctionnement interne de la Fondation J. _____ explique, pour partie du moins, le fonctionnement peu structuré du Conseil de fondation. En premier lieu, il convient de mettre en évidence le fait que le nombre de séances tenues par le Conseil de fondation au fil des années a été pour le moins fluctuant. Si les années 1999 – cinq séances qui se sont tenues les 3 février 1999, 2 mars 1999, 4 mai

1999, 21 juin 1999 et 18 novembre 1999 – et 2000 – six séances qui se sont tenues les 14 février 2000, 11 avril 2000, 19 avril 2000, 9 mai 2000, 2 novembre 2000 et 28 novembre 2000 – ont vu le Conseil de fondation se réunir à plusieurs reprises afin de permettre principalement la mise en place de la Fondation J. _____ et d’adopter la stratégie de placement, les années 2001 – une séance qui s’est tenue le 31 janvier 2001 – et 2002 – trois séances qui se sont tenues les 28 janvier 2002, 26 février 2002 et 4 octobre 2002 – ont été marquées pour leur part par un nombre limité de séances alors même que les marchés boursiers connaissaient d’importantes perturbations depuis la seconde moitié de l’année 2001 et que l’évolution défavorable de la fortune de la Fondation J. _____ nécessitait à l’évidence un besoin de surveillance accru. Les séances se sont à nouveau multipliées à compter de l’année 2003 – six séances qui se sont tenues les 18 février 2003, 13 mars 2003, 28 mai 2003, 19 juin 2003, 4 juillet 2003 et 9 octobre 2003 –, ce qui s’explique aisément par la situation financière catastrophique dans laquelle se trouvait la Fondation J. _____ et la nécessité de prendre des mesures afin d’y remédier. Plusieurs des séances précitées – à savoir les séances des 14 février 2000, 19 avril 2000 et 9 mai 2000 – se sont par ailleurs tenues en comité restreint, le Conseil de fondation n’ayant pas été convoqué dans son entier, si bien qu’elles ne peuvent être assimilées à de véritables séances du Conseil de fondation. Contrairement à ce qu’a soutenu H. _____ au cours de son audition [232], aucun indice ne laisse à penser que d’autres séances se seraient tenues au cours de cette période [233]. A la lumière des témoignages recueillis, le Conseil de fondation se réunissait avant tout en fonction des besoins concrets et de l’actualité de la Fondation J. _____ [234] plutôt que sur la base d’une planification annuelle liées aux nécessités de contrôle de la Fondation. Alors que la mise en place de la stratégie de placement avait justifié la tenue de plusieurs séances au cours de l’année 2000, le Conseil de fondation ne s’est réuni qu’à une seule reprise au cours de l’année 2001 afin, principalement, d’adopter les comptes de l’année 1999. Autrement dit, le fonctionnement de la Fondation J. _____ ne faisait pas l’objet d’un suivi régulier de la part du Conseil de fondation. Ainsi que cela ressort des déclarations de C. _____ et B.N. _____ [235], le Conseil de fondation ne disposait visiblement pas d’une vision claire et précise de l’ensemble des contingences liées à l’exercice de la haute surveillance de la Fondation J. _____. En ce qui concerne le déroulement concret des séances du Conseil de Fondation, les témoignages recueillis rapportent de manière unanime que les débats menés, tout en étant collégiaux, pouvaient être animés et que les membres pouvaient s’exprimer librement, sans restriction de quelque nature que ce soit. Toute question utile pouvait être posée et chaque membre était en principe libre dans le choix de ses décisions [236]. Néanmoins, il est également apparu que plusieurs décisions concrètes qui relevaient de la compétence exclusive du Conseil de fondation avaient été prises en réalité par la direction de la société fondatrice, J1. _____ SA, sans que le Conseil de fondation ne soit consulté préalablement et associé à la prise de décision. Dans ce contexte, des membres du Conseil de fondation ont, à plusieurs reprises, engagé par leur signature la Fondation J. _____, sans avoir au préalable été habilités par le Conseil de fondation, faute de décision prise en bonne et due forme [237]. Comme l’ont souligné plusieurs membres du Conseil de fondation [238], ce dernier ne jouait dans les faits qu’un rôle de chambre d’enregistrement destinée à entériner formellement les décisions prises par la direction de J1. _____ SA, toute modification ultérieure s’avérant pratiquement impossible. Cela a notamment été le cas de la vente des terrains acquis par la Fondation J. _____ à [...] [239], de la répartition des frais effectuée entre J1. _____ SA et la Fondation J. _____ à la suite de cette vente [240] ou encore de l’attribution d’un

mandat de gestion à l'A. _____ par la Fondation J. _____ après la conclusion par J1. _____ SA d'un contrat de factoring [241] . A propos de ce dernier point, le procès-verbal de la séance du Conseil de fondation du 28 janvier 2002 [242] contenait notamment la remarque suivante : « Le dernier point soulève quelques remarques pertinentes, par le fait d'une part que la Direction ait pris des dispositions avec l'A. _____ avant d'en parler au Conseil de Fondation et d'autre part que la Fondation de Prévoyance soit toujours en quelque sorte l'otage des problèmes financiers de l'entreprise J1. _____ ». Ainsi que le démontre le procès-verbal de la séance de direction de J1. _____ SA du

E. 18

septembre 2002 [243] , il peut raisonnablement être affirmé que, dans les faits, aucune décision importante relative au fonctionnement de la Fondation J. _____ ne pouvait être prise sans qu'elle ne réponde aux intérêts de la société fondatrice, J1. _____ SA, et qu'elle soit préalablement avalisée par sa direction. Bien que conscient du problème – ainsi que l'atteste la réaction rapportée dans le procès-verbal de la séance du 28 janvier 2002 –, le Conseil de fondation n'a pris aucune mesure – de nature organisationnelle – afin de mieux séparer les intérêts de la Fondation J. _____ de ceux de la société fondatrice et éviter que les problèmes de cette dernière n'interfèrent dans le fonctionnement de l'institution de prévoyance. dd) De la délégation de certaines tâches à des tiers (cura in eligendo, instruendo et custodiendo) Ainsi que cela ressort des différents témoignages recueillis au cours de la procédure [244] , les membres du Conseil de fondation étaient parfaitement conscients qu'ils ne disposaient que de connaissances limitées en matière de prévoyance professionnelle et qu'ils avaient besoin d'être accompagnés de façon professionnelle dans le cadre de la gestion de la Fondation J. _____, que ce soit en matière de gestion de fortune ou sur le plan technique, administratif et comptable. Aussi se sont-ils attachés, dès la naissance de la Fondation J. _____, à s'entourer de tierces personnes qualifiées pour les assister. aaa) Cura in eligendo i) Dans la phase de création et de mise en place de la Fondation J. _____, le Conseil de fondation a été accompagné par U. _____, puis par B. _____ et P. _____, collaborateurs de la D. _____. Selon les renseignements recueillis par la Cour, U. _____ exerçait une activité de consultant en matière de prévoyance professionnelle et de gestionnaire – technique administratif et comptable – d'institutions de prévoyance [245] ; dans le cadre de ses activités, il a notamment assuré la gestion technique administrative et comptable de l'« Œuvre de prévoyance en faveur du personnel de J1. _____ SA à [...] & F1. _____ SA à [...] », avant d'apporter ses conseils pour la création de la Fondation J. _____. Pour sa part, B. _____ était, au moment des faits, responsable de la clientèle institutionnelle au sein de la D. _____ ; une partie de ses activités consistaient à fournir des solutions en matière de gestion des fonds confiés [246] . Quant à P. _____, il était titulaire du diplôme d'expert fédéral en assurance de pension [247] et exerçait au sein de la D. _____, au moment des faits, la fonction d'expert en prévoyance professionnelle ; il était à même de conseiller la Fondation J. _____ sur toute question relative à la prévoyance professionnelle. Le choix des gestionnaires de fortune s'est opéré en deux temps. En premier lieu, le Conseil de Fondation a, par l'intermédiaire de la T. _____, confié, au début de l'année 1999, la gestion d'une somme de 21'140'000 fr. à la D. _____ [248] , laquelle était connue pour être l'une des actrices de référence en Suisse dans le domaine de la gestion de fortune. Puis, à la suite d'un processus de sélection piloté par U. _____, le Conseil de fondation a mandaté, à la fin de l'année 1999, deux autres gestionnaires de fortune, E. _____ et Q. _____ [249] ,

acteurs également connus dans le domaine de la gestion de fortune. Alors que la gestion technique, administrative et comptable de la Fondation J. _____ a, dans un premier temps, été assumée par la T. _____, le Conseil de fondation a, à compter du 1^{er} janvier 2000, confié le mandat de gestion technique, administrative et comptable, ainsi que celui d'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle à la D. _____, dans la mesure où celle-ci disposait d'un service spécialisé dans la gestion et l'administration des institutions de prévoyance [250]. Quant au choix de la réassurance des risques décès et invalidité, il s'est porté sur la T. _____, acteur de référence en Suisse dans le domaine [251].

ii) Compte tenu du profil présenté par les conseillers dont il s'était entouré et de la réputation qui précédait les mandataires auxquels certaines tâches avaient été déléguées, le Conseil de fondation pouvait raisonnablement croire qu'il était accompagné par des personnes qui disposaient de toutes les compétences – personnelles et professionnelles – requises en matière de prévoyance professionnelle. De cela, le Conseil de fondation en était pour le moins intimement persuadé, ainsi que l'ont déclaré B.N. _____ [252] (« Moi j'avais vraiment l'impression qu'on était extrêmement bien encadrés, si on cite des gens comme UU. _____, Monsieur U. _____, Monsieur P. _____, Monsieur B. _____ que vous avez entendu hier, j'avais vraiment l'impression qu'on avait une équipe de choc. Et on en avait besoin. On ne s'amuse pas avec l'argent des assurés ») ou H. _____ [253] (« Je la [l'accompagnement offert par la D. _____ au cours de cette période] trouve très professionnelle. Et encore une fois, M. P. _____ est expert agréé sur le registre de la Confédération, j'ai pas de raisons d'imaginer que ce qu'il nous disait n'était pas correct, mais je pense qu'ils ont pris beaucoup de soin à ce qu'on soit correctement informés »). Indépendamment des compétences réelles de ces différents intervenants, il y a lieu de reconnaître que le Conseil de fondation a apporté un soin particulier à s'entourer de personnes qualifiées et, partant, a adopté le comportement que l'on était en droit d'attendre de lui au vu des connaissances limitées dont il disposait dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Aucun reproche ne saurait être formulé à l'égard du Conseil de fondation à ce propos.

bbb) Cura in instruendo

i) La délégation de tâches à une tierce personne présuppose que celle-ci soit instruite sur tous les éléments nécessaires à la bonne et fidèle exécution de sa mission. Comme cela a déjà été précédemment mis en évidence [254], le Conseil de fondation n'a pas adopté, alors qu'elle était tenue de le faire [255], de réglementation relative à l'organisation interne de la Fondation J. _____ définissant de manière exhaustive les compétences et l'organisation du Conseil de fondation, les modalités de délégation de certaines tâches et compétences à des tiers ou encore les modalités de contrôle. Autrement dit, le Conseil de fondation n'a à aucun moment défini précisément ce qu'il attendait des entités à qui il avait confié la réalisation de certaines activités. Le texte des divers contrats signés par la Fondation J. _____ avec ses prestataires externes démontre au contraire que celle-ci s'est contentée d'adhérer aux conditions générales qui lui étaient soumises, sans chercher activement à les modifier ou à les compléter. D'ailleurs, la Cour de céans doute que les termes des différents contrats passés par la Fondation J. _____ avec ses prestataires externes aient fait l'objet d'un quelconque examen détaillé ou d'une discussion critique en séance du Conseil de fondation. Cela étant, il convient de retenir que la Fondation J. _____ s'est laissé imposer le cadre de délégation par ses mandataires. Il est vrai qu'un tel comportement ne porte pas nécessairement à conséquence. La lecture des engagements souscrits en l'occurrence par la Fondation J. _____ met cependant en évidence l'absence de plusieurs points qui, de prime abord, auraient dû faire l'objet d'un accord écrit entre les parties, si le Conseil de fondation entendait assurer

efficacement la haute surveillance de la Fondation J._____. Sur le plan de la gestion administrative, technique et comptable, il convient de relever, à titre d'exemples, que le contrat signé entre la Fondation J._____ et la D._____ les 18 et

E. 19

janvier 2000 [256] ne fixait aucun cadre temporel pour la reddition des comptes, aucune règle destinée à assurer l'information régulière du Conseil de fondation, que ce soit sur l'évolution de l'effectif des assurés, la survenance de cas d'assurance ou la situation financière de l'institution de prévoyance, aussi bien sur le plan des liquidités immédiatement disponibles que de la fortune confiée aux gestionnaires de fortune, ni aucune règle relative à l'utilisation par la D._____ de l'excédent de liquidités disponible. Sur le plan de la gestion de fortune, il convient de relever, notamment, que les différents contrats signés par la Fondation J._____ [257] n'indiquaient pas les montants précis des fonds confiés à la gestion des trois gestionnaires de fortune mandatés, ne définissaient pas en des termes précis l'approche conservatrice voulue par le Conseil de fondation et ne contenaient aucune règle de coordination entre les gestionnaires. ii) Sur la base des éléments mis en évidence, il y a lieu de constater que le Conseil de fondation, en renonçant à donner des instructions précises à ses mandataires et en se satisfaisant du mode de fonctionner proposé par ces derniers, a adopté une attitude passive et, ainsi, n'a pas fait preuve de la diligence requise par les circonstances. ccc) Cura in custodiendo i) Le Conseil de fondation qui délègue des tâches à une tierce personne doit être en mesure de contrôler de manière appropriée que celle-ci exerce sa mission de manière conforme aux instructions qui lui ont été données et d'intervenir si la situation le nécessite. Comme cela a été souligné [258], la haute surveillance constitue une tâche intransmissible du Conseil de fondation. La jurisprudence a d'ailleurs précisé que la haute surveillance devait être exercée activement, sua sponte, au moins une fois par année civile, au risque sinon de lui ôter toute portée (TF 9C_786/2013 du 18 décembre 2014 consid. 6.3 ; voir également Gullo, op. cit., p. 61 ss). En l'occurrence, aucun élément au dossier ne laisse à penser que le Conseil de fondation a exercé à un quelconque moment une surveillance active de la Fondation J._____. A la lumière du cadre réglementaire adopté par la Fondation J._____, il est établi que le Conseil de fondation ne s'est jamais doté des instruments nécessaires pour assurer la haute surveillance sur les tâches exercées par le gestionnaire administratif, technique et comptable ou par les gestionnaires de fortune. Ainsi que cela a déjà été relevé, il ne ressort pas des différentes pièces produites en cours de procédure et du dossier remis par l'Autorité de surveillance que le Conseil de fondation a adopté une réglementation relative à l'organisation interne de la Fondation J._____ définissant de manière exhaustive les compétences et l'organisation du Conseil de fondation, les modalités de délégation de certaines tâches et compétences à des tiers ou encore les modalités de contrôle de la gestion. Par ailleurs, le dossier ne contient aucune trace de démarches, interventions ou autres demandes de renseignements sur le fonctionnement courant de la Fondation J._____ de la part du Conseil de fondation, que ce soit auprès de la D._____, en qualité de gestionnaire administratif, technique et comptable, ou auprès des différents gestionnaires de fortune. Interrogés à ce propos, les membres du Conseil de fondation ont implicitement admis qu'ils ne s'étaient jamais impliqués activement dans le suivi de la gestion de la Fondation J._____ [259], estimant qu'ils pouvaient entièrement se fier à la gestion administrative, technique et comptable assurée par la D._____, ainsi qu'à la gestion assurée par les gestionnaires de fortune qu'ils avaient choisis. Certes B.N._____ [260] a indiqué, sans être d'ailleurs totalement affirmatif, que les membres du Conseil de fondation

