

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3229/2007

ATAS/1230/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 20 novembre 2014

3ème Chambre

En la cause

CAISSE DE PENSIONS A_____ SA GENERALE
D'ENTREPRISES ET DES SOCIETES AFFILIEES, sise p.a.
B_____ SA à GENEVE, comparant avec élection de domicile en
l'étude de Maître CORMINBOEUF HARARI Corinne

demanderesse

contre

Monsieur C_____, domicilié à VESENAZ, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître JEANNERET Vincent

défendeur

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Michael BIOT et Christine LUZZATTO, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur C_____ a été administrateur unique avec signature individuelle et directeur SA (ci-après : D_____), importante société active dans le domaine de la construction, depuis sa constitution, en juin 1989 (date à laquelle elle a repris une entreprise jusque-là exploitée sous la raison individuelle « C_____ »). La totalité du capital social de D_____ était détenu par une société holding, le « Groupe E_____ SA » (ci-après : le groupe E_____).

La Société fiduciaire d'expertise et de révision SA (ci-après : L_____) a été désignée comme organe de contrôle de D_____ le 4 juin 1992 et a assuré la révision des comptes des exercices comptables dès 1991.

2. Monsieur C_____ a également fondé, en date du 18 février 1983, la Caisse de pensions A_____ SA Générale d'entreprises et des sociétés affiliées (ci-après : A_____), dont il a été depuis le début président du conseil de fondation. Le conseil pourvoyait à l'administration de la caisse, en particulier à la gestion de ses biens. Il était composé de six membres : trois désignés par l'employeur et trois élus par les assurés en activité et choisis parmi ces derniers - nommés pour une durée de trois ans, renouvelable. Conformément à l'art. 62 ch. 5 et 6 du règlement de la A_____, les décisions étaient prises à la majorité des voix des membres présents, étant précisé qu'en cas d'égalité des voix, l'objet litigieux devait être porté à l'ordre du jour d'une nouvelle séance et qu'en cas de nouvelle égalité, le président était habilité à départager.

L'actuariat a été assuré par F_____ jusqu'au 31 décembre 1994. Le 7 octobre 1994, F_____ a rendu une expertise technique sur la base des données au 31 décembre 1993, aux termes de laquelle elle a conclu que la caisse pouvait remplir à long terme ses engagements réglementaires. Une nouvelle expertise actuarielle était prévue pour le 31 décembre 1998. A compter du 1er janvier 1995, F_____ a été remplacée par la société G_____ SA.

3. Au début des années 1990, D_____ a rencontré des difficultés de trésorerie liées à la déprime du marché de la construction et, dans ce contexte, a accusé un retard dans le paiement à A_____ des cotisations de prévoyance professionnelle. Monsieur C_____ a alors proposé au conseil de fondation de A_____ de porter à l'actif du bilan 1992 une créance de CHF 1'433'211.- contre D_____, représentant les cotisations arriérées (part employeur).

Selon les comptes révisés de D_____, durant l'exercice 1992, les produits d'exploitation (chiffre d'affaires - déductions et escomptes) se sont élevés à CHF 87'949'846.- ; l'exercice s'est soldé par une perte d'exploitation de CHF 3'362'781.-, après dissolution de CHF 3'457'000.- de réserves latentes et

compte tenu d'un bénéfice final de CHF 94'219.-. Les fonds propres au passif du bilan révisé étaient de CHF 6'413'191.-.

En 1993, les produits d'exploitation se sont élevés à CHF 88'189'914.- et l'exercice s'est soldé par une perte d'exploitation de CHF 12'359'591.-, après dissolution de CHF 11'264'815.- de réserves latentes et compte tenu d'une perte finale de CHF 1'094'776.-. Les crédits bancaires ont augmenté de CHF 11'984'000.- au cours de cet exercice. Les fonds propres au passif du bilan révisé se sont élevés à CHF 5'068'415.-.

A réception de l'exercice 1993, D_____ et le groupe E_____ ont pris des mesures de réorganisation et de restructuration en vue de redresser leur situation financière. Il a notamment été décidé que l'ensemble du groupe serait structuré en fonction des domaines d'activités stratégiques. Monsieur H_____, engagé en janvier 1994 en qualité de « responsable du service comptable, administratif et financier des sociétés du groupe », a été chargé de mettre en place une comptabilité analytique performante, permettant de contrôler strictement les niveaux de productivité et de rentabilité des différentes sociétés du groupe. Les objectifs, la stratégie commerciale et les structures de gestion de l'entreprise ont été redéfinis par la direction générale et le conseil d'administration (cf. rapport de gestion du 26 mai 1994). Un plan de mesures a été mis en place. Les effectifs du groupe (près de 800 personnes en 1994) ont été réduits. Deux filiales du groupe ont été regroupées. Les services comptables ont été complètement restructurés, tout comme les services juridiques et généraux.

En 1994, toujours selon les comptes révisés de D_____, les produits d'exploitation se sont élevés à CHF 77'394'461.- et l'exercice s'est soldé par une perte d'exploitation de CHF 9'143'671.-, après dissolution de CHF 8'793'317.- de réserves latentes et compte tenu d'une perte finale de CHF 350'354.-. Les fonds propres au passif du bilan révisé se sont élevés à CHF 4'718'061.-. Les travaux en cours ont été évalués à CHF 4'444'961.-. Le poste débiteurs s'élevait à CHF 24'371'546.-. Durant cet exercice, l'ensemble du groupe a été structuré par domaines d'activités stratégiques (finances, entreprise générale, bureau d'études et de méthodes, grands travaux et exploitation régionale).

Après une période de transition en 1994, il était prévu que les comptes 1995 soient équilibrés et génèrent un cash flow positif.

A teneur des comptes de D_____ au 31 décembre 1995, établis et révisés en 1996, les produits d'exploitation se sont élevés à CHF 76'872'518.- et l'exercice s'est soldé par un bénéfice d'exploitation de CHF 150'786.-, sans dissolution de réserves. Les fonds étrangers sont passés de CHF 15'556'550.- au 31 décembre 1994 à CHF 22'112'848.- au 31 décembre 1995. Les fonds propres s'élevaient à CHF 4'868'847.- et les travaux en cours étaient évalués à CHF 11'198'652.-. Durant cet exercice, les efforts de restructuration se sont poursuivis (recherche de compétences supplémentaires, augmentation des performances des collaborateurs et

analyses permanentes de l'efficience, mise en place d'un système de gestion de la qualité, contrôles des coûts, prospections en Suisse romande et en France, adaptation permanente des capacités ; cf. rapport de gestion du 28 juin 1996).