étaient régulièrement informés de la marche des affaires. En vérité, il semble, au regard des témoignages de K._____, C._____, A.N._____, Y._____, R._____ et H._____ [261] , qu'ils ne l'étaient que dans le cadre des séances du Conseil et que pour autant que les délégataires assistassent auxdites séances. Certes, la Cour n'a aucun doute que les gestionnaires de fortune établissaient trimestriellement, conformément aux usages de la branche, un rapport de gestion à l'attention de la Fondation J._____ ; il existe toutefois un doute quant au point de savoir si ces rapports étaient remis systématiquement aux membres du Conseil de fondation. Alors que R._____ et G._____ [262] ont indiqué que tel était le cas, il ressort des témoignages de K._____, C._____, A.N._____, B.N._____ et H._____ [263] une réponse plus nuancée qui laisse à penser que lesdits rapports pouvaient être consultés par les membres du Conseil de fondation au cours des séances du Conseil, lesquelles, faut-il le rappeler, ne se tenaient pas de manière régulière. D'ailleurs, il ne semble pas que les questions relatives à la haute surveillance de la Fondation J._____ constituaient un sujet de préoccupation particulier pour les membres du Conseil de fondation. Bien que K._____ [264] ait affirmé – en dépit de sa présence irrégulière aux séances du Conseil de fondation [265] – que l'évolution de la situation financière de la Fondation était systématiquement abordée au cours des séances, les différents procès-verbaux de séance ainsi que les autres témoignages recueillis en cours de procédure ne permettent pas de retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le Conseil de fondation procédait à une analyse régulière du fonctionnement de la Fondation J._____. Ainsi, les procès-verbaux de séance ne font mention d'aucune information relative à l'évolution de l'effectif des assurés, à la survenance de cas d'assurance ou à la situation financière de l'institution de prévoyance, que ce soit sur le plan des liquidités immédiatement disponibles ou de la fortune confiée aux gestionnaires de fortune. Ainsi que l'ont relevé K._____, C._____ et H._____ [266] , il semble bien que ces informations n'étaient communiquées que dans le contexte de la présentation des comptes, sans qu'elles ne donnent d'ailleurs lieu à des débats significatifs. A propos de ce dernier point, il y a lieu de constater qu'il existait au sein de la Fondation J._____ un important décalage temporel entre la fin d'un exercice comptable et la présentation et l'adoption des comptes relatifs à cet exercice (le 31 janvier 2001 pour l'exercice 1999 [267] ; le 28 janvier 2002 pour l'exercice 2000 [268] ; le 4 octobre 2002 pour l'exercice 2001 [269] ; le 19 juin 2003 pour l'exercice 2002 [270]). Malgré l'importance de pouvoir disposer d'états financiers récents et détaillés, afin notamment de pouvoir suivre au plus près l'évolution de la situation financière de la Fondation J._____ et, le cas échéant, modifier la stratégie de placements et adapter la politique de rémunération des avoirs de prévoyance, le Conseil de fondation n'a, au cours de la période litigieuse, pas jugé nécessaire d'entreprendre des démarches auprès de la T._____ dans un premier temps, puis auprès de la D._____ dans un second temps, pour se voir remettre les comptes de la Fondation J._____ dans un délai approprié et pouvoir ensuite les transmettre à l'Autorité de surveillance, conformément aux incombances alors imposées par l'art. 12 du règlement cantonal vaudois du 25 janvier 1991 sur la surveillance des fondations (« Dans les six mois qui suivent la clôture de chaque exercice annuel, l'administration de toute fondation soumise au présent règlement est tenue d'envoyer à l'Autorité de surveillance un bilan, les comptes, un rapport de gestion et de vérification ») et au ch. 2 de la décision rendue le 3 février 1999 par l'Autorité de surveillance [271] (« Dans les six mois qui suivent la clôture de chaque exercice annuel, le conseil de fondation doit remettre à l'Autorité de surveillance le bilan, le compte de profits et pertes, le rapport de

gestion et le rapport des contrôleurs de la fondation »). Dans la mesure où cette décision avait été communiquée « aux organes » de la Fondation J. _____, cette obligation légale ne pouvait être ignorée du Conseil de fondation ou, à tout le moins, de son président. Or, interpellé à ce sujet, B.N. _____ [272] a indiqué que cette problématique n'avait jamais été une source de préoccupation pour lui. Force est ainsi d'admettre que le Conseil de fondation n'a pas adopté, dans ses tâches de haute surveillance, le comportement actif que l'on était en droit d'attendre de lui, compte tenu de la structure organisationnelle mise en place au sein de la Fondation J. _____. S'agissant des questions relatives à la gestion administrative, technique et comptable de la Fondation J. _____, il appartenait à tout le moins au Conseil de fondation, bien qu'elle ait délégué cette tâche à la D. _____, d'examiner concrètement, soit au moins une fois au cours de l'année et en sus de la prise de connaissance des comptes annuels, la manière dont celle-ci exerçait son mandat, que ce soit, par exemple, au regard du suivi et de la gestion des assurés, du contrôle des flux financiers ou de la tenue de la comptabilité. S'agissant des questions relatives à la gestion de fortune, il appartenait à tout le moins au Conseil de fondation, en l'absence de règles formalisées définissant la manière dont les placements opérés par les gestionnaires de fortune devaient être contrôlés, de tenir régulièrement séance et de mettre en place un suivi périodique des placements, afin de s'assurer que la stratégie de placement choisie était suivie par les gestionnaires de fortune, de vérifier quels étaient les résultats de cette stratégie et, le cas échéant, de procéder aux adaptations nécessaires. L'existence de mécanismes de contrôle, respectivement un contrôle régulier des flux financiers au sein de la Fondation J. _____ aurait certainement permis au Conseil de fondation de se rendre compte que la D. _____ procédait, sans en référer préalablement au Conseil de fondation, à des actes de disposition sur la fortune de la Fondation susceptibles d'être préjudiciables aux intérêts de la Fondation J. _____. Des pièces comptables produites en cours de procédure, il ressort que la D. _____ avait opéré, entre le mois d'avril 2001 et le mois de décembre 2002, plusieurs transferts entre le compte d'exploitation n° H [...] et le compte de placement n° S [...], opérations qui peuvent être résumées dans le tableau suivant :
Date Montant De À
4 avril 2001 1'600'000 fr. S [...] H [...]

E. 24

avril 2001 485'000 fr. S [...] H [...] 9 juillet 2001 400'000 fr. H [...] S [...]

E. 27

juillet 2001 2'850'000 fr. H [...] S [...] 4 septembre 2001 500'000 fr. H [...] S [...] 7 décembre 2001 900'000 fr. H [...] S [...] 4 mars 2002 [273] 500'000 fr. H [...] S [...] 2 août 2002 [274] 500'000 fr. H [...] S [...] 16 décembre 2002 [275] 2'000'000 fr. S [...] H [...] Au vu du dossier, il apparaît que ce n'est que par hasard, après s'être demandé si le produit de la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] était disponible [276], que le Conseil de fondation a appris, en date du 26 février 2002, que la D. _____, en sa qualité de gestionnaire administrative, technique et comptable, avait, le 27 juillet 2001, disposé librement du montant de 2'850'000 fr. résultant de la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] pour le confier à la D. _____, en sa qualité de gestionnaire de fortune, en transférant ce montant du compte d'exploitation n° H [...] sur le compte de placement n° S [...] [277]. La réaction exprimée par le Conseil de fondation au cours de la séance du 26 février 2002 démontre à l'évidence que cet acte de gestion ne s'insérait pas dans le cadre des relations telles qu'elles avaient été voulues par la Fondation J. _____ et que, partant, la D. _____ avait, aux yeux du Conseil de fondation,

outrepassé les compétences qui lui avaient été attribuées. C'est en vain d'ailleurs que l'on cherche dans le dossier une disposition contractuelle ou tout autre document autorisant la D. _____, en qualité de gestionnaire administrative, technique et comptable, à transférer ou à retirer des fonds qui avaient été confiés à son service de gestion de fortune [278]. Malgré la mise en évidence de cette problématique, le Conseil de fondation n'a pris aucune mesure concrète afin d'examiner si ce transfert était un acte isolé de la part de la D. _____ – ce qu'il n'était pas puisque la D. _____ procédait à des transferts depuis le mois d'avril 2001 – et de mettre un terme à cette pratique. Alors qu'il avait été décidé au cours de la séance du Conseil de fondation du 26 février 2002 de prendre contact avec la D. _____ afin d'établir des règles relatives à la gestion des fonds libres [279], il ne ressort pas du dossier que ce point ait donné lieu à une réglementation écrite. Aux dires d'Y. _____ [280], la gestion des liquidités était réglée par oral, au jour le jour, sans que cela ne fasse apparemment l'objet de discussions au sein du Conseil de fondation. Ainsi, les transferts opérés par la D. _____ en date des 4 mars 2002, 2 août 2002 et 16 décembre 2002, soit postérieurement à la séance du Conseil de fondation susmentionnée, ne semblent pas résulter d'une décision formelle du Conseil de fondation. Or, faute de réglementation spécifique en la matière, c'est au Conseil de fondation qu'il appartenait, au sein de la Fondation J. _____, de déterminer si, compte tenu des besoins de liquidités de la fondation, il était opportun de procéder à la liquidation de certaines positions auprès des gestionnaires de fortune ou au placement des liquidités existantes, respectivement de définir auprès de quel gestionnaire et selon quelles modalités il fallait liquider des positions ou placer les liquidités existantes. Toute modification des bases de la stratégie de placement de la Fondation J. _____, telles qu'elles avaient été définies par le Conseil de fondation, devait par conséquent nécessairement faire l'objet d'une décision formelle du Conseil de fondation. ii) Sur la base des éléments mis en évidence, il y a lieu de constater que le Conseil de fondation n'a, en n'exerçant aucun véritable contrôle sur ses délégataires, pas assumé ses obligations en matière de haute surveillance et, ainsi, manqué à son obligation de diligence. dd) Du comportement du Conseil de fondation en résumé De l'analyse de ces premiers éléments, il ressort que la constitution de la « Fondation de Prévoyance pour le personnel de J1. _____ SA et sociétés affiliées » a obéi essentiellement à des considérations de réduction des coûts administratifs et de recherche de meilleurs rendements. Ce faisant, le Conseil de fondation a négligé – probablement par ignorance de l'existence des contraintes en matière d'organisation interne et de surveillance, par manque de compétences techniques et, plus largement, par désintérêt des questions relatives à la prévoyance professionnelle – que le choix de la semi-autonomie entraînait pour ses membres des obligations particulières. L'analyse des procès-verbaux des séances du Conseil de fondation et des témoignages recueillis au cours de la procédure démontre que le Conseil de fondation a fait preuve, à l'inverse du temps qu'il a consacré pour examiner et mettre en place une stratégie de placement adaptée aux besoins de la Fondation J. _____, d'une passivité pour le moins déconcertante lorsqu'il s'est agi d'instruire et de surveiller les prestataires – D. _____ et gestionnaires de fortune – à qui la gestion courante de la Fondation et la mise en œuvre de la stratégie de placement avaient été déléguées. Au fil des témoignages recueillis, il est apparu que ces questions ne constituaient, de fait, pas un sujet de préoccupation majeur des membres du Conseil de fondation, ceux-ci s'en remettant entièrement aux compétences techniques des prestataires désignés et aux informations que ceux-ci étaient disposés à leur transmettre [281]. Lorsque des dysfonctionnements ont été mis en évidence, tels que les décisions prises sans consultation préalable du Conseil de

fondation ou les réinvestissements opérés de sa propre initiative par la D. _____, aucune mesure correctrice n'a été adoptée afin d'empêcher que de telles situations ne se reproduisent. Ce faisant, le Conseil de fondation, en n'instruisant pas les délégués, en n'exerçant pas la haute surveillance sur les activités exercées par ceux-ci et en ne prenant aucune mesure lorsque les circonstances l'exigeaient, n'a pas exercé les tâches intransmissibles qui lui incombent en sa qualité d'organe suprême de la Fondation J. _____ et, partant, fait preuve de grave négligence à l'égard de la Fondation J. _____. Pour autant, ce constat sévère n'est pas encore suffisant pour justifier la responsabilité des membres du Conseil de fondation pour le dommage que le Fonds de garantie LPP a subi à raison des prestations qu'il a dû garantir à la suite de l'insolvabilité de la Fondation J. _____. Encore faut-il que le Conseil de fondation ait, par un acte ou par une omission dans le cadre de sa gestion, causé tout ou partie du dommage dont la réparation est demandée par le Fonds de garantie LPP, ce que la Cour va examiner dans les considérants suivants.

c) De la mise en place de la stratégie de placement

aa) Des griefs du Fonds de garantie LPP

Dans ses écritures, le Fonds de garantie LPP soutient que c'est au Conseil de fondation qu'il appartenait en premier lieu de veiller à la sécurité des placements opérés par la Fondation J. _____. Dès lors, celui-ci avait le devoir, en recueillant les conseils de la D. _____ – agissant en qualité d'experte agréée en matière de prévoyance professionnelle et de conseillère en matière de placements institutionnels –, de définir l'allocation des actifs de la Fondation J. _____, en tenant compte, d'une part, des obligations en matière de prévoyance et, d'autre part, des possibilités financières offertes par les diverses formes de placement envisageables. Dans le choix de la stratégie de placement et de rendement, le Conseil de fondation devait garder à l'esprit les intérêts des assurés et le fait que la gestion financière d'une institution de prévoyance professionnelle devait se faire avec prudence. Or, dans un premier temps, le Conseil de fondation a, en date du 18 novembre 1999, décidé de répartir les fonds dont il entendait confier la gestion à trois gestionnaires de fortune, sans toutefois avoir déterminé quel montant ou part des fonds seraient alloués à chaque gestionnaire et sans avoir défini une allocation stratégique fixant la répartition des placements. En particulier, le Conseil de fondation n'avait, à cette époque, aucune indication sur les besoins financiers futurs de la Fondation J. _____, eu égard notamment à la structure d'âge des assurés. Il ne connaissait pas non plus le degré de couverture de la Fondation J. _____, puisque ce degré de couverture avait été calculé pour la première fois dans le cadre de l'établissement du rapport d'attestation de l'organe de contrôle relatif à l'exercice 1999, rapport qui avait été communiqué au Conseil de fondation le 31 janvier 2001. Le degré de couverture de 100,2 % que la Fondation J. _____ présentait alors ne conférait cependant aucune réserve de fluctuation de valeur qui aurait permis à la Fondation J. _____ de résister à d'éventuelles baisses des cours boursiers. Dans ces conditions, une approche très prudente de l'allocation des actifs s'imposait, non seulement quand le degré de couverture n'était pas connu, mais également après que celui-ci a été communiqué, au vu de son importance. Il était donc insensé de permettre aux gestionnaires de fortune, soit la D. _____ à compter de 1999, E. _____ et Q. _____ à compter de 2000, d'effectuer des placements dans les marchés de valeurs mobilières sans avoir préalablement procédé à un examen approfondi de la situation. Puis, dans un deuxième temps, la D. _____ a, au cours du 1^{er} semestre 2000, communiqué aux deux autres gestionnaires de fortune une allocation des actifs qui, alors qu'elle n'avait pas encore été approuvée par le Conseil de fondation, permettait un investissement en actions allant jusqu'à 45 % du patrimoine, quote-part qui était censée tenir compte de la

période transitoire que traversait la Fondation J. _____ et de l'absence de réserves. Même dans sa forme validée plus tard par le Conseil de fondation, cette allocation des actifs ne limitait guère la marge de manœuvre des gestionnaires de fortune, puisqu'elle présentait d'énormes « fourchettes » pour chaque véhicule de placement et, partant, laissait une liberté inconsiderée aux gestionnaires de fortune. bb) Des constats de la Cour Comme cela a déjà été mis en évidence précédemment [282], les membres du Conseil de fondation étaient parfaitement conscients qu'ils ne disposaient que de connaissances limitées en matière de prévoyance professionnelle et qu'ils avaient besoin d'être accompagnés dans la gestion de la Fondation J. _____, tant sur le plan de la gestion des avoirs de vieillesse que sur le plan technique, administratif et comptable. Il a également été relevé que, dans la phase de mise en place de la Fondation J. _____, le Conseil de fondation a été accompagné par la D. _____, singulièrement par B. _____ et P. _____. En ce qui concerne plus particulièrement la mise en place de la stratégie de placement de la Fondation J. _____, il convient de constater qu'elle s'est faite en deux étapes distinctes. Dans une première étape, le Conseil de fondation avait décidé, en date du 23 décembre 1998, de transférer un montant de 21'000'000 fr. de la T. _____ à la D. _____ [283]. Du procès-verbal des séances des 3 février 1999 et 2 mars 1999 et du relevé du compte de placement n° [...] relatif à la période courant du 24 février au 31 décembre 1999 [284], il ressort au final que c'est une somme de 21'140'000 fr. qui a été virée le 1^{er} mars 1999 sur ledit compte de la D. _____. Afin de formaliser cette opération, la T. _____, agissant à titre fiduciaire pour le compte de la Fondation J. _____, avait signé avec la D. _____ le 5 mars 1999 un contrat de mandat de gestion d'une institution de prévoyance [285]. Si ce contrat ne faisait aucune mention du montant confié à la gestion de la D. _____ et d'une grille d'allocation d'actifs, il précisait en revanche que le mandat devait être exécuté dans les limites d'un « Profil Rendement Avec Immobilier » et être conforme à l'art. 71 al. 1 LPP et aux art. 50 à 56a OPP 2, et que l'accent serait porté « sur la sécurité des placements, la répartition des risques et un rendement conforme aux évolutions des marchés ». Il ne ressort pas du procès-verbal des séances du Conseil de fondation des 3 février et 2 mars 1999 [286] ou d'autres pièces du dossier que le Conseil de fondation ou la T. _____ aient été associés ou consultés par la D. _____, respectivement aient cherché à être associés à la définition des modalités concrètes de placement des avoirs de prévoyance de la Fondation J. _____. Aux termes du procès-verbal de la séance du Conseil de fondation du 14 février 2000 [287] et du courrier adressé le jour suivant par la D. _____ au Conseil de fondation [288], il semble au contraire que la grille d'allocation des actifs ait été définie unilatéralement par la D. _____ (« [M. B. _____] nous envoie la grille d'allocation retenue il y a un an pour les fonds que la Caisse avait allouée à la D. _____, afin que nous puissions la transmettre aux deux autres gestionnaires, soit E. _____ et Q. _____ »), sans que celle-ci n'ait procédé préalablement à une analyse concrète de la situation financière de la Fondation J. _____. Dans une seconde étape, le Conseil de fondation a été invité par la D. _____ à jouer un rôle plus actif dans le cadre de la définition de la stratégie de placement de la Fondation J. _____. Il ressort du procès-verbal de la séance du Conseil de fondation du 14 février 2000 [289] que les représentants de la D. _____, à savoir B. _____ et P. _____, ont rendu le Conseil de fondation attentif à la nécessité de définir une allocation stratégique et de décider si la même règle devait être appliquée aux trois gestionnaires de fortune choisis par la Fondation J. _____ et, dans ce contexte, suggéré la réalisation d'une étude de congruence actifs/passifs, suggestion à laquelle le Conseil de fondation a acquiescé au cours de la séance du Conseil de fondation du 11 avril

2000 [290] . En attendant la réalisation de cette étude, les représentants de la D. _____ ont suggéré d'envoyer aux différents gestionnaires de fortune les directives de placement suivantes : Allocation stratégique Normes de placement 7-10 ans min. max. Liquidités FRS 0,00 % 0,00 % 20,00 % Obligations suisses / LDG / Hypothèques 47,50 % 32,50 % 62,50 % Obligations étrangères en FRS 5,00 % 0,00 % 15,00 % Actions suisses ** 19,50 % 27,50 % 45,00 % Actions étrangères */** 17,00 % Obligations étrangères en monnaies étrangères 11,00 % 5,00 % 15,00 % * max. 30 % / ** max. 50 % 100,00% A la suite de la présentation de l'étude de congruence actifs/passifs [291] , le Conseil de fondation a, dans sa séance du 28 novembre 2000 [292] , adopté l'allocation stratégique suivante : Allocation stratégique Normes de placement 7-10 ans min. max. Liquidités FRS 0,00 % 0,00 % 20,00 % Obligations suisses / LDG / Hypothèques, y c. obligations étrangères en FRS 50,00 % 32,50 % 72,50 % Actions suisses ** 17,00 % 27,50 % 45,00 % Actions étrangères */** 19,50 % Obligations étrangères en monnaies étrangères * 11,00 % 5,00 % 15,00 % Immobilier (fonds de placement) 2,50 % 0,00 % 0,00 % * max. 30 % / ** max. 50 % 100,00% L'étude de congruence actifs/passifs réalisée par la D. _____ au mois de novembre 2000 reposait sur une analyse dynamique de l'évolution future de la Fondation J. _____, qui intégrait notamment l'évolution des effectifs et des rémunérations, l'évolution des prestations (rentes et réserves mathématiques), les mutations (entrées et sorties) ou encore le financement des prestations (cotisations et prime de risque). Sur la base de ces différents éléments, la D. _____ a établi à l'attention du Conseil de fondation trois propositions d'allocations, soit une allocation sans immobilier, une allocation avec de l'immobilier en direct et une allocation avec de l'immobilier sous forme de fonds. Chaque proposition d'allocation contenait une part en actions (suisses et étrangères) située entre 33,1 et 36,5 % . Au vu des nombreuses séances tenues – soit les 14 février, 11 avril, 19 avril, 9 mai, 2 novembre et 28 novembre 2000 – et de la mise en œuvre d'une étude de congruence actifs/passifs, il convient d'admettre que le Conseil de fondation a pris le temps de la réflexion et s'est donné les moyens afin de disposer du plus d'informations possible pour prendre sa décision [293] . Ainsi que l'ont relevé les membres du Conseil de fondation, la D. _____ avait été rendue attentive au fait que la stratégie proposée devait être conservatrice [294] . Cela étant, la stratégie de placement adoptée par la Fondation J. _____, laquelle prévoyait une allocation en actions située entre 27,5 et 45 % , ne tenait à l'évidence pas compte de son aptitude au risque. Comme l'a clairement expliqué le Tribunal fédéral à l'ATF 143 V 19, il faut comprendre par capacité de risque la capacité de l'institution de prévoyance de compenser les fluctuations de la fortune globale découlant des conditions changeantes du marché, ainsi que le fait de disposer de moyens liquides et non liquides en suffisance pour honorer ses obligations courantes et futures (par ex. paiement des rentes, prestations de libre passage). La capacité de prendre des risques et la sécurité sont deux notions correspondantes. Pour en juger, il ne faut pas partir du placement individuel ou des engagements à l'égard des destinataires individuels, mais de la situation globale telle qu'elle ressortait par exemple du degré de couverture d'une institution de prévoyance (consid. 6.1.3). Le Tribunal fédéral a par ailleurs précisé que la capacité à prendre des risques dépendait dans une mesure essentielle des réserves destinées à compenser les fluctuations de fortune escomptées. Il s'est référé à la règle fondamentale défendue par des gérants et experts, selon laquelle des placements en actions ne devaient être réalisés que dans la mesure où les moyens disponibles, qui peuvent être utilisés au besoin pour compenser les pertes de valeur du côté des actifs, correspondaient au moins à un tiers environ de ces investissements (consid. 6.1.5, renvoyant au Bulletin de la

prévoyance professionnelle n° 8 du 30 mars 1988 ch. 48 et à Eisenring, op. cit., p. 135). Dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 50 du 8 avril 2000 (p. 8), l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : l'OFAS) précisait, dans le cadre du commentaire du nouvel art. 50 al. 2 OPP 2, que « la tâche de gestion inclut aussi une réflexion sur les besoins futurs en liquidités et sur l'amplitude des fluctuations de valeur possibles de la fortune. Il découle du devoir de diligence que l'on doit former des réserves correspondantes aux fluctuations de fortune escomptées au sens de l'article 49a OPP 2. La capacité de prendre des risques dépend dans une mesure essentielle de ces réserves ». Cette règle a ensuite été reprise à l'art. 14 des Principes et directives 2000 pour les experts en assurance de pensions établies par l'Association suisse des actuaires et la Chambre suisse des actuaires-conseils, disposition d'après laquelle l'expert doit en particulier « prendre en considération, dans son évaluation selon l'art. 53 al. 2 lit. a LPP, l'existence et la grandeur d'une réserve pour fluctuations des cours sur titres garantissant la stratégie de placement choisie par l'institution de prévoyance ». De manière plus générale, il y a lieu de constater que les notions de sécurité et de capacité de risque ont toujours été au centre des considérations. Dans son message du 19 décembre 1975 à l'appui d'un projet de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (FF 1976 I 117, p. 232), le Conseil fédéral expliquait déjà que « [l'] article 63, 1^{er} alinéa [devenu ensuite l'art. 65] , contient un principe fondamental qui s'applique à toutes les institutions de prévoyance, qu'elles soient de droit privé ou de droit public, qu'elles assument elles-mêmes les risques ou qu'elles aient conclu un contrat d'assurance collectif. Les engagements pris doivent être garantis, pleinement et en tout temps. En d'autres termes, les institutions ne peuvent pas surseoir, même provisoirement, à cette exigence de sécurité. Il s'agit de prendre en considération l'ensemble des engagements découlant de l'assurance, et non seulement les prestations devenues exigibles ou prévisibles. Toute institution assumant elle-même les risques doit donc constituer des réserves adéquates. Si les risques ont été transférés à une institution d'assurance, c'est celle-ci qui constituera les réserves nécessaires ». Bien que l'obligation de constituer une réserve ne fût pas consacrée au moment des faits par une disposition légale, la nécessité de disposer d'une réserve destinée à compenser les fluctuations de valeur et, partant, à garantir la stratégie de placement choisie par l'institution de prévoyance constituait un principe général en matière de prévoyance professionnelle dont le Conseil de fondation devait tenir compte au moment de définir sa stratégie de placement [295] . En l'occurrence, la Fondation J. _____ ne disposait, compte tenu du degré de couverture présenté à la fin de l'année 1999 (100,21 %) et à la fin de l'année 2000 (99,92 %), d'aucune réserve permettant de compenser les fluctuations de valeur enregistrées par la fortune placée en raison de la variation des cours. Or l'existence d'une telle réserve est importante, dans la mesure où elle représente, comme on l'a vu, une garantie contre les pertes sur cours enregistrées par les placements et permet d'assurer l'équilibre financier de l'institution de prévoyance conformément à l'art. 65 al. 1 LPP. Il s'ensuit que plus la politique de placement d'une institution de prévoyance est risquée, plus elle doit être corrélée à une réserve de fluctuation élevée. Au regard de la situation financière de la Fondation J. _____ en 1999 et en 2000, l'exposition en actions ne pouvait par conséquent être que limitée. En décidant toutefois d'autoriser les gestionnaires de fortune à investir en actions entre 27,5 et 45 % de la fortune de la Fondation J. _____, le Conseil de fondation l'a exposée à un risque majeur. A la lecture des pièces du dossier, il apparaît que la problématique de la réserve de fluctuation était connue et avait fait l'objet d'échanges entre le Conseil de fondation et les représentants de la D. _____ . Dans le