Dans son rapport de gestion du 28 juin 1996, le conseil d'administration de D_____ relevait que les perspectives pour l'année 1996 laissaient à nouveau entrevoir une baisse d'activité dans le secteur de la construction. Il énonçait que de nouvelles mesures seraient prises pour y remédier, parallèlement au maintien et à l'affinage des mesures mises en place en 1995. Les réserves de travail - CHF 70'000'000.- permettaient d'envisager des comptes légèrement bénéficiaires pour 1996 et un meilleur cash flow que pour l'année écoulée.

Le 31 mars 1997, Monsieur H_____ a rédigé à l'intention de Monsieur C_____ une « note confidentielle et personnelle », intitulée « considération générale de la situation du groupe », dans laquelle il invoquait un surendettement du groupe à hauteur de quelques CHF 20'000'000.-, situation dont, précisait-il, les banques et certains administrateurs n'étaient pas au courant, « ce qui le dérangeait et lui posait un important problème de conscience ». S'agissant de D_____, Monsieur H_____ a estimé les « délimitations » ajoutées pour les besoins du bouclage à CHF 1'500'000.- pour l'exercice 1996 et à CHF 3'500'000.- pour les exercices antérieurs. Il préconisait des provisions supplémentaires sur les participations de D_____ dans les autres sociétés du groupe à concurrence de CHF 1'793'000.- et estimait la surévaluation des actifs à CHF 2'575'000.-.

En avril 1997, le groupe E_____ a mandaté la société I_____ (ci-après : I_____) aux fins « d'établir un diagnostic organisationnel et fonctionnel de l'ensemble du groupe afin d'identifier ses forces et ses faiblesses, de même que des actions à entreprendre pour renforcer sa position dans son marché ». L'exécution de ce mandat a été confiée à Monsieur J_____, associé de I_____, ingénieur et responsable du conseil d'entreprise pour la Suisse romande. A partir de là, Monsieur J_____ a régulièrement participé aux conseils d'administration du groupe E_____ et de D_____. L'une des premières conclusions de I_____ a porté sur la nécessité d'obtenir une taille suffisante pour survivre sur un marché en pleine restructuration. A alors été envisagé un rapprochement du groupe E_____ avec K_____ SA (ci-après : le groupe K_____), également actif dans la construction et le bâtiment.

Ce rapprochement a fait l'objet, en date du 14 juillet 1997, d'une lettre d'intention signée par les conseils d'administration, définissant le cadre de la « joint venture » envisagé. Etait notamment prévu l'assainissement préalable des sociétés parties à cette joint venture.

Le bouclage final des comptes 1996 est intervenu le 10 juin 1997, dans une séance réunissant L_____ et Monsieur J_____.

En 1996, les produits d'exploitation se sont élevés à CHF 64'133'457.- et l'exercice s'est soldé par une perte d'exploitation de CHF 16'873'717.-. Le déficit au bilan,

compte tenu d'une perte reportée de CHF 1'166'153.-, a atteint CHF 18'039'870.-. Les fonds propres au passif du bilan révisé étaient négatifs de CHF 12'004'870.-. Les travaux en cours étaient évalués à CHF 4'064'657.-. Le poste débiteurs mentionnait un montant de CHF 18'909'093.-.

A la séance du conseil d'administration du groupe E_____, le 20 juin 1997, les comptes de D_____ affichaient une perte cumulée de CHF 9'207'000.-, résultat qui entraînait un surendettement de CHF 3'172'000.-.

Le mandat de I_____ s'est achevé par le dépôt, le 26 août 1997, d'un diagnostic du groupe E_____ et d'un projet d'assainissement, établi le 15 septembre 1997, constatant que la viabilité du groupe n'était pas assurée à court et à moyen termes, sans mise en place d'un plan d'assainissement drastique couvrant tous les domaines d'activité et intégrant non seulement les diverses sociétés du groupe, mais également les partenaires bancaires, dès lors que, sans un effort substantiel de ces derniers, les diverses sociétés en situation de surendettement au 31 décembre 1996 - au nombre desquelles D_____ - devraient déposer le bilan. Selon le rapport de I_____, les bilans respectifs des sociétés du groupe ont été établis, au 31 décembre 1996 uniquement, en tenant compte des valeurs de rendement des différents biens immobiliers (par capitalisation des états locatifs). Le changement de politique avait eu pour effet de créer une provision complémentaire relative aux fonds propres de D_____ d'environ CHF 9'000'000.-, venant s'ajouter aux provisions déjà constituées par le conseil d'administration à hauteur de CHF 4'000'000.-. Le bilan se rapprochait ainsi davantage d'un bilan en valeur de liquidation que d'un bilan en valeur de continuation.

En septembre 1997, la L_____, organe de contrôle de D_____, a constaté que la société était surendettée et tombait sous le coup de l'art. 725 al. 2 CO. Cependant, le conseil d'administration de D_____, en accord avec son organe de contrôle, a renoncé à aviser le juge eu égard aux restructurations en cours et à la perspective d'un rapprochement avec le groupe K_____. L'intervention de I_____ et la solution industrielle que ses représentants devaient réaliser ont été considérées comme une mesure d'assainissement suffisante.

Sur la base du projet d'assainissement établi par I_____ et de la lettre d'intention du 14 juillet 1997, le conseil d'administration du groupe E_____ a poursuivi les négociations, durant le second semestre 1997 et le début de l'année 1998, avec le groupe K_____ et les établissements bancaires, qui avaient accepté les principes d'assainissement préconisés par I_____.

Entre le 15 décembre 1997 et le 15 janvier 1998, I_____ a établi un business plan 1997-2000.

Le 25 février 1998, le groupe K_____ a alors signifié qu'il n'entendait pas poursuivre les discussions dans l'esprit de la lettre d'intention et a proposé une solution qui aurait impliqué un nouvel effort substantiel de la part des banques, lesquelles ont refusé de s'engager davantage. Finalement, il a été mis un terme aux

négociations relatives à la « joint venture » avec le groupe K_____ le 11 mars 1998.

Le lendemain, le conseil d'administration du groupe E_____ a décidé de déposer une requête de sursis concordataire pour la majorité des sociétés du groupe.

S'agissant de D_____, cela a été fait le 16 mars 1998, auprès du Tribunal de première instance de la République et canton de Genève (TPI), qui lui a accordé le sursis concordataire, d'abord pour une période de six mois, puis jusqu'en février 1999. Messieurs J_____ et M_____ ont été nommés commissaires au sursis.