courrier qu'elle a adressé le 15 février 2000 à la Fondation J. _____ [296], la D. _____, par la plume de B. _____ et de P. _____, proposait de transmettre aux différents gestionnaires de fortune une grille provisoire d'allocation des actifs, tout en réservant les résultats d'une étude de congruence actifs-passifs et en soulignant « le peu d'informations que nous avons sur le niveau de réserves de votre institution ». Il ressort ensuite du procès-verbal de la séance du Conseil de fondation du 11 avril 2000 [297] que la grille provisoire d'allocation des actifs établie par la D. _____ tenait compte « de la période transitoire que la Fondation traverse et du fait qu'elle n'a pas de réserves. (Politique de placement pas trop agressive) ». Le même procès-verbal fait mention de la proposition – vaine – d'U. _____ d'attendre deux à trois années, « laps de temps permettant de créer un fonds de réserve », avant de prévoir la mise en œuvre d'une étude de congruence actifs/passifs. Au cours de son audition [298], U. _____ a précisé à ce sujet qu'il était opportun pour une institution de prévoyance de disposer d'un fonds de réserve de l'ordre de 8 % et que, compte tenu de la structure de risque de la Fondation J. _____, il aurait été possible de créer une telle réserve sur une durée de deux à trois ans sans qu'il n'en coûte à l'employeur et aux employés. D'après le procès-verbal de la séance du Conseil de fondation du 2 novembre 2000 [299], B. _____ et P. _____ ont, dans le cadre de la présentation des résultats de l'étude de congruence actifs/passifs, insisté sur plusieurs points essentiels, dont notamment le fait d'« éviter d'être sensible à court terme sur les fluctuations à la baisse ». Quant à P. _____ [300], il a indiqué au cours de son audition qu'il n'était pas admis à l'époque des faits qu'une institution de prévoyance puisse s'exposer à des risques accrus afin de constituer une réserve de fluctuation et qu'il fallait prévoir, en l'absence de réserve de fluctuation, une allocation d'actifs plus sûre que dans le cas où l'institution de prévoyance disposait d'une telle réserve. Au cours de son audition [301], B. _____ a également indiqué que la question de la création d'une réserve de fluctuation avait « certainement » été évoquée avec le Conseil de fondation. Il a néanmoins précisé que la grille d'allocation des actifs était définie compte tenu d'objectifs à long terme et qu'une réserve de fluctuation ne pouvait être alimentée qu'en fonction de l'évolution – positive – des marchés, insinuant qu'il était nécessaire de prendre un minimum de risques pour créer une réserve de fluctuation. L'argumentation du représentant de la D. _____ se reflète d'ailleurs dans les résultats de l'étude de congruence actifs-passifs. Quelles que fussent les allocations envisagées, la D. _____ prenait en considération au cours des cinq premières années d'existence de la Fondation J. _____ une probabilité de « shortfall » (soit une probabilité mathématique de subir une perte sur portefeuille) évoluant de 33 à 18 % et une probabilité de réserve mathématique négative évoluant de 28 à 16 %. On retrouve également cette manière de voir les choses dans le courrier – rédigé par la D. _____ que la Fondation J. _____ a adressé le 5 novembre 2002 à l'Autorité de surveillance (« La jeunesse de notre Fondation, qui ne fonctionne dans sa forme actuelle que depuis le début 2000, lui a fait subir de plein fouet les baisses des marchés, avant même d'avoir pu constituer des réserves de fluctuation appropriées ») [302]. Dans le cadre de son audition [303], K. _____ a d'ailleurs confirmé que la constitution d'une réserve de fluctuation représentait un objectif à moyen terme. A la décharge du Conseil de fondation, il y a lieu de retenir que celui-ci a reçu des garanties explicites de la part des représentants de la D. _____, à savoir B. _____ et P. _____, que la stratégie de placement proposée était conforme au droit et adaptée à la situation de la Fondation J. _____, dans la mesure où elle tenait compte, notamment, du fait qu'elle ne disposait pas de réserves. A cet égard, il ressort des témoignages recueillis au cours de la procédure que s'était formée dans l'esprit

des membres du Conseil de fondation la conviction que la Fondation J._____ adoptait une allocation stratégique conservatrice [304] . D'après le procès-verbal de la séance du Conseil de fondation du 2 novembre 2000 [305] , B._____ et P._____ ont par ailleurs expliqué au Conseil de fondation que la Fondation J._____ « ne présente pas de défaut de structure dans le passif et que le profil de risque est similaire à la majorité des Caisses de pension que la D._____ gère. En deux mots l'analyse confirme que nous sommes dans la bonne fourchette des Caisses de pension ». cc) Des conclusions de la Cour Confronté à des questions techniques telles que les besoins courants en liquidités nécessaires au bon fonctionnement de la Fondation, la capacité de risque de la Fondation J._____ ou encore la nécessité de disposer d'une réserve de fluctuation, le Conseil de fondation n'était pas armé, compte tenu des qualifications professionnelles et des connaissances limitées en matière de prévoyance professionnelle de ses membres, pour décider seul de la meilleure stratégie de placement pour la Fondation J._____. On en veut notamment pour preuve le fait que, invités au cours d'une séance tenue en comité restreint le 19 avril 2000 à répondre à un certain nombre de questions posées par des représentants d'E._____ au sujet de la grille d'allocation des actifs définie par la D._____, B.N._____ et H._____ se sont révélés empruntés et s'en sont remis à l'appréciation de la D._____ [306] . Parfaitement conscient de ses lacunes et de la nécessité de se faire accompagner dans la démarche consistant à élaborer une stratégie de placement en faveur de la Fondation J._____, le Conseil de fondation s'en est remis, lorsqu'il a été interpellé par les représentants de la D._____ au début de l'année 2000, aux conseils qualifiés des spécialistes de la D._____. Dans le cadre des discussions qu'il a menées à ce sujet avec la D._____, le Conseil de fondation a toutefois toujours insisté sur sa volonté d'avoir une approche conservatrice dans la gestion de la fortune de la Fondation J._____. En l'absence d'indices concrets laissant penser que les renseignements et assurances donnés par les représentants de la D._____ n'étaient pas adéquats, le Conseil de fondation pouvait raisonnablement se fier à ceux-ci et, partant, considérer que les propositions de placement qui lui étaient faites, lesquelles avaient été par ailleurs corroborées par les résultats d'une étude de congruence actifs/passifs, étaient conformes aux exigences légales et adaptées à la situation de la Fondation J._____. Vu les garanties données, le Conseil de fondation ne pouvait décemment se rendre compte que la stratégie de placement qu'il avait adoptée méconnaissait un principe fondamental de la prévoyance professionnelle – à savoir que les engagements d'une institution de prévoyance devaient être garantis pleinement et en tout temps –, reposait sur une analyse lacunaire de la situation financière de la Fondation J._____ et n'était pas adaptée au profil économique de la Fondation. En résumé, il y a lieu de retenir que le Conseil de fondation a, dans le cadre de la mise en place de la stratégie de placement de la Fondation J._____, prêté le soin commandé par les circonstances en suivant les conseils de spécialistes disposant des qualifications professionnelles requises et en suivant les recommandations de ces derniers. En procédant de la sorte, il a agi comme l'aurait fait une personne consciencieuse et raisonnable occupant la même fonction et placée dans des circonstances identiques. En l'absence de violation fautive de leur devoir de diligence, les membres du Conseil de fondation ne sauraient être tenus pour responsables de l'éventuel dommage causé au Fonds de garantie LPP par la politique de placement de la Fondation J._____. d) De l'achat et de la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] aa) Des griefs du Fonds de garantie LPP Le Fonds de garantie LPP estime que la Fondation J._____ a subi un préjudice dans le cadre de l'opération immobilière ayant consisté à acquérir, puis à

vendre les parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...], en raison notamment d'une absence de rendement sur le capital investi. bb) De l'acquisition des parcelles

Des constats de la Cour L'instruction a mis en évidence que J1. _____ SA s'est vu offrir, au tout début de l'année 1999, l'opportunité d'acquérir les parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...], lesquelles étaient contiguës et pratiquement enclavées dans la propriété de J1. _____ SA. A teneur du procès-verbal des séances du Conseil de fondation des 3 février et 2 mars 1999 [307], il ressort toutefois que J1. _____ SA a, en vain, cherché à obtenir un financement auprès d'établissements bancaires. L'instruction n'a cependant pas permis d'établir clairement les raisons pour lesquelles J1. _____ SA n'avait pas réussi à financer l'opération par le biais d'une forme courante de financement [308]. Compte tenu de la situation, il a alors été décidé de faire recours à la Fondation J. _____, laquelle a acquis en son nom propre pour un montant de 1'902'600 fr. la propriété des parcelles susmentionnées, afin de les mettre à disposition de J1. _____ SA « contre une location équitable et suffisante ». Selon le procès-verbal des séances des 3 février et 2 mars 1999, le Conseil de fondation a, avant de donner son accord à l'opération, été informé de ses tenants et aboutissants. Le contrat de vente a été signé le 4 mars 1999 [309], avec l'aval de l'Autorité de surveillance [310]. Malgré les allégations du Fonds de garantie LPP, l'instruction n'a pas permis d'établir un lien de causalité entre la création de la Fondation J. _____ et l'achat des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...]. Au vu des motifs qui ont présidé à la création de la Fondation J. _____ [311], il apparaît toutefois peu probable que la création de la Fondation ait résulté de la simple nécessité de réaliser une opération immobilière, si bien que cette thèse doit être écartée. De même, l'instruction n'a pas permis d'établir que, dans le cadre de cette opération immobilière, l'intervention de la D. _____ ait dépassé le simple rôle de conseil [312].

bbb) Des conclusions de la Cour Quoi qu'il en soit, les questions demeurées sans réponses claires à l'issue de l'instruction ne revêtent aucune importance dans le cadre du présent litige. Ainsi que la jurisprudence l'a souligné, les investissements immobiliers font partie des instruments courants de placement considérés en principe comme sûrs, qui, lorsqu'ils sont réalisés de façon professionnelle, permettent de couvrir les besoins à long terme d'une institution de prévoyance [313]. Au regard du contexte légal en vigueur au moment des faits (cf. art. 54 let. c OPP 2, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1993 au 31 décembre 2008), un financement de l'acquisition de ces parcelles par le biais de l'institution de prévoyance pour un montant représentant moins de 10 % de la fortune globale de la Fondation J. _____ était parfaitement admissible, pour autant que le rendement octroyé soit conforme aux règles du marché. Si, aux yeux du Fonds de garantie LPP, cet investissement – autorisé par l'Autorité de surveillance – semblait peu opportun, rien ne permet de soutenir que celui-ci était contraire au droit et susceptible d'engager la responsabilité du Conseil de fondation. cc) De la vente des parcelles

Des constats de la Cour Les parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] ont été vendues le 2 juillet 2001 à la société L. _____ AG pour un montant de 2'850'000 francs. Ainsi que l'ont exposé X. _____, B.N. _____ et G. _____ [314], la vente desdites parcelles était liée aux difficultés financières rencontrées par le groupe JJ. _____. Dans la mesure où le groupe JJ. _____ avait décidé de se séparer des terrains dont il était propriétaire, il n'y avait pas de sens pour la Fondation J. _____ de conserver ses propres parcelles. Cela étant, il ressort des procès-verbaux des séances du Conseil de fondation [315] et des témoignages de K. _____, G. _____ et H. _____ [316] que le Conseil de fondation n'a pas été formellement consulté en amont de la vente de ces terrains et qu'il a été mis par

la suite devant le fait accompli par la direction du groupe JJ._____. L'absence de séance du Conseil de fondation traitant de cette problématique et, partant, de décision formelle avalisant la vente des terrains, l'acte de vente du 2 juillet 2001, signé par B.N._____, agissant en vertu d'une procuration conférée par C._____ et lui-même, ainsi que le témoignage de X._____ [317] démontrent sans le moindre doute possible que la décision de vendre a été prise au sein de la direction du groupe JJ._____, sans égard aux prérogatives de la Fondation J._____. Pour autant, les témoignages de K._____, C._____ et H._____ [318] conduisent à retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le Conseil de fondation n'aurait pas exprimé d'opposition à la vente des terrains litigieux, s'il avait été préalablement invité à se prononcer souverainement à ce propos. bbb) Des conclusions de la Cour En l'occurrence, la question de savoir si plusieurs membres du Conseil de fondation, actifs également au sein des organes de la société fondatrice, J1._____ SA, n'ont pas violé leur devoir de fidélité à l'égard de la Fondation J._____ en décidant de procéder à la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] sans en référer au Conseil de fondation, se pose plus que sérieusement. Dans la mesure toutefois où la Cour de céans a acquis la conviction que la vente de ces parcelles aurait de toute façon été ratifiée par le Conseil de fondation, dans la mesure où il ne faisait plus de sens de conserver ces terrains, cette question peut rester indécise. S'agissant par ailleurs de la question du prix de vente, fixé à 2'850'000 fr., il n'est pas allégué par le Fonds de garantie LPP que le montant offert par la société L._____ AG était inférieur au prix du marché, respectivement que la Fondation J._____ aurait été lésée par le prix proposé. Il n'y a par conséquent pas lieu d'examiner plus avant cette question. Aussi, rien ne permet d'affirmer que la vente des parcelles précitées ait été contraire au droit et susceptible d'engager la responsabilité du Conseil de fondation. dd) De la convention aaa) Des constats de la Cour A la suite de la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] à la société L._____ AG, une convention a été établie afin de régler les relations entre J1._____ SA et la Fondation J._____, laquelle a été signée le 15 novembre 2001, pour J1._____ SA, par B.N._____ et A.N._____ et, pour la Fondation J._____, par X._____ et H._____ [319]. Les auditions menées par la Cour de céans n'ont pas permis d'établir les circonstances exactes dans lesquelles cette convention a été effectuée [320]. Tout au plus faut-il retenir que le Conseil de fondation n'a pas été directement associé à l'établissement de cette convention, dès lors que celle-ci a été présentée et avalisée par celui-ci dans le cadre de la séance du Conseil de fondation du 26 février 2002 [321]. Aux termes de cette convention, il ressort que la Fondation J._____ a, compte tenu du prix d'achat payé (env. 2'020'000 fr.), des investissements opérés pour aménager les terrains (env. 875'000 fr.) et du prix de vente obtenu (2'850'000 fr.), réalisé une perte de 45'719 fr. 90 [322]. J1._____ SA s'est engagée à couvrir cette perte à hauteur de 45'000 fr., ainsi qu'à rémunérer au taux de 5 % – au fur et à mesure des paiements effectués par la Fondation J._____ – les dépenses réalisées entre le 28 juillet 1999 et le 1^{er} mai 2001 pour l'acquisition et l'aménagement des parcelles (193'689 fr. 45, arrondi à 195'000 fr.) et à verser un loyer mensuel de 13'500 fr. pour la période du 1^{er} mai au 30 juin 2021 (27'000 francs). J1._____ SA s'est acquittée de sa créance durant le courant de l'année 2003. bbb) Des conclusions de la Cour En l'occurrence, les circonstances dans lesquelles la convention destinée à régler les relations entre la Fondation J._____ et le groupe JJ._____ à la suite de la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] à la société L._____ AG a été établie prètent à discussion. Compte tenu de la chronologie des faits, il apparaît plus que probable

que les modalités de cette convention ont été fixées au sein de la direction du groupe JJ. _____, sans consultation préalable de la Fondation J. _____ et sans égard aux prérogatives du Conseil de fondation. La question de savoir si certains membres du Conseil de fondation, actifs également au sein des organes de la société fondatrice, JI. _____ SA, ont, dans ce contexte, violé leur devoir de fidélité à l'égard de la Fondation J. _____ peut néanmoins rester indécise. Ainsi que l'a souligné K. _____ [323], la Fondation J. _____ n'a, dans le cadre de l'achat et de la vente des parcelles précitées, pas été objectivement préjudiciée sur le plan financier, puisque l'entier des sommes investies dans ce projet ont été rémunérées à un taux d'intérêt de 5 %, taux que l'on peut considérer comme conforme aux conditions du marché de l'époque. Certes, comme le relève le Fonds de garantie LPP, il ne ressort pas des éléments comptables produits au cours de la procédure que JI. _____ SA ait versé un intérêt moratoire sur le montant de 267'000 fr. qu'elle devait à la Fondation J. _____ pour la période courant de la signature de la convention au paiement effectif de cette somme. Cela étant, la convention ne prévoyait ni échéance pour le paiement de cette créance ni paiement d'intérêts moratoires. La question de savoir si le Conseil de fondation a manqué à ses devoirs peut toutefois demeurer indécise, dans la mesure où, au final, JI. _____ SA s'est acquittée d'un montant de 279'637 fr. 50, soit un montant supérieur à ce qu'elle devait aux termes de la convention. Il n'est dès lors pas arbitraire de considérer que le retard dans le paiement de la somme due a, dans une très large mesure, été compensé par les versements effectués par JI. _____ SA. Même si les modalités de recouvrement de la créance due par JI. _____ SA peuvent apparaître a posteriori comme ayant été inopportunes, la question d'une éventuelle responsabilité du Conseil de fondation en lien avec l'achat et la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] peut, sur le vu de ce qui précède, être écartée. e) De la conclusion d'un contrat de factoring avec A. _____ SA aa) Des griefs du Fonds de garantie LPP Le Fonds de garantie LPP estime que la résiliation par le Conseil de fondation du mandat de gestion confié à E. _____ et le transfert des fonds gérés par cette dernière à A. _____ SA à la suite de la conclusion par JI. _____ SA d'un contrat de factoring avec A. _____ SA a entraîné des pertes sur réalisation de titres dont le Conseil de fondation doit répondre. bb) Des constats de la Cour Le 12 décembre 2001, X. _____ et B.N. _____ ont, au nom de JI. _____ SA, conclu avec [...] SA, société du groupe A. _____, un contrat d'affacturage. Dans le cadre de la convention de crédit signée avec A. _____ SA en lien avec ce contrat, JI. _____ SA s'est engagée à faire transférer par la Fondation J. _____ auprès d'A. _____ SA des avoirs ou titres d'un montant minimum de 20'000'000 fr. et à en confier la gestion à A. _____ Asset Management sous la forme d'un mandat [324]. D'après le procès-verbal de la séance du 28 janvier 2002 [325], ce n'est qu'à cette date que les autres membres du Conseil de fondation ont été informés des dispositions prises par la direction de JI. _____ SA, information qui a d'ailleurs soulevé la réprobation du Conseil (« Le dernier point soulève quelques remarques pertinentes, par le fait d'une part que la Direction ait pris des dispositions avec l'A. _____ avant d'en parler au Conseil de Fondation et d'autre part que la Fondation de prévoyance soit toujours en quelque sorte l'otage des problèmes financiers de l'entreprise JI. _____ ») [326]. Ainsi que le démontre le procès-verbal de la séance du 26 février 2002 [327], au cours de laquelle le Conseil de fondation a acté une nouvelle répartition des fonds confiés à gestion (13 millions pour la D. _____ ; 20 millions pour A. _____ SA ; 10 millions pour Q. _____) ainsi que la révocation du contrat d'E. _____, la décision prise unilatéralement par la direction JI. _____ SA a finalement été ratifiée par

le Conseil de fondation. Un contrat de mandat a été signé le 24 juin 2002 par B.N. _____ et H. _____ et les fonds ont été transférés d'E. _____ à A. _____ SA durant le courant du mois de juillet 2002. K. _____ et C. _____ [328] ont cependant souligné qu'ils n'avaient guère eu d'autre choix que de suivre le choix opéré par la direction du groupe JJ. _____. cc) Des conclusions de la Cour A l'instar de ce qu'a déclaré Y. _____ [329], la Cour de céans est convaincue que la direction de J1. _____ SA a utilisé la Fondation J. _____ et la fortune dont elle disposait comme facteur de négociation pour la conclusion d'un contrat d'affacturage avec le groupe A. _____. Dans ce contexte, on pourrait se demander si X. _____ et B.N. _____, en leur qualité de membres du Conseil de fondation, n'ont pas violé le devoir de fidélité que leur imposait leur fonction au sein de la Fondation J. _____, en prenant des engagements pour le compte de la Fondation J. _____ sans en référer préalablement au Conseil de fondation et, ce faisant, en privilégiant les seuls intérêts de J1. _____ SA. Dans la mesure toutefois où les engagements pris par la direction de J1. _____ SA ont, par la suite, été ratifiés par le Conseil de fondation, cette question peut demeurer indécise. Pour le reste, on ne saurait affirmer que le Conseil de fondation a violé son devoir de diligence à l'égard de la Fondation J. _____ en décidant de retirer les avoirs gérés à E. _____ pour les confier à A. _____ SA, banque active de longue date dans le domaine de la gestion de fortune. Le choix des gestionnaires de fortune, singulièrement la décision consistant à remplacer un gestionnaire de fortune par un autre, fait incontestablement partie des compétences intransmissibles de l'organe dirigeant d'une institution de prévoyance. A cet égard, il dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour choisir les gestionnaires avec lesquels il entend collaborer. Ainsi, même si les performances d'E. _____ ne prêtaient pas à discussion et le transfert des fonds pouvait être source de frais divers, le Conseil de fondation était libre de révoquer à tout moment le mandat de gestion et de désigner un autre gestionnaire s'il estimait que cette solution était favorable à la Fondation J. _____. S'agissant d'un choix relevant de la pure opportunité, il n'était pas susceptible d'engager une quelconque responsabilité de la part du Conseil de fondation. Quant au reproche formulé par le Fonds de garantie LPP au Conseil de fondation de n'avoir pas mis en œuvre la nouvelle répartition des fonds confiés à gestion décidée au cours de la séance du Conseil de fondation du 26 février 2002, il n'y a pas lieu de l'examiner en détail, faute pour le Fonds de garantie LPP d'établir, à tout le moins dans les grandes lignes, en quoi son dommage aurait été moindre si la clé de répartition décidée par le Conseil de fondation avait été mise en œuvre. f) Du réinvestissement de 2'850'000 fr. opéré par la D. _____ aa) Des griefs du Fonds de garantie LPP Le Fonds de garantie LPP estime que Conseil de fondation aurait dû veiller au réinvestissement correct du montant de 2'850'000 fr. résultant de la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] à la société L. _____ AG, soit conformément à l'allocation des actifs en force, laquelle supposait de réinvestir cette somme en fonds de placement immobiliers. bb) Des constats de la Cour Comme constaté précédemment, il apparaît que ce n'est que par hasard, après s'être demandé si le produit de la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] était disponible [330], que le Conseil de fondation a appris, en date du 26 février 2002, que la D. _____, en sa qualité de gestionnaire administrative, technique et comptable, avait, le 27 juillet 2001, disposé librement du montant de 2'850'000 fr. résultant de la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] pour le confier à la D. _____, en sa qualité de gestionnaire de fortune, en transférant ce montant du compte d'exploitation n° H [...] sur le compte de placement n° S [...] [331]. La réaction exprimée par le Conseil de fondation au

cours de la séance du 26 février 2002 démontre à l'évidence que cet acte de gestion ne s'insérait pas dans le cadre des relations telles qu'elles avaient été voulues par la Fondation J. _____ et que, partant, la D. _____ avait, aux yeux du Conseil de fondation, outrepassé les compétences qui lui avaient été attribuées. Au demeurant, il ne ressort pas du dossier qu'il existait une disposition contractuelle ou tout autre document autorisant la D. _____, en qualité de gestionnaire administrative, technique et comptable, à transférer ou à retirer des fonds qui avaient été confiés à son service de gestion de fortune [332] . cc) Des conclusions de la Cour II ne fait aucun doute que le Conseil de fondation, s'il avait exercé un contrôle régulier des flux financiers au sein de la Fondation J. _____, aurait pu et dû se rendre compte que la D. _____, en sa qualité de gestionnaire administrative, technique et comptable, procédait sans droit, depuis le mois d'avril 2001, à des actes de disposition sur la fortune de la Fondation qui pouvaient être préjudiciables aux intérêts de la Fondation J. _____. Ainsi que cela a été précisé précédemment, il appartenait en effet au Conseil de fondation, bien que la gestion administrative, technique et comptable ait été déléguée à la D. _____, d'examiner concrètement, soit au moins une fois au cours de l'année en sus de la prise de connaissance des comptes annuels, la manière dont celle-ci exerçait son mandat, que ce soit, par exemple, au regard du suivi et de la gestion des assurés, du contrôle des flux financiers ou de la tenue de la comptabilité. Dans la mesure où, toutefois, un contrôle constant n'était pas exigé, il n'est pas possible de retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que les actes de disposition opérés par la D. _____ depuis le mois d'avril 2001 auraient pu être repérés par le Conseil de fondation avant que la D. _____ ne décide, le 27 juillet 2001, de réinvestir le montant de 2'850'000 fr. et que, partant, cet acte de disposition aurait pu être évité. Aussi, il n'y a pas lieu de retenir que le Conseil de fondation a violé son devoir de diligence à l'égard de la Fondation J. _____ dans le cadre du réinvestissement de 2'850'000 fr. opéré par la D. _____ à la suite de la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...]. dd) Des autres actes de disposition opérés par la D. _____ L'instruction de la présente affaire a permis de mettre en évidence que la D. _____, en sa qualité de gestionnaire administrative, technique et comptable de la Fondation J. _____, avait, en sus du réinvestissement de la somme de 2'850'000 fr., opéré sans droit plusieurs autres actes de disposition sur les avoirs déposés sur le compte d'exploitation n° H [...] [333] . Faute pour le Fonds de garantie LPP d'avoir émis des griefs à l'encontre de ces actes de disposition, il n'y a pas lieu, conformément à la maxime de disposition, d'examiner si le Conseil de fondation répond également de ces agissements. g) De la rémunération des avoirs de prévoyance aa) Des griefs du Fonds de garantie LPP Le Fonds de garantie LPP reproche au Conseil de fondation d'avoir mis en place une politique trop généreuse de distribution de fonds aux assurés, sous forme d'un taux d'intérêt supérieur au minimum imposé. Il relève qu'il était généralement admis que les caisses enveloppantes qui avaient, à l'instar de la Fondation J. _____, un plan d'assurance plus généreux que le minimum LPP, étaient autorisées, suivant le principe de l'imputation, à ne pas indexer les rentes minimales ou à ne pas attribuer l'intérêt minimal à l'avoir de vieillesse LPP, aussi longtemps que la rente ou la prestation de libre passage était au moins aussi élevée que la prestation résultant du compte témoin LPP. A fortiori , une institution de prévoyance était autorisée à ne pas créditer d'intérêt sur les avoirs surobligatoires ou à ne les créditer que d'un intérêt plus bas que l'intérêt minimum LPP. Faute d'analyse de la situation financière de la Fondation J. _____, le Conseil de fondation n'avait pas le droit de prendre de décision impliquant de créditer sur les comptes des assurés des rendements dépassant les obligations légales. Avant de procéder à de telles

distributions, il fallait définir le niveau de réserves idoines et allouer les fonds disponibles à la constitution de telles réserves. Or le Conseil de fondation a, par l'adoption des comptes relatifs à l'année 2000 au cours de sa séance du 28 janvier 2002, validé l'attribution d'un intérêt rémunérateur de 5 % non seulement sur l'avoir de vieillesse LPP mais également sur la part surobligatoire des fonds de prévoyance des assurés actifs, soit un taux plus élevé que le taux minimal LPP de 4 % applicable à l'époque. Cette décision était irresponsable, vu l'absence de réserves de fluctuation et le haut niveau – d'environ 37 % – d'investissements en actions nécessitant la constitution de réserves conséquentes. La sagesse aurait voulu de servir au maximum un intérêt de 4 % et éventuellement seulement sur l'avoir minimum LPP. Par l'adoption des comptes relatifs à l'année 2001 au cours de sa séance du 4 octobre 2002, le Conseil de fondation a validé la décision de servir un intérêt rémunérateur de 4 % aussi bien sur l'avoir réglementaire que sur l'avoir minimum LPP ; il a également implicitement admis d'en faire de même pour l'année 2002. Or il aurait pu ne servir qu'un intérêt de zéro sur tous les avoirs de prévoyance, dans le respect des comptes témoins LPP. Enfin, le Conseil de fondation ne s'est pas réuni avant le 18 février 2003 et n'a pris, ce jour-là, qu'une seule mesure d'assainissement, soit le non-versement d'intérêts rémunérateurs, pour l'année 2003 uniquement.

bb) Des constats de la Cour En l'occurrence, la réglementation relative à la fixation du taux de rémunération des avoirs de prévoyance au sein de la Fondation J. _____ était relativement succincte. Certes, l'art. 11 al. 2 du règlement de prévoyance de la Fondation J. _____ prévoyait que le compte de vieillesse devait être crédité à la fin de chaque année civile des intérêts calculés, au taux fixé par le Conseil de fondation, sur l'avoir de vieillesse à la fin de l'année précédente. Toutefois, il ne ressort pas du dossier que le Conseil de fondation ait, par le biais de dispositions réglementaires, établi une procédure et fixé des critères objectifs permettant de définir le taux de rémunération à pratiquer sur les avoirs de prévoyance. Ainsi que la Cour de céans l'a retenu précédemment, la constitution de la Fondation J. _____ a essentiellement obéi à des considérations de réduction des coûts administratifs et de recherche de meilleurs rendements. Cela s'est traduit dès le départ par une politique ambitieuse en matière de rémunération des avoirs de prévoyance. Ainsi, le Conseil de fondation avait, dans sa séance du 28 novembre 2000, adopté le principe général selon lequel un taux de 5 % serait appliqué pour rémunérer les capitaux des assurés [334]. Au cours des diverses séances qu'il a tenues, le Conseil de fondation a régulièrement eu à se prononcer sur le taux de rémunération des avoirs de prévoyance : - Le 28 janvier 2002, il a adopté les comptes 2000 de la Fondation J. _____, lesquels ont crédité un taux d'intérêts de 5 % sur les capitaux des assurés, et fixé le taux applicable pour l'année 2001 à 4 % [335] ; - Le 4 octobre 2002, il a adopté les comptes 2001 de la Fondation J. _____, lesquels ont crédité un taux d'intérêts de 4 % sur les capitaux des assurés [336] ; - Le 18 février 2003, il a décidé de fixer le taux d'intérêts applicable pour l'année 2003 à 0 % [337] ; - Le 19 juin 2003, il a adopté les comptes 2002 de la Fondation J. _____, lesquels ont crédité un taux d'intérêts de 4 % sur les capitaux des assurés [338]. Selon les témoignages recueillis en cours de procédure, il ne semble pas que la question du taux de rémunération des avoirs de prévoyance faisait l'objet de discussions particulières au sein du Conseil de fondation. Ainsi que ses membres l'ont expliqué, ils se rapportaient, sur ce sujet particulier, entièrement aux conseils et suggestions de la D. _____ [339]. A cet égard, P. _____ a confirmé qu'il participait activement à la fixation des taux de rémunération des avoirs de prévoyance [340]. Au regard des réponses données, il n'y a ainsi pas lieu de penser que le Conseil de fondation procédait, préalablement à toute décision relative à la fixation du taux de