Le 14 décembre 1998, la majorité des créanciers a adhéré au projet de concordat par abandon d'actifs.

Le 22 juin 1999, le Tribunal de première instance a homologué le concordat présenté par D_____ à ses créanciers, consistant à abandonner à ceux-ci la totalité de ses actifs. La A_____ a adhéré à ce concordat en novembre 1998. Après avoir été commissaires au sursis, Messieurs J_____ et M_____ ont été nommés liquidateurs. Monsieur C_____ est demeuré administrateur, sans signature.

A_____ a produit une créance de CHF 4'681'632.- dans la liquidation de D_____, montant correspondant aux arriérés de cotisations. Cette créance a été colloquée en première classe mais n'a finalement donné lieu au versement d'aucun dividende.

Suite à une réunion entre commission des créanciers et liquidateurs, le 25 mai 2000, mandat a été donné à N_____ de déterminer le moment du surendettement de D_____ et d'établir son évolution. La société a rendu son rapport en date du 17 juin 2002. Il ressortait en substance qu'une fois les réserves latentes épuisées - c'est-à-dire à fin 1994 -, les fonds propres avaient singulièrement régressé. L'exercice 1994 constituait la charnière entre une époque encore viable et la période suivante, dès le printemps 1995, avec des fonds propres négatifs. La société concluait que, sur la base des comptes 1994 à nouveau déficitaires et du budget 1995, certes équilibré mais qui ne produisait pas un cash flow suffisant pour combler le déficit de trésorerie creusé les années précédentes, il eût fallu, au printemps 1995, soit procéder à un assainissement avec une augmentation suffisante de fonds propres, soit établir un bilan aux valeurs de liquidation et prendre les mesures prévues par l'art. 725 CO.

4. A_____ est elle-même entrée en liquidation le 2 décembre 1998. Messieurs J_____ et O_____ ont été nommés liquidateurs et ont sollicité plusieurs avances du fonds de garantie LPP, pour un montant total de CHF 37'690'000.-.

Il convient de préciser qu'en 1994 et 1996, A_____ avait investi dans des opérations immobilières du groupe E_____ :

- d'abord, dans l'opération dite « P_____ », visant l'acquisition de deux parcelles sises à l'avenue de P_____, sur lesquelles devaient être construits quatre immeubles dont deux étaient susceptibles d'intéresser A_____ ; cette opération immobilière a été présentée au conseil de fondation lors d'une séance extraordinaire du 26 avril 1993 ; l'acquisition a été votée quant à son principe à l'unanimité des quatre membres présents ; l'acquisition s'est faite pour CHF 14'490'000.- (dont CHF 4'000'000.- de fonds propres) ;
- puis, l'opération dite « de Q_____ », portant sur la réalisation de treize immeubles dont trois étaient susceptibles d'intéresser A_____ ; cette opération a été présentée au conseil de fondation le 14 juin 1995 ; la décision d'accepter cette opération et de demander l'autorisation du Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance (T_____) s'agissant du dépassement du quota de 50% prévu par la loi a été prise le 26 juin 1996 ; ces parcelles ont été acquises le 17 juillet 1996 pour CHF 5'915'338.- (dont CHF 1'320'901.- de fonds propres).

Suite à l'investissement immobilier de Q_____, les actifs immobiliers de A_____ au 31 décembre 1996 se sont élevés à 56,76% de sa fortune (CHF 28'005'488 sur CHF 49'339'590.- ; pce 10 dem.).

Par courrier du 31 octobre 1996, A_____ avait informé Monsieur R_____, directeur du Service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance (ci-après : T_____) que le quota de 50% serait dépassé de façon temporaire (pce 88 déf.).

Par courrier du 5 novembre 1996, le T_____ lui avait confirmé d'une part, que l'opération envisagée ne nécessitait pas d'autorisation spéciale, d'autre part, qu'il avait pris note du dépassement temporaire du quota d'investissement dans la partie immobilière (pce 90 déf.). Simultanément, le directeur du T_____ avait retourné à A_____ un courrier concernant le crédit de construction de CHF 4,6 mios prévu pour l'opération de Q_____, sur lequel avait été apposé le timbre du T_____ avec la mention « pas d'objection », datée du 31 octobre 1996 (pce 89 déf.).

En août 1998, la valeur des immeubles a fait l'objet d'une expertise par Monsieur S_____, architecte (pces 107 à 112 déf.). Celui-ci a estimé que la valeur vénale des immeubles s'élevait alors à CHF 12'200'000.- pour les immeubles de P_____ et à CHF 5'565'000.- pour ceux de Q_____.

Dans le cadre de la liquidation de A_____, les immeubles de P_____ ont finalement été vendus pour CHF 9'840'000.-. Seuls CHF 430'000.- sont revenus à A_____ après remboursement de l'hypothèque, de sorte que sa perte s'est élevée à CHF 3'570'000.- (CHF 4'000'000.- - 430'000.-). Les immeubles de Q_____ ont été réalisés pour CHF 5'030'300.-. Compte tenu des hypothèques, seuls CHF 220'300.- sont effectivement revenus à A_____ qui a donc supporté une perte de CHF 1'100'601.- (CHF 1'320'901.- - CHF 220'300.- ; pce 35 dem.).

Quant au prêt accordé par A_____ à D_____ (correspondant aux cotisations de prévoyance non payées - part patronale), il convient de relever qu'il a évolué de la manière suivante entre 1993 et 1998 :

- CHF 1'645'833.- au 31 décembre 1993, étant précisé que les fonds disponibles de la caisse s'élevaient, eux, à CHF 6'145'422.- (pce 7 dem.) et que la créance correspondait à 6.5% de la fortune de la caisse (pce 78 déf.) ;
- CHF 2'539'831.- au 31 décembre 1994, pour CHF 6'385'495.- de fonds propres de la caisse (pce 8 dem.) ;
- CHF 2'927'411.- au 31 décembre 1995, pour CHF 6'343'758.- de fonds libres (pce 9 dem.) ;
- CHF 3'871'943.- au 31 décembre 1996, pour CHF 6'409'157.- de fonds libres (pce 10 dem.) ;
- CHF 4'329'482.- au 31 décembre 1997, pour CHF 4'336'554.- de fonds propres (après passation d'une provision sur immobilier de CHF 2 mio constituée durant l'exercice pour tenir compte de l'évolution du marché immobilier ; pce 11 dem.).

Dans un courrier adressé le 14 juillet 1995 à A_____ après une réunion, Monsieur R_____, directeur du T_____, notait :

« Au 31 décembre 1994, [la créance contre D_____] se montait à Fr 2'539'000.- et représentait huit mois de cotisations arriérées. Depuis le début de l'année 1995, l'entreprise a payé régulièrement les contributions dues, de sorte que l'arriéré n'augmente plus. Nous avons noté la volonté de l'entreprise de poursuivre cette politique et, en plus, de s'efforcer, avant la fin de l'année, d'amortir une différence de Fr 400'000.- qui était apparue entre les écritures comptables de la caisse et celles de l'entreprise, de sorte que le montant de la créance pourrait être ramené à Fr 2'130'000.-. Conformément aux dispositions de l'ordonnance fédérale, nous demandons au responsable de la caisse ou à l'organe de contrôle d'avertir notre service si les dispositions précitées n'étaient pas respectées. » (pce 12 dem.)

Le 17 septembre 1997, Monsieur C_____ avait proposé au conseil de fondation d'utiliser la fortune de l'ancien fonds patronal (CHF 688'866.-) pour réduire la dette de D_____ (pce 22 dem.).

Le 24 juin 1999, la créance de A_____ a été colloquée en première classe à l'état de collocation de D_____, à hauteur de CHF 4'681'632.-.

Lors d'une séance réunissant, le 6 octobre 1998, Monsieur R_____, la fiduciaire U_____, un représentant de G_____ SA, Me O_____ et Messieurs V_____ et W_____, Monsieur R_____ a conclu que le recours au fonds de garantie était inéluctable tout en précisant qu'à son avis, le problème se serait posé en des termes identiques si D_____ avait réglé la totalité de sa créance à A_____.

Interpellé par ailleurs par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), qui s'inquiétait de la situation « compte tenu des mesures de restructuration de [l'entreprise E_____] et de la forte diminution subséquente de son personnel, alliée à une augmentation considérable des cas d'invalidité, qui est malheureusement un phénomène connu dans la branche de la construction » (cf. courrier de l'OFAS du 23 juin 1999, pce 114 déf.), Monsieur R_____ a répondu le 5 juillet 1999 de la manière suivante :

« Le dossier de la A_____ a été suivi avec attention par notre service pendant de nombreuses années et rien, avant la mise en sursis concordataire de l'entreprise [D_____], ne laissait présager un futur découvert. En effet, les comptes arrêtés au 31 décembre 1996 et au 31 décembre 1997 laissent apparaître des fonds libres respectivement de Fr 6'399'157.63 et Fr 4'326'554.35.

Le problème essentiel que nous suivions à l'époque était celui de l'évolution de la créance due par l'entreprise. Or, durant les exercices susmentionnés, elle est restée dans les limites fixées par l'art. 57 OPP2. Nous fondant sur les rapports de l'organe de contrôle et sur notre propre appréciation, nous avons conclu qu'au 31 décembre 1997, la situation de la A_____ était conforme aux dispositions légales.

Il convient de signaler ici que la caisse, consciente du problème de l'élévation des coûts liés à l'invalidité, avait pris une première mesure en 1997, recommandée par l'expert actuariel : une augmentation des cotisations de 2% pour financer l'accroissement de ce risque. Cette mesure, qui a rapporté Fr 470'000.- de recettes supplémentaires par année, venait s'ajouter à la réserve pour fluctuations des risques de Fr 1'060'000.- et aux fonds propres de la caisse, ce qui, selon l'avis de l'expert agréé, devait permettre à l'institution de faire face à ses engagements.

A l'époque, dans l'optique de la poursuite de l'activité de la caisse, les autres postes du bilan (placements mobiliers et immobiliers) n'appelaient pas de remarques, même si l'on estime aujourd'hui que les investissements immobiliers, en cas de revente forcée, ne seront sans doute pas réalisés à leur valeur comptable, nonobstant la prise en compte de la réserve prévue au 31 décembre 1997.

La décision de mise en sursis concordataire du 20 mars 1998 a complètement modifié les données du problème. En effet, d'une part, le processus d'assainissement du coût de l'invalidité a été stoppé et d'autre part, le nombre des cas d'invalidité reconnus a explosé après la fermeture de l'entreprise, passant en quelques semaines de 47 à 78 ! Le rapport de X_____ SA, dans son annexe aux comptes du 31 décembre 1998, fait encore état de 47 cas d'invalidité potentiels !

Dans ces conditions, il est devenu évident que la A_____ ne pourrait faire face à ses engagements en matière d'invalidité et que le recours au Fonds de garantie s'imposait.

[...] Il convient de noter que la créance contre l'employeur, d'un montant de Fr 4'805'295.78 au 31 décembre 1998 a été produite dans la procédure du sursis concordataire. Elle a été colloquée en premier rang et, selon l'avis exprimé par les commissaires au sursis, devrait être couverte intégralement.

[...] Nous concluons de ce qui précède que les dispositions de la LPP et de ses ordonnances n'ont pas été outrepassées par les organes responsables de la A_____ et que l'autorité de surveillance n'a pas failli à sa tâche. Il était en effet impossible d'imaginer l'explosion des cas d'invalidité après la fermeture des portes de l'entreprise. A relever également qu'aucun indice n'a permis de prévoir une cessation d'activité aussi rapide. » (pce 115 déf.).

5. Cet état de fait a donné lieu à plusieurs procédures, résumées ci-dessous.
6. Au plan des assurances sociales (AVS/AF), la caisse de compensation à laquelle étaient affiliés les employés de D_____ a rendu en date du 29 octobre 1999 une décision réclamant à Monsieur C_____ - ainsi qu'à deux autres organes de la société - le remboursement de CHF 523'429.50, somme représentant le dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires dues par D_____ du 1^{er} janvier au 31 mars 1998.

Saisie par la caisse de compensation d'une requête visant la mainlevée de l'opposition formée par l'intéressé, la Commission de recours en matière d'AVS - alors compétente (ci-après : la Commission de recours AVS) - a statué une première fois en date du 16 avril 2003 (cause 894/99).

La Commission de recours a relevé que Monsieur C_____ avait mis en place diverses démarches pour améliorer la rentabilité et pour réduire les frais généraux et qu'il avait pris toutes les mesures d'assainissement et de restructuration préconisées dans le plan d'assainissement de I_____ et la lettre d'intention. Elle a estimé que toutes ces démarches attestaient que les responsables de la société n'avaient nullement l'intention de poursuivre les activités de leur entreprise aux frais de la caisse de compensation mais a néanmoins levé l'opposition formée par l'intéressé.

Cette décision a toutefois été annulée par le Tribunal fédéral en date du 17 octobre 2006 (arrêt H 263/03) et la cause renvoyée à l'autorité judiciaire cantonale.