rémunération des avoirs de prévoyance, à un examen de la situation financière de la Fondation J. _____ et de l'évolution de sa fortune. En adoptant les comptes relatifs à l'année 2000, le Conseil de fondation a décidé d'allouer un taux d'intérêt de 5 % sur les avoirs de prévoyance. Cette décision a toutefois eu pour effet que la Fondation J. _____ n'accusait au 31 décembre 2000 plus qu'un taux de couverture de 99,92 %. Dans son rapport d'attestation du 11 janvier 2002 [341], le réviseur de la Fondation J. _____ mettait par ailleurs en exergue que « les mauvaises performances boursières enregistrées durant l'année 2001 vont augmenter le découvert de manière significative. Il convient de préciser que la nature du découvert ressortant des comptes de l'exercice sous revue est d'origine conjoncturelle et non structurelle. La solvabilité de la fondation ne devrait pas en être affectée dans le futur, pour autant que les activités de la fondatrice et des sociétés affiliées se poursuivent normalement ». Pour les années 2001 et 2002, le Conseil de fondation a décidé d'allouer un taux de rémunération de 4 % sur les avoirs de prévoyance, ce qui correspondait au taux minimal fixé par le Conseil fédéral à l'art. 12 OPP 2. Pour l'année 2003, le Conseil de fondation a décidé d'allouer un taux d'intérêt nul sur les avoirs de prévoyance. Dans ce contexte, il y a lieu de se demander si le Conseil de fondation n'aurait pas dû, compte tenu de la situation dans laquelle se trouvait la Fondation J. _____, allouer en lieu et place des taux fixés par le Conseil fédéral un taux de rémunération de 0 % pour les années 2000, 2001 et 2002. Dans la thèse qu'il a consacrée au principe d'imputation (Das Anrechnungsprinzip in der beruflichen Vorsorge, thèse 2020, p. 108 ss), Michael E. Meier a expliqué qu'il était difficile de dater le moment où il a été admis de manière générale que l'on pouvait appliquer un taux d'intérêt nul selon le principe d'imputation. Cet auteur a mis en évidence qu'Hermann Walser constatait, dans la Circulaire d'information de l'Association Suisse des Institutions de Prévoyance n° 42 du 6 janvier 2003, que, dans les cas limites, une institution de prévoyance pouvait appliquer un taux nul lorsque les performances étaient particulièrement négatives, pour autant que le capital épargne ou de prévoyance des assurés restait supérieur à l'avoir de vieillesse minimal LPP capitalisé au taux minimal LPP. Pour Michael E. Meier, l'application d'un taux d'intérêt nul semblait toutefois être pratiquée depuis de nombreuses années. En réponse à un postulat de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national au sujet du modèle de prévoyance « Winterthur », le Conseil fédéral a, en date du 26 septembre 2003, expliqué que « de nombreuses institutions de prévoyance ont [...] ces dernières années [...] soumis l'ensemble de l'avoir de prévoyance à un intérêt nul. Cette dernière mesure a été possible lorsque la mise à jour du calcul de conformité a prouvé que les prestations imposées par la loi demeuraient assurées malgré l'intérêt nul ». Michael E. Meier estimait par conséquent vraisemblable que l'idée d'appliquer un taux d'intérêt nul sur les avoirs de prévoyance s'était véritablement établie dans le contexte des pertes subies par les institutions de prévoyance lors de la crise boursière de 2001-2002. Dans le cas de la Fondation J. _____, il y a lieu de constater que la possibilité de faire usage de la mesure consistant à allouer un taux d'intérêt nul sur les avoirs de prévoyance n'a été envisagée qu'à compter du début de l'année 2003. A tout le moins, cette mesure n'avait pas été évoquée par le représentant de la D. _____, soit P. _____, dans le cadre de la présentation qu'il avait faite le 4 octobre 2002 à l'attention du Conseil de fondation [342], ni mentionnée dans le courrier que la Fondation J. _____ avait adressé à l'Autorité de surveillance en date du 5 novembre 2002 [343]. Elle a été évoquée pour la première fois au cours de la séance du Conseil de fondation du 18 février 2003 [344], soit peu après la publication de la Circulaire d'information de l'Association Suisse des Institutions de Prévoyance n° 42 du 6

janvier 2003. Dans ces conditions, on ne peut reprocher à la Fondation J. _____ de n'avoir pas alloué un taux d'intérêt nul sur les avoirs de prévoyance dans le cadre des décisions en matière de rémunération prises avant le mois de janvier 2003 concernant les comptes relatifs aux années 2000 et 2001. En revanche, il convient de constater que le Conseil de fondation, après avoir décidé le 18 février 2003 d'allouer un taux d'intérêt nul pour l'exercice 2003, n'en a pas fait de même le 19 juin 2003 au moment d'adopter les comptes relatifs à l'année 2002. cc) Des conclusions de la Cour En l'occurrence, il y a lieu de retenir que la politique de rémunération des avoirs de prévoyance de la Fondation J. _____ suivait plus l'objectif général de rendement défini par le Conseil de fondation qu'elle ne reposait sur une analyse objective de la capacité financière de la Fondation. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si le Conseil de fondation n'a, en allouant un taux d'intérêt sur les avoirs de prévoyance de 5 % au lieu de 4 % pour l'année 2000 et de 4 % au lieu de 0 % pour l'année 2002, pas pris des décisions préjudiciables aux intérêts économiques de la Fondation J. _____ et, partant, violé son devoir de diligence à son égard, dès lors que cette dernière ne disposait pas, au regard de son taux de couverture, d'une autonomie financière suffisante. Malgré le fait que le découvert fût qualifié de conjoncturel, il est légitime de se demander si la situation économique de la Fondation J. _____ ainsi que l'évolution incertaine des marchés boursiers n'auraient pas dû commander, au regard de la nécessité d'assurer l'équilibre financier de l'institution de prévoyance conformément à l'art. 65 al. 1 LPP, une plus grande prudence de la part du Conseil de fondation et l'inciter à limiter le taux de rémunération des avoirs de prévoyance. En ce qui concerne le taux de rémunération pour l'année 2000, il y a lieu de constater que le fait d'offrir une rémunération à hauteur de 5 % n'avait rien d'illicite en soi, l'avoir de vieillesse devant être crédité, selon l'art. 12 OPP 2, d'un intérêt « d'au moins » 4 % l'an. Pour autant, il n'est pas contestable que cette proposition pouvait a posteriori sembler inopportune, eu égard au taux de couverture présenté par la Fondation J. _____ et au besoin de créer des réserves compte tenu de la stratégie de placement adoptée. Pour autant, il n'y a pas lieu de retenir, au vu du très léger découvert que la Fondation J. _____ présentait au 31 décembre 2000 (99,92 %), que le Conseil de fondation a violé son devoir de diligence en appliquant sur les avoirs de prévoyance un taux de rémunération de 5 % pour l'année 2000. En ce qui concerne le taux de rémunération pour l'année 2002, il y a lieu de constater que les marges de manœuvre de la Fondation J. _____ semblaient limitées par les dispositions légales applicables ainsi que par les recommandations de l'OFAS. Dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 65 du 31 octobre 2002, l'OFAS rappelait que « la loi prévoit que les avoirs de vieillesse sont rémunérés d'un intérêt annuel d'au moins 4 pour cent (art. 12 OPP 2). Si l'institution réalise de meilleures performances boursières, elle est libre d'accorder un taux d'intérêt supérieur. Mais en aucun cas ne peut-elle, par suite de mauvaises conditions boursières, verser moins de 4 pour cent actuellement et jusqu'au 31 décembre 2002. Toute autre tentative de correction constitue non seulement une atteinte inadmissible aux droits acquis de la prévoyance, mais aussi une violation de la loi. D'autre part, elle violerait le principe d'égalité de traitement entre les assurés, en portant atteinte aux droits des assurés qui restent dans la caisse, car ceux qui ont quitté la caisse avant la correction, ont perçu une prestation de sorte créditée de l'intérêt calculé sans réduction, alors que les autres se verraient diminuer leur intérêt ». Compte tenu de cette prise de position claire et sans équivoque, il convient d'admettre que le Conseil de fondation – pour peu qu'il ait examiné cette question – ne se soit pas senti légitimé à agir contre les recommandations de l'OFAS. Le fait qu'il ait été admis, peu de temps après, que

l'on pouvait appliquer un taux d'intérêt nul selon le principe d'imputation importe peu, dans la mesure où la situation était loin d'être claire, la question d'une application rétroactive de ce principe n'apparaissant nullement évidente (quant à son principe et quant à la question de savoir si le règlement de prévoyance autorisait une telle manière de faire [voir, à ce sujet, les directives du Conseil fédéral du 21 mai 2003 concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle, FF 2003 3863, p. 3868]). Aussi, il n'y a pas lieu de considérer que le Conseil de fondation, compte tenu du contexte particulier de l'époque, a violé son devoir de diligence en appliquant sur les avoirs de prévoyance un taux de rémunération de 4 % pour l'année 2002. Par ailleurs, il est indiscutable que la D. _____, par le biais de ses conseils et suggestions, a directement influé sur les choix du Conseil de fondation en matière de rémunération des avoirs de prévoyance. En premier lieu, il convient de souligner que la D. _____, par le biais de ses représentants B. _____ et P. _____, ont participé activement à la séance du Conseil de fondation du 28 septembre 2000 au cours de laquelle le principe général selon lequel un taux de 5 % serait appliqué pour rémunérer les capitaux des assurés a été adopté, et, implicitement, validé cette solution [345]. En second lieu, il faut retenir que la D. _____ a, en sa qualité de gestionnaire administrative, technique et comptable de la Fondation J. _____, établi à partir de l'année 2000 les comptes annuels de la Fondation J. _____, puis les a, par l'intermédiaire de P. _____, présentés au Conseil de fondation [346]. En ce qui concerne plus particulièrement la rémunération versée sur les avoirs de prévoyance pour les années 2000 et 2002, il ne ressort pas des procès-verbaux des séances du Conseil de fondation que P. _____ ait, malgré sa fonction d'expert en matière de prévoyance professionnelle de la Fondation J. _____, exprimé une quelconque réserve quant au taux de rémunération appliqué malgré le degré de couverture présenté par la Fondation J. _____ et appelé le Conseil de fondation à faire preuve de retenue dans ce contexte. Certes, le Conseil de fondation avait le devoir général, au regard des attributions qui lui étaient conférées, d'examiner la pertinence des propositions qui lui étaient faites. Le silence de la D. _____ à propos de la problématique de la rémunération des avoirs de prévoyance était toutefois propre, eu égard en particulier à la fonction d'expert en matière de prévoyance professionnelle endossée par P. _____ dans l'organisation de la Fondation J. _____, à faire naître auprès des membres du Conseil de fondation une confiance légitime dans le caractère adéquat des taux de rémunération appliqués et à les dispenser de procéder à un examen plus précis de la question. Aussi, le point de savoir si le Conseil de fondation était en mesure, par le biais d'une lecture attentive et critique des états financiers de la Fondation J. _____, de se rendre compte que la situation financière de celle-ci n'autorisait pas, compte tenu des exigences liées à une gestion prudente d'une institution de prévoyance, une rémunération des avoirs de prévoyance qui dépassait le minimum prévu par la loi, peut demeurer indécis. Compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce, il n'y a pas lieu de retenir que le Conseil de fondation a violé son devoir de diligence à l'égard de la Fondation J. _____ dans le cadre de sa politique de rémunération des avoirs de prévoyance. h) De l'absence de mesures prises au moment de la chute des cours aa) Des griefs du Fonds de garantie LPP Le Fonds de garantie LPP reproche au Conseil de fondation de s'être longuement désintéressé du sort concret des placements opérés par la Fondation J. _____. A l'appui de son constat, il met en évidence que le Conseil de fondation ne s'est réuni qu'à une seule reprise en 2001, soit au mois de janvier, afin d'entériner le remplacement d'A.N. _____ par X. _____ et d'approuver les comptes 1999 ; que lors de la séance suivante, qui s'est déroulée le 28

janvier 2002, il s'est limité à prendre connaissance des états financiers de la Fondation J. _____ au 31 décembre 2000 ; que ce n'est qu'au cours de la séance du 26 février 2002 que le Conseil de fondation a recueilli certaines informations sur le résultat des placements en 2001, sans qu'il ne réagisse à l'évolution critique de la situation ; et que lors de la séance suivante, qui s'est déroulée le 4 octobre 2002, il n'a pris aucune mesure immédiate, si ce n'est de limiter l'intérêt servi pour l'année 2003. bb) Des constats de la Cour Comme cela a déjà été mis en évidence précédemment, le Conseil de fondation ne s'était pas doté d'instruments destinés à assurer la haute surveillance des placements opérés par la Fondation J. _____. Il n'avait en particulier pas adopté de règlement de placement définissant comment les placements opérés par les gestionnaires de fortune devaient être contrôlés. A défaut, le Conseil de fondation aurait dû à tout le moins tenir régulièrement séance et mettre en place un suivi régulier des placements, afin de s'assurer que la stratégie de placement choisie était suivie par les gestionnaires de fortune, de vérifier quels étaient les résultats de cette stratégie et, le cas échéant, de procéder aux adaptations nécessaires. Le fait est que le Conseil de fondation a fait preuve d'un comportement passif tout au long de l'année 2001 et au cours du premier semestre de l'année 2002, ainsi que l'atteste l'absence de séances tenues au cours de l'année 2001 ou l'absence de discussion de l'évolution de la fortune de la Fondation au sein du Conseil de fondation [347] . A la lecture des procès-verbaux des séances du Conseil de fondation [348] , ce n'est qu'à compter du mois de septembre 2002, et à l'instigation de R. _____ [349] , que le Conseil de fondation a évoqué pour la première fois des mesures afin de revoir l'allocation stratégique des actifs de la Fondation J. _____. Si ces constatations de fait conduisent assurément à retenir que le Conseil de fondation n'a pas fait preuve de la diligence requise dans le cadre de la surveillance des placements opérés par la Fondation J. _____, elles ne permettent pas encore de répondre à la question de savoir si et, le cas échéant, à quel moment il était, au vu de la situation prévalant alors sur les marchés financiers, tenu de prendre des mesures en adaptant notamment la stratégie de placement et en revoyant l'allocation des actifs. Selon les témoignages des membres du Conseil de fondation, la D. _____ avait, dans ce contexte difficile, invité le Conseil de fondation à ne pas surréagir et à faire preuve de patience [350] . Comme l'a indiqué B. _____ [351] , la D. _____ estimait que, dans la mesure où la crise financière reposait sur des éléments conjoncturels, il n'y avait pas lieu de modifier l'allocation stratégique adoptée par le Conseil de fondation. Lorsque R. _____ est intervenu avec des propositions plus précises à ce sujet, il ne semble pas que la D. _____, ainsi que les membres du Conseil de fondation, aient fait preuve d'un intérêt particulier pour celles-ci [352] . Cela étant, l'expérience enseigne que la bourse évolue constamment, avec des hauts et des bas, et qu'après une période de baisse massive, elle récupère le terrain perdu à plus ou moins long terme. Ce fait est notamment confirmé par l'étude à long terme publiée par la Banque Pictet comparant les performances des actions suisses avec celles des obligations libellées en francs suisses depuis fin 1925 [353] : Dans ces conditions, on ne peut exiger d'une institution de prévoyance qu'elle réagisse au moindre soubresaut de la bourse, car toute mesure prise conduirait à une vente à perte de ses titres. Dans la mesure où une institution de prévoyance doit inscrire son action sur le long terme, les conseils prodigués par la D. _____, en tant qu'elle suggérait d'attendre, apparaissaient pour le moins défendables et raisonnables. A cela s'ajoute que la situation était particulièrement complexe en matière d'analyse de l'évolution des cours boursiers, celle-ci n'ayant pas suivi – loin de là – une courbe linéaire au cours de la période litigieuse. Ainsi que l'attestent les comptes rendus établis à l'époque par la Banque Nationale Suisse

[354] ainsi que les représentations graphiques de l'évolution des cours du SPI et du SMI [355] , aux baisses significatives de cours succédaient des périodes plus ou moins longues de hausse qui pouvaient laisser augurer des jours meilleurs. cc) Des conclusions de la Cour Sur le vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de retenir que le Conseil de fondation a violé son devoir de diligence en ne prenant aucune mesure concrète malgré la baisse continue des cours boursiers. i) De l'absence de mesures d'assainissement aa) Des griefs du Fonds de garantie LPP Le Fonds de garantie LPP soutient que le dommage subi aurait été moindre si la Fondation J. _____ avait pris les mesures qui s'imposaient au vu des circonstances afin de résorber le découvert, telles que l'augmentation de 1 % des cotisations des salariés, la réduction des prestations de risque invalidité et décès, le refus des prestations en capital en lieu et place de la rente ou encore l'abaissement des bonifications et des taux de conversion s'agissant de la part subrogatoire des prestations de vieillesse. Il relève en particulier que le Conseil de fondation s'était fait présenter en date du 26 février 2002 le résultat des placements pour l'année 2001 par E. _____ et Q. _____. A ce moment précis, il aurait dû être conscient que la Fondation J. _____ présentait un degré de sous-couverture significatif. Compte tenu de la situation, il lui appartenait de requérir à très bref délai de la part de la D. _____ l'établissement des états financiers de la Fondation, afin de mesurer l'ampleur de la sous-couverture. Par courrier du 12 février 2002, l'Autorité de surveillance avait d'ailleurs, à réception des comptes 2000 et du rapport établi par l'organe de révision, écrit à la Fondation J. _____ qu'il « incombe au conseil de fondation avec l'appui de l'expert agréé et de l'organe de contrôle d'exposer sur la base de documents adéquats (rapport d'expertise, etc...) que la sécurité du but de prévoyance au sens de l'article 50 OPP 2 n'est pas compromise ». Or le procès-verbal de la séance du 26 février 2002 ne mentionnait pas si cette lettre avait été transmise au Conseil de fondation et ne faisait mention d'aucune démarche en vue de réunir les documents mentionnés par l'Autorité de surveillance. Au lieu de cela, le Conseil de fondation a attendu jusqu'au 4 octobre 2002 pour se faire remettre les comptes 2001 et être informé que le découvert s'élevait à ce moment précis à environ 20 %. Pour autant, il n'a pas décidé de prendre l'une ou l'autre des mesures proposées par la D. _____ et a préféré demander un « avis » à l'Autorité de surveillance. Ce n'est finalement que le 18 février 2003 que le Conseil de fondation s'est réuni une nouvelle fois pour ne décider, ce jour-là, que d'une seule mesure d'assainissement, à savoir le non-versement d'intérêts rémunérateurs, et ce uniquement à compter de l'année 2003. bb) Des constats de la Cour A réception des comptes relatifs à l'année 2000 et de la remarque de l'organe de révision selon laquelle les mauvaises performances boursières enregistrées durant l'année 2001 allaient augmenter le découvert – qualifié de conjoncturel – de la Fondation J. _____ de manière significative, l'Autorité de surveillance a, en date du 12 février 2002, rappelé à la Fondation J. _____ qu'« au terme de l'article 65 LPP les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements, l'article 44 OPP2 précisant qu'elles doivent résorber elles-mêmes les découverts et les signaler à l'Autorité de surveillance avec les mesures prises pour éliminer. Même si en cas de découvert conjoncturel la prise de mesures d'assainissement restrictives à court terme ne semble pas appropriée, il incombe au conseil de fondation avec le concours de l'expert agréé et de l'organe de contrôle d'exposer sur la base de documents adéquats (rapport d'expertise, etc...) que la sécurité du but de prévoyance au sens de l'article 50 OPP2 n'est pas compromise » [356] . Malgré la teneur explicite du courrier de l'Autorité de surveillance, il ne semble pas que son contenu ait suscité de réaction de la part du Conseil de fondation. A tout le moins, le procès-verbal de

la séance du Conseil de fondation du 26 février 2002 ne fait pas mention de ce courrier ou d'une discussion relative à cette problématique [357] . Pour autant, force est d'admettre que le Conseil de fondation ne pouvait, à compter de cette date, ignorer que la situation financière de la Fondation J. _____ était délicate et nécessitait un suivi attentif, et qu'il convenait d'examiner, en compagnie de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, si la sécurité du but de prévoyance était compromise et, le cas échéant, si la mise en œuvre d'éventuelles mesures d'assainissement devait être envisagée. Or ce n'est que le 18 septembre 2002, soit dans le cadre de la présentation des comptes 2001 de la Fondation J. _____ par P. _____, de la D. _____, et S. _____, de O. _____, à la direction de J1. _____ SA, soit B.N. _____, Y. _____ et R. _____, qu'il a été envisagé pour la première fois de prendre des mesures afin de résorber le découvert [358] . Dans le cadre de la présentation faite le 4 octobre 2002 à l'attention du Conseil de fondation [359] , la D. _____, par l'intermédiaire de P. _____, a examiné dans le détail différentes mesures destinées à résorber le découvert, soit l'augmentation de 1 % des cotisations des salariés, la réduction des prestations de risque invalidité et décès, ou encore l'abaissement du taux de rémunération des avoires et du taux de conversion s'agissant de la part subobligatoire des prestations de vieillesse. Qualifiant le découvert de conjoncturel plutôt que de structurel, elle estimait que la situation n'appelait qu'à des mesures limitées dans le temps et non à des mesures permanentes. La D. _____ a recommandé de ne mettre en œuvre aucune des mesures évoquées dans la présentation, si ce n'est l'attribution en 2003 du taux minimal LPP de 3,25 % l'an (selon la teneur de l'art. 12 OPP 2 dès le 1^{er} janvier 2003) sur tous les capitaux d'épargne, au lieu du taux de 4 % appliqué au 31 décembre 2001, et l'augmentation des cotisations, sous réserve de l'accord des employeurs. En revanche, elle a exclu la réduction temporaire des prestations d'invalidité et déconseillé la réduction des prestations de vieillesse, sous la forme d'un abaissement des bonifications et des taux de conversion du capital en rente pour les salaires cotisants supérieurs au minimum LPP, et l'application de taux d'intérêt différenciés sur les avoires vieillesse LPP, d'une part, et les capitaux d'épargne subobligatoires, d'autre part, au motif que cette mesure était « opaque » et « difficile à expliquer compte tenu de la gestion collective des capitaux ». Aucune décision n'a toutefois été prise au cours de cette séance, le Conseil de fondation souhaitant préalablement rencontrer l'Autorité de surveillance. Parmi les différentes mesures envisagées, le Conseil de fondation a, au cours de sa séance du 18 février 2003 [360] , uniquement décidé de suspendre pour l'année 2003 le versement d'intérêts sur les comptes individuels des assurés, sous réserve de la rémunération de l'avoire de vieillesse obligatoire au taux légal de 3,25 %. La question posée par le grief formulé par le Fonds de garantie LPP est de savoir si le Conseil de fondation aurait dû prendre d'autres mesures que celle qu'il a adoptée le 18 février 2003. Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, l'art. 44 OPP 2 prévoyait que l'institution de prévoyance était tenue, lorsqu'il existait un découvert, de le résorber elle-même et d'informer l'Autorité de surveillance à la fois du découvert et des mesures prises pour y remédier. Jusqu'à l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 de la nouvelle teneur de l'art. 44 al. 1 OPP 2 (RO 2003 1725), ni la loi ni l'ordonnance ne définissaient expressément le découvert ni quelles mesures d'assainissement devaient être entreprises, encore moins à quelles conditions de telles mesures devaient répondre pour être admissibles (TF 2A.562/2005 du 28 juin 2006 consid. 3.3). Malgré l'absence de critères précis auxquels devaient répondre les mesures destinées à résorber un découvert, il y a lieu de retenir qu'elles devaient, en tout état de cause, respecter le principe de proportionnalité. Proportionnalité signifie que des mesures radicales ne doivent être prises

que si des mesures moins étendues ne permettent pas d'atteindre l'objectif. Un découvert limité, qui peut présenter un caractère provisoire au plan de sa durée, appelle des mesures moins incisives qu'un découvert important. Proportionnalité signifie également que les mesures ne doivent pas faire payer un prix inacceptable aux personnes concernées (sur la question, voir le message du Conseil fédéral du 19 septembre 2003 concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle [361]). En l'occurrence, il apparaît que l'ensemble des personnes qui se sont penchées sur la situation de la Fondation J. _____ ont admis que le découvert qu'elle présentait était de nature conjoncturelle – et par conséquent temporaire –, lié à l'évolution défavorable des marchés financiers [362] . A aucun moment il n'a été évoqué que la Fondation J. _____ présentait des déficits structurels, que ce soit au niveau du plan de prévoyance, de la structure d'âge des assurés ou de l'évolution de l'effectif des bénéficiaires de rentes. Ainsi que cela ressort du courrier que la Fondation J. _____ a adressé le 5 novembre 2002 à l'Autorité de surveillance [363] , la structure de l'institution de prévoyance et la situation financière des employeurs limitaient fortement la mise en œuvre de mesures d'assainissement complémentaires à celle consistant en la suspension du versement d'intérêts sur les comptes individuels des assurés. Aux termes de l'art. 21 al. 1 par. 4 du règlement de prévoyance de la Fondation J. _____, les cotisations de l'employeur devaient être au moins égales à la somme de celles des assurés, l'employeur devant les fixer de façon que, compte tenu des cotisations des assurés et de la fondation, toutes les charges soient couvertes. Or, au vu de la situation financière du groupe JJ. _____, un financement complémentaire – sous la forme d'apports complémentaires uniques ou d'une augmentation des cotisations réglementaires – de la part des sociétés employeurs ne semblait guère entrer en ligne de compte, au risque sinon d'aggraver encore plus les problèmes auxquels était confronté le groupe JJ. _____. D'après les explications données par la Fondation J. _____ dans le courrier précité, le mode de financement de la Fondation J. _____ autorisait une augmentation de 1 % des cotisations des salariés, ce qui était susceptible de générer, sur la base de l'effectif du groupe JJ. _____ de l'époque (environ 660 personnes), des revenus annuels supplémentaires de 230'000 francs. Une telle mesure aurait cependant entraîné une diminution de salaire – et partant la démotivation et l'insatisfaction – des collaborateurs du groupe JJ. _____. Dans la mesure où la Fondation J. _____ connaissait un plan de prévoyance strictement conforme aux exigences de la LPP (art. 21 al. 1 par. 2 du règlement de prévoyance), à l'exception des employés qui touchaient un salaire annuel supérieur à 74'100 fr., soit 12 % des effectifs, l'abaissement du taux de rémunération des avoirs et du taux de conversion sur la part surobligatoire des prestations de vieillesse n'aurait eu qu'un impact marginal sur les finances de la Fondation J. _____. Quant aux prestations de risque invalidité et décès, celles-ci n'étaient, d'après les explications données par la Fondation J. _____ dans le courrier précité, que légèrement supérieures au minimum LPP, si bien qu'une réduction de celles-ci aurait eu un impact marginal sur les finances de la Fondation J. _____, tout en plaçant les collaborateurs du groupe JJ. _____ dans des situations très difficiles en cas de sinistre. Dans le courrier qu'elle a adressé le 17 juillet 2003 au Conseil de fondation [364] , l'Autorité de surveillance a d'ailleurs admis que les marges de manœuvre offertes à la Fondation J. _____ étaient limitées (« Nous comprenons aussi l'impossibilité de modifier le plan d'assurance actuel qui est très proche d'un plan minimal LPP. La situation des employeurs ne permet pas de prévoir une augmentation des cotisations »). cc) Des conclusions de la Cour Au vu de ce qui précède, force est d'admettre que le Conseil de fondation n'a, malgré une situation particulièrement

critique au regard des pertes subies à la suite de la chute des marchés financiers, pas fait preuve d'un empressement particulier entre le 12 février 2002, date du courrier de l'Autorité de surveillance rappelant la Fondation J. _____ à ses obligations, et le mois de septembre 2002, période où il a été envisagé pour la première fois de prendre des mesures, respectivement les mois d'octobre 2002 et février 2003, périodes où de potentielles mesures ont été discutées et adoptées. On pourrait en particulier s'étonner du laps de temps qui s'est écoulé entre les mois d'octobre 2002 et février 2003. Cela s'explique néanmoins par la volonté du Conseil de fondation de rencontrer préalablement l'Autorité de surveillance afin que celle-ci fasse part de son avis, requête à laquelle cette dernière n'a pas donné suite, dans la mesure où il appartenait à l'institution de prévoyance de prendre les mesures pour résorber le découvert (cf. art. 44 OPP 2, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002). La question de savoir si le comportement du Conseil de fondation était contraire à la diligence raisonnablement requise dans de telles circonstances peut néanmoins demeurer incertaine. Compte tenu des marges de manœuvre très limitées offertes par la situation des employeurs et des employés ou par le plan de prévoyance, le Conseil de fondation n'était guère en mesure, hormis la décision de suspendre pour l'année 2003 le versement d'intérêts sur les comptes individuels des assurés d'entreprendre des mesures d'assainissement et de résorber activement le déficit créé par la chute des marchés financiers. Etant donné que lesdites mesures n'auraient au surplus eu, au mieux, qu'un impact marginal sur la situation financière de la Fondation J. _____, il y a lieu de nier en tout état de cause un lien de causalité entre le comportement du Conseil de fondation et le préjudice subi par le Fonds de garantie LPP. j) De la restructuration du groupe JJ. _____ aa) Des griefs du Fonds de garantie LPP Le Fonds de garantie LPP est d'avis que B.N. _____ et R. _____, en leur qualité d'organes dirigeants de F1. _____ SA, de J3. _____ SA et de la Fondation J. _____, avaient le devoir de sauvegarder, dans toute la mesure du possible, les intérêts de toutes ces entités. Autrement dit, ils avaient l'obligation de choisir, entre plusieurs options possibles, celle qui, globalement, serait la moins dommageable pour les entités concernées. Or B.N. _____ et R. _____ ont, en toute connaissance de cause, placé la Fondation J. _____ en cessation de paiement, en sortant les salariés de F1. _____ SA et J3. _____ SA pour les affilier à une autre institution de prévoyance. En laissant les collaborateurs de ces sociétés au sein de la Fondation J. _____, ils auraient à l'inverse permis à celle-ci de ne pas devoir liquider l'intégralité de ses portefeuilles de titres en octobre 2013, respectivement de ne pas transformer des moins-values sur cours en pertes concrètes et, partant, de profiter au moins partiellement de l'embellie des marchés financiers qui a suivi. En choisissant la voie la plus défavorable pour la Fondation J. _____, dans le but avoué de faire intervenir le Fonds de garantie LPP pour couvrir le découvert, B.N. _____ et R. _____ avaient gravement violé leur devoir de fidélité à l'égard de la Fondation J. _____. bb) Des constats de la Cour Ainsi que cela ressort de la description de la restructuration opérée par le groupe JJ. _____ [365], les différentes mesures prises dans ce contexte ont eu pour conséquence d'entraîner la sortie de la Fondation J. _____, par vagues successives, de la presque totalité des collaborateurs du groupe JJ. _____. S'il ne fait aucun doute que les décisions y relatives ont été prises au niveau du groupe JJ. _____, il y a lieu de constater que plusieurs protagonistes, soit B.N. _____, Y. _____ et R. _____, étaient à la fois membres de la direction du groupe JJ. _____ et membres du Conseil de fondation de la Fondation J. _____ ; ils n'étaient par conséquent pas sans ignorer que ces mesures conduiraient, à terme, à l'insolvabilité de la Fondation et à sa liquidation [366]. D'ailleurs, le Conseil de

fondation avait exprimé à plusieurs reprises sa volonté claire et explicite de faire intervenir le Fonds de garantie LPP afin de résorber le découvert de la Fondation J. _____ [367] .