Le Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS) - ayant remplacé la CRAVS dans l'intervalle - a statué en date du 12 octobre 2010 (ATAS/1053/2010) et a cette fois totalement débouté la caisse de compensation. Le Tribunal a constaté que si les pouvoirs de Monsieur C_____ n'avaient pas été formellement restreints dès

l'octroi du sursis concordataire, dans les faits, l'intéressé n'avait pu assumer aucun paiement sans le consentement des commissaires, lesquels s'étaient opposés au fait que la masse paie des créances antérieures au sursis. Monsieur C_____ ne pouvant s'acquitter que des dettes sociales courantes de la société après le 20 mars 1998, et encore, avec l'autorisation de l'un des commissaires, il y avait lieu d'admettre que sa marge de manœuvre était restreinte dans les faits et qu'il avait donc été substitué dans ses attributions légales par les commissaires au sursis de ce point de vue.

Saisi à nouveau, le Tribunal fédéral a statué en date du 10 juin 2011 (arrêt 9C_953/2010) et a confirmé que le comportement de Monsieur C_____ après l'octroi du sursis concordataire ne se trouvait pas en relation de causalité avec le dommage résultant du non-paiement des cotisations sociales relatives à une période antérieure au prononcé du sursis mais ayant fait l'objet de décisions postérieures au jugement de sursis concordataire.

7. Au plan civil, le 26 mars 2004, D_____ en liquidation a saisi le Tribunal de première instance d'une demande dirigée notamment contre Monsieur C_____ et visant au paiement de CHF 15'748'000.- (montant correspondant à « l'aggravation du surendettement de la société entre le 31 décembre 1994 et le 31 décembre 1996 », ainsi qu'aux délimitations - CHF 1'500'000.- - ajoutées aux comptes 1996 selon la « note personnelle et confidentielle » de Monsieur H_____ du 31 mars 1997). La demanderesse reprochait à ses organes d'avoir manqué à leurs obligations en falsifiant les comptes de la société et en omettant de procéder à l'avis du juge prévu par la loi alors que la société était surendettée, entraînant pour elle le dommage supplémentaire évoqué.

Statuant le 7 septembre 2005 (JTPI/10718/2005), le Tribunal de première instance a débouté D_____ en liquidation de toutes ses conclusions.

Le juge civil a souligné qu'au vu de la proportion de surendettement décrite dans l'expertise (soit CHF 157'000.- au 31 décembre 1994 et CHF 1'512'000.- au 31 décembre 1995, sur un bilan total de plus de CHF 50'000'000.-), la question de savoir si la société était effectivement surendettée à ces dates n'était pas à elle seule déterminante. Il convenait bien plutôt de tenir compte des perspectives d'assainissement et de redressement qui existaient alors pour la société. A cet égard, le juge civil a relevé que des mesures d'assainissement avaient été prises dès 1994 et qu'au début de l'année 1995, un budget équilibré et un cash flow positif étaient prévus et que ces objectifs avaient été atteints ; bien que ces résultats ne permettent pas à eux seuls de combler le déficit de trésorerie de la société, le juge civil a estimé que les perspectives pour l'année 1996 étaient comparables, sinon meilleures. De nouvelles mesures d'assainissement étaient par ailleurs envisagées, parallèlement au maintien et à l'affinage de celles prises précédemment. Le juge civil en a tiré la conclusion qu'on ne pouvait donc affirmer au début de l'année 1996 que tout redressement était exclu. D'ailleurs, N_____ relevait elle-même en conclusion de son rapport que l'établissement d'un bilan aux valeurs de liquidation et la prise des mesures prévues par l'art. 725 CO n'était, au printemps 1995, pas la

seule solution envisageable pour les organes de D_____ : il aurait été également possible de procéder à un assainissement moyennant une augmentation de fonds propres. Or, les actionnaires étaient à cette époque disposés à assurer le financement nécessaire à la continuation de l'exploitation, même si cette disposition ne s'est en définitive pas concrétisée de façon suffisante. Le juge civil en a tiré la conclusion que les organes de D_____ n'avaient pas manqué à leurs obligations en considérant, jusqu'à fin 1996, qu'un redressement était possible. Quant à la situation au début de l'année 1997, le juge civil a laissé la question ouverte mais a noté que s'il était alors devenu clair que les mesures de redressement entreprises n'étaient pas suffisantes, il y avait alors encore le choix entre : trouver un repreneur pour la société ou prendre les mesures prévues par la loi.

Saisie à son tour par D_____ en liquidation, la Chambre civile de la Cour de justice a statué le 11 mai 2007 (ACJC/600/07) et confirmé le jugement du 7 septembre 2005 en tant qu'il déboutait la demanderesse.

Se rapportant à la jurisprudence selon laquelle, exceptionnellement, la responsabilité des administrateurs n'est pas engagée si des mesures tendant à un assainissement concret et dont les perspectives de succès apparaissent comme sérieuses sont prises aussitôt, la Cour civile a considéré qu'il fallait tenir compte des perspectives d'assainissement et de redressement qui existaient alors pour la société, que le conseil d'administration avait pris des mesures structurelles en vue d'assainir la situation (engagement d'un directeur financier en avril 1994, établissement de procédures internes en vue d'améliorer la rentabilité de l'entreprise, concentration des activités sur cinq grands axes et mise en place d'une nouvelle comptabilité), que ces mesures avaient permis à la société de réaliser un léger bénéfice en 1995 et d'envisager l'année 1996 sur des bases plus sereines, que les objectifs de budget équilibré et de cash flow positif pour l'exercice 1995 avaient d'ailleurs été atteints, qu'ils ne permettaient pas à eux seuls de combler le déficit de trésorerie de la société mais que cependant, les perspectives pour l'année 1996 étaient comparables sinon meilleures, d'autant que de nouvelles mesures d'assainissement avaient été envisagées, parallèlement à l'affinage des mesures précédentes. Début 1997, le conseil d'administration avait réalisé que les mesures de redressement n'étaient pas suffisantes et que la société se trouvait en état de surendettement. Il convenait alors, soit de trouver un repreneur, soit de prendre les mesures prévues par la loi. En l'occurrence, c'était la première solution qui avait été choisie, en faisant appel aux services de I_____ en vue d'un rapprochement avec K_____ SA.

8. Au plan pénal, en date du 22 décembre 2003, les liquidateurs de A_____ ont déposé plainte à l'encontre de Monsieur C_____ (en tant qu'ancien administrateur unique de D_____ et président du conseil de fondation de A_____) pour gestion déloyale, escroquerie, obtention frauduleuse d'un concordat et faux dans les titres. A_____ s'est constituée partie civile.

Les actes reprochés à Monsieur C_____ concernaient la période de 1994 à 1998, laps de temps durant lequel la créance de A_____ contre D_____ était passée de CHF 1'645'833.- à CHF 4'329'482.-.

L'intéressé a été inculpé le 24 novembre 2004. Le Ministère public lui reprochait d'avoir utilisé A_____ pour assurer matériellement la survie de D_____, au détriment des intérêts de la caisse de pension et de ses assurés.

La Chambre d'accusation de la République et canton de Genève a décidé, par ordonnance du 10 juin 2008, de renvoyer Monsieur C_____ devant la Cour correctionnelle sans jury afin d'y être jugé pour gestion déloyale. En substance, il lui était reproché d'avoir, entre 1994 et 1998 :

alors que D_____ était dans l'incapacité de payer à A_____ toutes les cotisations de prévoyance professionnelle et qu'il savait ou ne pouvait ignorer que D_____ ne possédait pas la trésorerie pour payer l'intégralité des cotisations de prévoyance professionnelle à A_____ et encore moins rembourser l'arriéré (CHF 1'433'211.- selon créance inscrite au bilan 1992), qu'il savait ou ne pouvait ignorer que la situation de D_____ se dégradait,

proposé et persuadé le conseil de fondation, au premier semestre 1994, de porter à l'actif du bilan une créance de CHF 1'645'833.- contre D_____, représentant les cotisations arriérées, et de renoncer à prendre des mesures en vue du recouvrement des cotisations arriérées, consentant de la sorte un prêt à D_____ équivalant à l'arriéré des cotisations,

rassuré le conseil de fondation de A_____ sur la situation de D_____ et son avenir en lui affirmant sa volonté, en sa qualité d'administrateur de D_____, d'assainir la situation et de rembourser rapidement l'arriéré, en affirmant que la situation serait réglée à telle date ou en proposant des plans de paiement, voire en donnant des indications inexactes sur le montant de la créance de D_____ au service de surveillance des fondations,

d'avoir, selon un schéma similaire, fait augmenter la créance contre D_____ à CHF 2'539'831.- début 1995 (bilan 1994), à CHF 2'927'411.- début 1996 (bilan 1995), à CHF 3'871'942.- début 1997 (bilan 1996), enfin, à CHF 4'329'482.- début 1998 (bilan 1997),

d'avoir su qu'un immeuble dans lequel la A_____ avait investi en 1991, en vue de financer un projet de D_____, était surévalué et de n'avoir fait porter aucune disposition à cet égard dans le bilan,

d'avoir su également, pour avoir été à l'origine des décisions en question en 1994, respectivement en 1996, que A_____ investissait dans des projets immobiliers d'D_____ (la construction d'un immeuble à l'avenue de P_____ et d'un autre à la route de Q_____), que A_____ avait exagérément investi dans l'immobilier genevois, en particulier dans les projets réalisés par D_____, que la dette hypothécaire de A_____ devenait

excessive et que, partant, A_____ finançait matériellement la survie de D_____ au détriment de ses intérêts de caisse de pension et de ceux de ses assurés,

d'avoir causé en conséquence à A_____ un préjudice économique (la créance de CHF 4'681'632.- en paiement des arriérés de cotisations produite par A_____ dans la liquidation de D_____ colloquée en première classe n'ayant donné lieu au versement d'aucun dividende), dès lors que le concordat par abandon d'actifs auquel A_____ avait adhéré n'avait pu être exécuté en raison de la surévaluation de certains actifs de D_____, et A_____ étant elle-même entrée en liquidation en décembre 1998, non sans avoir dû faire appel au Fonds de garantie LPP, à hauteur de plus de 38 millions de francs,

avec la circonstance aggravante du dessein de lucre, avantageant D_____ par chacune de ses actions, tout en sachant qu'elle ne pourrait rembourser A_____, ce qui a contribué à prolonger l'activité économique de D_____ alors qu'elle aurait dû, sans cette aide, annoncer son insolvabilité.

La Cour correctionnelle sans jury a statué en date du 20 mars 2009 (P/_____/03).

En substance, elle a constaté « la prescription de toutes les infractions reprochées à l'accusé », précisant que « celles qui n'étaient pas prescrites, n'étaient au demeurant pas réalisées » et a acquitté Monsieur C_____ de tous les chefs d'accusation.

La Cour correctionnelle a retenu que l'accusé avait favorisé les intérêts de D_____ en proposant au conseil de fondation de A_____ de consentir un prêt équivalent à l'arriéré des cotisations dues par D_____ mais a estimé que cela ne signifiait pas encore qu'il avait ainsi violé son devoir de loyauté envers A_____. Pour cela, il aurait fallu pouvoir qualifier le prêt octroyé de « particulièrement hasardeux », ce qui revenait à déterminer si D_____ avait des possibilités concrètes de pouvoir rembourser.

La Cour correctionnelle s'est rangée à l'avis des tribunaux civils qui s'étaient déjà penchés sur la question et considéré que Monsieur C_____ n'avait pas manqué à ses obligations en considérant, jusqu'à fin 1996, qu'un redressement était possible et que les diverses mesures d'assainissement en cours et envisagées le dispensaient de prendre les mesures prévues à l'art. 725 CO. Au moment du dépôt des comptes révisés de l'exercice 1996 et alors que le surendettement de la société était avéré, le rapprochement avec K_____ SA et les mesures prises permettaient de penser que toute perspective de redressement n'était pas écartée, d'autant que la situation de la société était meilleure les années précédentes. Le juge pénal en a tiré la conclusion que, malgré la morosité du marché immobilier, un redressement économique de D_____ était possible jusqu'à fin 1996 ; jusqu'à cette date, le prêt accordé à A_____ par D_____ n'était pas « particulièrement hasardeux ». Le juge pénal a rappelé que le groupe E_____ générait un chiffre d'affaires de CHF 180 millions

par année et employait 450 employés. Le prêt octroyé par A_____ pour couvrir une partie des charges sociales de D_____ ne constituait donc pas un acte de gestion déloyale envers A_____ même si une autre solution (par exemple la réduction du nombre d'employés) eut été possible.