cc) Des conclusions de la Cour II est vrai que, sur le principe, rien n'empêchait les membres de la direction du groupe JJ. _____ de tenir compte des intérêts de la Fondation J. _____ et de laisser les collaborateurs des nouvelles entités créées au sein de la Fondation J. _____, moyennant le cas échéant une modification du but de la fondation. Comme le relève le Fonds de garantie LPP, une telle solution aurait probablement permis, avec le temps, d'éponger le découvert et d'assainir la situation financière de la Fondation J. _____ et, partant, d'éviter l'intervention du Fonds de garantie LPP. Pour autant, aucune règle n'impose à un employeur de tenir compte, dans le cadre de la définition de ses choix stratégiques – en particulier lorsqu'ils mettent en jeu la survie économique de celui-ci –, de l'influence qu'ils pourraient avoir sur la situation de son institution de prévoyance. Un employeur peut ainsi à tout moment décider de réorienter sa politique en matière de prévoyance professionnelle et de confier la gestion des avoirs de prévoyance de ses employés à une autre institution de prévoyance. Si le choix opéré par l'employeur peut alors apparaître, du point de vue de l'institution de prévoyance, comme inopportun, il n'en est pas pour autant contraire au cadre légal. D'ailleurs, comme l'a mis en évidence la jurisprudence (ATF 139 V 176 consid. 15), l'insolvabilité coupable d'une institution de prévoyance ne peut résulter que d'actes commis dans le cadre de l'administration, de la gestion ou du contrôle de celle-ci. Bien que les mesures de restructuration entreprises par le groupe JJ. _____ aient eu pour effet d'entraîner la sortie de la presque totalité des collaborateurs de la Fondation J. _____ et, partant, l'intervention du Fonds de garantie LPP, elles ne sont pas à l'origine de la situation financière délicate dans laquelle se trouvait la Fondation J. _____ au moment des faits. On en veut pour preuve que si la situation de la Fondation J. _____ avait été saine, les mesures de restructuration entreprises par le groupe JJ. _____ n'auraient pas entraîné l'intervention du Fonds de garantie LPP. Au surplus, il convient de préciser que la situation aurait pu se présenter sous un angle fondamentalement différent pour le Fonds de garantie LPP si les dispositions relatives à la liquidation partielle d'une institution de prévoyance avaient été appliquées aux vagues successives de départs des collaborateurs du groupe JJ. _____, ainsi que l'atteste le rapport adressé le 17 avril 2007 à O. _____ par QQ. _____ [368] . Or, alors même qu'il estimait l'arrêt rendu le 23 novembre 2007 par le Tribunal administratif fédéral comme étant contraire au droit, le Fonds de garantie LPP a pris la décision de renoncer à recourir auprès du Tribunal fédéral et, partant, accepté l'application des dispositions relatives à la liquidation totale d'une institution de prévoyance au cas de la Fondation J. _____ et les conséquences financières que cela entraînait pour lui [369] . Sur le vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de reprocher aux membres du Conseil de fondation concernés par le grief une violation de leur devoir de fidélité à l'égard de la Fondation J. _____.

10. De la responsabilité de la D. _____

Dans la mesure où la demande fixe le cadre du litige (cf. supra consid. 4a), la Cour de céans n'examinera que les griefs invoqués expressément par le Fonds de garantie LPP à l'encontre de la D. _____.

a) Des fonctions exercées par la D. _____ dans le cadre de la gestion de la Fondation J. _____ Il ressort du dossier que la D. _____ est intervenue dans les affaires de la Fondation J. _____ à plusieurs titres différents, soit en qualité de gestionnaire de fortune, en qualité de conseillère en placement, en qualité de gérante administrative, technique et comptable et en qualité d'experte en matière de prévoyance professionnelle. Avant d'examiner plus en détail la responsabilité éventuelle de la D. _____, il semble opportun de préciser les rapports juridiques qui liaient la

D. _____ à la Fondation J. _____ pour les différentes fonctions exercées. aa) De la fonction de gestionnaire de fortune Le 23 décembre 1998, le Conseil de fondation avait décidé de transférer de la T. _____ un montant de 21'000'000 fr. pour en confier la gestion à la D. _____ [370] . Afin de formaliser cette opération, la T. _____ a, en date du 5 mars 1999, signé avec la D. _____, pour le compte de la Fondation J. _____, un contrat de mandat de gestion d'une institution de prévoyance [371] . Si le montant confié n'a pas été inscrit dans le contrat, il ressort du procès-verbal des séances des 3 février 1999 et 2 mars 1999 et du relevé du compte de placement n° T [...] relatif à la période courant du 24 février au 31 décembre 1999 [372] que c'est une somme de 21'140'000 fr. qui, au final, a été confiée à la D. _____. Après que la Fondation J. _____ a rompu avec effet au 31 décembre 1999 tout lien avec la T. _____, les avoirs du compte courant n° T [...] ont été transférés sur le compte de placement n° S [...] [373] , tandis que les avoirs du compte de dépôt n° U [...] ont été transférés sur le compte de dépôt n° K [...]. Dans ce contexte, une nouvelle convention de gestion a été signée entre la Fondation J. _____ et la D. _____ le 18 janvier 2000 [374] , laquelle a été modifiée les 21 février 2000 [375] et 9 mars 2001 [376] afin de tenir compte de la grille d'allocation des actifs adoptée par le Conseil de fondation. Il ne ressort pas des éléments recueillis au cours de la procédure que le Conseil de fondation ait, à un moment ou à un autre, décidé formellement d'augmenter le montant des actifs confiés en gestion à la D. _____. D'après les conditions générales annexées aux différents contrats précités, la Fondation J. _____ autorisait la D. _____ à accomplir tout acte qu'elle jugerait utile à la gestion des avoirs, pour autant qu'il entrât dans le cadre des opérations bancaires ordinaires en la matière, opérations qui s'étendaient à toutes les transactions qui, selon les usages bancaires, entraient dans le cadre d'une saine gestion de fortune. Pour sa part, la D. _____ s'engageait à exercer le mandat confié avec toute la diligence requise ; si elle avait le droit d'opérer des modifications dans les placements de la Fondation J. _____, elle n'était en revanche pas autorisée à retirer des actifs. bb) De la fonction de conseillère en placement A compter du 14 février 2000 et jusqu'à la fin de l'année 2000 [377] , la D. _____ a endossé, par l'intermédiaire de B. _____, la fonction de conseillère en placement, sans qu'un contrat formel de mandat ne soit toutefois signé. Au moment des faits, B. _____ était responsable de la clientèle institutionnelle au sein de la D. _____, activité consistant notamment à fournir à la clientèle des solutions en matière de gestion des fonds confiés [378] . Dans le cadre de la Fondation J. _____, son rôle a principalement consisté à définir la grille d'allocation des actifs de la Fondation et, dans ce contexte, à établir, en compagnie de P. _____, une étude de congruence entre les actifs et les passifs [379] . cc) De la gestion administrative, technique et comptable A compter du 1 er janvier 2000, la D. _____ a assumé la fonction de gestionnaire administrative, technique et comptable de la Fondation J. _____. Afin de formaliser ce mandat, les deux parties ont signé les 18 et 19 janvier 2000 un contrat de mandat de gestion administrative, technique et comptable [380] . Afin de permettre à la D. _____ de réceptionner les avoirs de prévoyance et de procéder au paiement des prestations échues et des divers frais inhérents à la bonne marche de la Fondation J. _____, celle-ci a ouvert auprès de la D. _____ le compte d'exploitation n° H [...] [381] . dd) De la fonction d'experte en matière de prévoyance professionnelle A compter du 1 er janvier 2000, la D. _____ a également exercé, par l'intermédiaire de P. _____, la fonction d'experte en matière de prévoyance professionnelle [382] . Aucun contrat formalisant ce mandat ne semble toutefois avoir été signé. Cela étant, le procès-verbal de la séance du Conseil de fondation du 18 novembre 1999 [383] , le rapport établi le 15

décembre 2000 par l'organe de contrôle relatif à l'exercice 1999 [384] ou encore le courrier de résiliation de mandat adressé le 27 février 2004 par la D. _____ au Conseil de fondation [385] démontrent l'existence d'un contrat entre la D. _____ et la Fondation J. _____. Dans le cadre de ses fonctions, P. _____ a, dans un premier temps, participé, avec B. _____, à la définition de l'allocation stratégique de la Fondation J. _____, puis, lorsque la situation de la Fondation J. _____ s'est dégradée, assisté cette dernière à compter du mois de décembre 2002 dans la définition et l'accompagnement des mesures à prendre. ee) Constat intermédiaire Au cours de leur audition, les représentants de la D. _____, soit B. _____ et P. _____, ont affirmé que les compétences des collaborateurs de la D. _____ étaient, à l'interne de la banque, parfaitement compartimentées [386]. Il existait à l'époque trois entités qui s'occupaient, pour la première, de toute la problématique liée à la gestion des actifs (conseil en placement et gestion des placements), pour la seconde, de la gestion administrative, technique et comptable et, pour la troisième, des questions liées à l'expertise actuarielle. S'agissant par exemple de la mise en place de la stratégie de placement, B. _____ est intervenu en qualité de conseiller pour les placements (« côté actif du bilan »), tandis que P. _____, en sa qualité d'expert en prévoyance professionnelle, a eu pour tâche d'expliquer aux membres du Conseil de fondation l'impact que pouvaient avoir les différentes alternatives proposées sur la situation de la Fondation J. _____ (« côté passif du bilan ») [387]. Pour autant, de nombreuses pièces versées au dossier tendent à démontrer que les compétences respectives des uns et des autres au sein de la D. _____ n'étaient pas aussi délimitées que ce que les témoins ont affirmé. Si, effectivement, le nom de B. _____ figure sur les mandats de gestion conclus les 5 mars 1999, 21 février 2000 et 9 mars 2001 [388] ainsi que sur les extraits du compte de placement n° S [...] [389] et du compte de dépôt n° K [...] [390], on retrouve également son nom sur des extraits relatifs au compte d'exploitation n° H [...] [391], au compte de construction n° H [...] [392] ou au compte de placement n° E [...] géré par Q. _____ [393]. Interpelé notamment sur la présence de son nom sur les extraits relatifs au compte géré par Q. _____, B. _____ n'a pas été en mesure de fournir d'explication [394]. De même, P. _____ a affirmé à plusieurs reprises qu'il n'avait rien à voir avec la gestion administrative, technique et comptable de la Fondation J. _____ [395]. Or, à titre d'exemples, on retrouve son nom au bas du contrat de mandat de gestion administrative, technique et comptable [396] ainsi qu'au bas d'un courrier adressé le 2 novembre 2001 à l'Autorité de surveillance dans le but de requérir une prolongation de délai pour la production des comptes relatifs à l'année 2000 [397]. Il ressort des procès-verbaux des séances du Conseil de fondation que c'est également P. _____ qui se chargeait de présenter au Conseil de fondation les comptes de la Fondation J. _____ [398]. On retrouve enfin le nom de P. _____ sur l'ordre de transfert de la somme de 2'850'000 fr. – résultant de la vente des parcelles n° 107 et 384 du cadastre de la commune de [...] à la société L. _____ AG – du compte d'exploitation n° H [...] sur le compte de placement n° S [...] [399]. Alors même que la Fondation J. _____ avait délégué des tâches clairement spécifiées à la D. _____, soit la gestion d'un montant de 21'140'000 fr., la gestion administrative, technique et comptable de la Fondation et l'expertise en matière de prévoyance professionnelle, il ne semble pas qu'il existait, au moment des faits, une vision claire de la portée des mandats confiés. Bien que les représentants de la D. _____ aient affirmé que les compétences des collaborateurs de la D. _____ étaient, à l'interne de la banque, parfaitement compartimentées, cette allégation ne peut être retenue au regard des faits mis en évidence par l'instruction. Le fait que la D. _____ a, entre le mois d'avril

2001 et le mois de décembre 2002, opéré plusieurs transferts entre le compte d'exploitation n° H [...] et le compte de placement n° S [...] sans en référer au Conseil de fondation constituée à cet égard la preuve la plus tangible de l'enchevêtrement et de la perméabilité des tâches au sein du secteur prévoyance de la D. _____ [400] . Le fait que le nom de certains collaborateurs de la D. _____ se soit retrouvé indifféremment sur des documents provenant d'entités différentes du secteur prévoyance de la D. _____ ne vient que confirmer le flou dans lequel la D. _____ gérait les mandats qui lui avaient été confiés par la Fondation J. _____. Cette situation offrait par ailleurs un terrain propice aux conflits d'intérêts. On peut citer à titre d'exemple les actes opérés par P. _____ au nom et pour le compte de la D. _____ agissant en qualité de gestionnaire administratif, technique et comptable de la Fondation J. _____, alors même que l'expert en matière de prévoyance professionnelle était légalement tenu d'exécuter son mandat en toute indépendance et objectivité (art. 40 OPP 2, dans sa teneur en vigueur jusqu'au

E. 31

août 2021, il convient d'arrêter, compte tenu de l'importance et de la complexité du litige, du temps requis pour le traitement d'une telle affaire, ainsi que du fait qu'il est représenté par le même avocat que G. _____, l'indemnité forfaitairement à 21'000 fr., débours et TVA compris, et de la mettre intégralement à la charge du Fonds de garantie LPP. 14. Des frais Les frais de la présente procédure suivent le sort de la cause au fond.

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