S'agissant des années 1997 et 1998, le juge pénal a convenu que le redressement de D_____ était plus problématique ; au surplus, le prêt accordé par A_____ à D_____ concernant l'arriéré de cotisations LPP des employés de celle-ci avait encore été augmenté, puisqu'il était passé à CHF 4'329'482.- au 31 décembre 1997 et à CHF 4'681'632.- au 23 mai 1998, date du sursis concordataire obtenu par D_____. La Cour correctionnelle a cependant également nié toute gestion déloyale au motif qu'il ressortait clairement des déclarations de Monsieur R_____, directeur du service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, que les dispositions légales en matière de prévoyance n'avaient pas été outrepassées par les organes de A_____ : seule l'acceptation d'un risque qu'un gérant d'affaires avisé n'aurait jamais pris dans la même situation aurait pu justifier une sanction pénale.

Pour le surplus, la Cour correctionnelle a relevé que Monsieur C_____ n'était pas le seul à être persuadé que la créance était garantie : les liquidateurs de A_____ avaient fait la même analyse, puisqu'était prévu, lors de la présentation du concordat, un dividende pour les créanciers de troisième classe, ce qui supposait que ceux de première classe - dont A_____ faisait partie - seraient entièrement remboursés. A_____ ne s'était d'ailleurs même pas présentée à l'audience d'homologation du concordat de D_____, ce qui démontrait que les liquidateurs ne craignaient pas de subir un dommage dans la liquidation de D_____. La Cour correctionnelle en a tiré la conclusion qu'il n'était pas établi que Monsieur C_____ savait ou aurait dû savoir qu'il y avait un risque important ou déraisonnable que la créance ne fut pas couverte.

La Cour correctionnelle a encore jugé que si, en augmentant le prêt accordé à D_____, Monsieur C_____ avait favorisé la survie de l'entreprise dont il était propriétaire, il ne ressortait en tout cas pas de la procédure qu'il aurait eu le dessein de porter préjudice à A_____ pour favoriser de façon déloyale la poursuite des activités d'D_____. Il croyait et avait des raisons légitimes de croire que ledit prêt était garanti.

9. Au plan de la prévoyance professionnelle, le 24 août 2007, A_____ en liquidation a saisi le Tribunal cantonal des assurances sociales - alors compétent - d'une action en responsabilité dirigée contre Monsieur C_____ en sa qualité de président du conseil de fondation de la A_____. Elle réclame, sous suite de dépens, la condamnation du défendeur au paiement de CHF 4'681'632.- avec intérêts à 5% à compter du 20 mars 1998 et de CHF 4'670'601.- avec intérêts à 5% dès le 3 décembre 1998.

D'une part, la demanderesse tient le défendeur pour responsable de la perte qu'elle a subie en relation avec les cotisations arriérées dont le recouvrement n'a pu être obtenu dans le cadre de l'exécution du concordat par abandon d'actifs. En particulier, elle fait valoir que le paiement des cotisations du deuxième pilier par D_____ – qui accusait un retard depuis de nombreuses années – a été inscrit régulièrement au bilan sous la forme d'une créance (prêt) à l'encontre de D_____, selon la volonté du défendeur, qui bénéficiait d'une position prépondérante au sein du conseil de fondation. Or, le défendeur étant également administrateur unique de cette dernière entité, il savait que le remboursement du prêt ne pourrait être honoré en raison de la situation financière difficile de la société ; il a privilégié les intérêts de D_____, cherchant pendant plusieurs années à gagner du temps. Sous réserve d'un versement de l'ordre de CHF 690'000.- constitué par un ancien fonds patronal, les plans de remboursement proposés par le défendeur n'ont jamais été respectés et aucune mesure n'a été prise pour réduire la dette de D_____, ni même pour empêcher son accroissement.

D'autre part, la demanderesse tient également le défendeur pour responsable de la perte enregistrée sur la vente des immeubles de P_____ et de Q_____. Elle explique que ces immeubles ont été construits par D_____ sur des parcelles acquises par A_____ et que l'investissement a été décidé sur la base exclusive des informations fournies par E_____ SA (ci-après : E_____), société du groupe E_____. Concernant le premier immeuble, la caisse a supporté, au moment de la vente, une perte de CHF 3'570'000.- compte tenu de son investissement et de l'hypothèque contractée. Avec l'acquisition du second immeuble, A_____ a dépassé le seuil de 50% de placements immobiliers autorisé par la législation et son endettement a atteint CHF 19'663'831.- en 1998. Lors de la vente dudit immeuble, la caisse a supporté une nouvelle perte, de plus de 80% de son investissement initial, soit CHF 1'100'601.-. Au total, c'est donc une somme de CHF 4'670'601.- que la demanderesse considère avoir perdu en raison des agissements du défendeur, auquel elle reproche d'avoir violé le principe de la sécurité que doivent suivre les organes des fondations de prévoyance, ce d'autant plus que les risques ont été concentrés en plaçant la fortune auprès de l'employeur.

10. Dans son mémoire de réponse, le défendeur a conclu, sous suite de dépens, en premier lieu, à ce qu'il soit constaté que les prétentions de la caisse en liquidation étaient prescrites.
11. Le 18 décembre 2007, la demanderesse a contesté les allégués du défendeur et défendu l'opinion que les fondements mêmes de la prescription étaient respectés. Elle a donc persisté dans ses conclusions.
12. Dans leurs écritures subséquentes, les parties ont persisté dans leurs argumentation et conclusions.
13. Par arrêt incident du 30 octobre 2008, le TCAS a suspendu l'instance jusqu'à droit connu dans la procédure pénale évoquée supra (point 8 de la partie « en fait »).

14. Une fois l'arrêt rendu par la Cour correctionnelle en date du 20 mars 2009 entré en force, l'instance a été reprise et la cause gardée à juger.

15. Le TCAS a statué en date du 19 juin 2009 (ATAS/823/2009).

Le Tribunal a tout d'abord examiné si les prétentions de la demanderesse étaient prescrites au 1^{er} janvier 2005, date de l'entrée en vigueur du nouvel art. 52 LPP (aux termes duquel le droit à la réparation du dommage se prescrit à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage et de la personne tenue à effectuer le dédommagement et, en tout état de cause, à l'écoulement de la dixième année à compter du jour où le dommage a été commis) et est parvenu à la conclusion que tel n'était pas le cas. Il a ensuite examiné si la prescription telle que prévue par la nouvelle version de l'art. 52 LPP était atteinte. A la question de savoir si le délai de cinq ans nouvellement introduit, en sus de celui de dix ans, avait ou non commencé à courir avant l'entrée en vigueur de la nouvelle version de l'art. 52 LPP, le Tribunal, se basant sur l'art. 49 al. 1 du titre final du Code civil (CC), a répondu par l'affirmative : il fallait déduire le temps écoulé sous l'ancien droit, étant précisé que le délai ne pouvait venir à échéance avant deux ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Constatant qu'au moment de l'ouverture de l'action, tant le délai de cinq ans dès la connaissance du dommage et de la personne tenue à dédommagement, que celui de deux ans dès l'entrée en vigueur de l'art. 52 LPP révisé (le 1er janvier 2005) étaient échus - puisque la demanderesse avait eu connaissance, au plus tard le 8 mars 2001, du dommage et de la personne tenue pour responsable -, le TCAS en a tiré la conclusion que les prétentions de la demanderesse étaient frappées de la prescription.

Saisi d'un recours de la demanderesse, le Tribunal fédéral a statué en date du 7 juillet 2010 (arrêt 9C_698/2009). Il a confirmé que le délai de dix ans consacré par la jurisprudence pour ouvrir action en réparation du dommage n'était pas écoulé à l'entrée en vigueur du nouvel art. 52 al. 2 LPP puisqu'il n'avait commencé à courir que le 2 décembre 1998, date à laquelle le défendeur avait quitté le conseil de fondation. Il en a tiré la conclusion que les délais prévus par la nouvelle disposition légale devaient s'appliquer à la créance. La prescription décennale prévue par l'art. 52 al. 2 LPP étant identique à celle de l'ancien droit introduite par la voie de la jurisprudence, elle avait commencé à courir à partir du fait déclenchant qui s'était produit sous l'ancien droit, soit avec la fin effective du mandat d'organe, le 2 décembre 1998, et n'était donc pas encore accomplie lorsque la fondation avait introduit son action en réparation du dommage, le 24 août 2007. Quant au délai de prescription de cinq ans introduit par l'art. 52 al. 2 LPP, notre Haute Cour a jugé que c'était à tort que la juridiction cantonale s'était référée à l'art. 49 al. 1 du titre final du Code civil, car cela reviendrait à admettre que le début du délai de cinq ans soit défini par les règles valables sous l'empire de l'ancien art. 52 aLPP - en d'autres termes, que la prescription quinquennale devrait commencer à courir avec la fin effective de la position d'organe -, solution qu'il a jugée incompatible avec le

nouveau droit, lequel fixe le début de la prescription au moment de la connaissance du dommage. Dans la mesure où le fait déclenchant le nouveau délai de prescription ne constituait pas un point d'ancrage juridique reconnu sous l'empire de l'ancien droit, le délai de prescription de cinq ans ne pouvait commencer à courir sous l'empire de celui-ci. Le temps écoulé sous l'ancien droit ne pouvait donc être pris en compte, de sorte que le délai de cinq ans n'avait pu commencer à courir qu'à partir de l'entrée en vigueur du nouveau droit, le 1^{er} janvier 2005. En conséquence, l'action en réparation du dommage introduite le 24 août 2007 ne devait pas être considérée comme prescrite, raison pour laquelle le Tribunal fédéral a admis le recours et renvoyé la cause à la juridiction cantonale afin que cette dernière statue au fond.

16. Par écriture du 24 septembre 2010, motivée le 15 décembre 2010, le conseil du défendeur a alors réclamé l'appel en cause dans la procédure de Messieurs W_____ et H_____, tous deux anciens membres du conseil de fondation, de Messieurs O_____ et J_____, liquidateurs de A_____ et de la société U_____ SA, ancien organe de révision de A_____.

La demanderesse s'est opposée à cette demande d'appels en cause.

Par ordonnance du 23 décembre 2011, la Chambre de céans - compétente depuis janvier 2011 - a rejeté la demande d'appels en cause.

Saisi d'un recours en matière de droit public du défendeur, le Tribunal fédéral l'a rejeté le 22 août 2012 (arrêt 9C_127/2012).

17. Dans sa réponse au fond du 29 mars 2012, le défendeur a conclu au déboutement de la demanderesse.

Le défendeur conteste devoir être tenu pour responsable des dommages allégués. Il allègue n'avoir commis aucun acte contraire au droit et n'avoir en aucune manière manqué à ses devoirs dans le cadre de son mandat au sein du conseil de fondation de A_____. Selon lui, l'organe collégial de cette dernière a toujours pris ses décisions en toute connaissance de cause, avec l'approbation tant de son organe de révision que de l'autorité de surveillance des fondations. En particulier, les investissements immobiliers intervenus en 1994 et 1996 constituaient selon lui les meilleurs et les plus sûrs placements de fortune à l'époque des faits. Qui plus est, ils avaient été autorisés par le T_____. Quant au prêt accordé à D_____, il respectait non seulement les dispositions légales applicables aux placements de fortune auprès de l'employeur mais ne mettait nullement en péril le but de prévoyance poursuivi par la caisse. Par ailleurs, le défendeur conteste tout lien de causalité naturelle ou adéquate avec les manquements qui lui sont reprochés. A cet égard, il soutient d'une part, que les liquidateurs de A_____ se sont rendus coupables de graves fautes concomitantes, d'autre part, que la liquidation concordataire catastrophique de D_____ a constitué un événement extraordinaire puisqu'elle s'est soldée par un dividende de 0% pour tous les créanciers, y compris ceux de première classe, comme A_____, dont la créance aurait pourtant dû être couverte. Le défendeur fait

remarquer qu'après douze ans d'activité, les liquidateurs concordataires de D _____ ont conduit la société à une insolvabilité totale et ont causé de surcroît de nouvelles dettes à hauteur de plusieurs millions de francs, faits dont il impute la responsabilité à Monsieur J _____, qui a été tour à tour consultant de D _____, puis commissaire au sursis de cette dernière, puis liquidateur de celle-ci, mais aussi liquidateur de A _____.

18. Un nouvel échange d'écritures est intervenu (réplique de la demanderesse du 18 mai 2012 et duplique du défendeur du 12 octobre 2012). En substance, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives. Il sera revenu sur le détail de leurs arguments dans la partie « en droit » du présent arrêt.

19. S'en sont suivies les auditions de nombreux témoins, à la demande des parties :

le 18 avril 2013 :

Monsieur Y _____, membre employé du conseil de fondation de A _____ de 1994 à 1996 ;

Monsieur V _____, membre employé du conseil de fondation de A _____ d'octobre 1997 à août 1998 ;

Monsieur M _____, commissaire au sursis puis liquidateur de D _____ ;

Monsieur W _____, membre employeur du conseil de fondation de A _____ de 1994 à 1998, ayant également travaillé pour D _____ comme sous-directeur, responsable du personnel et de l'ensemble des salaires ;

le 20 juin 2013 :

Monsieur H _____, membre employeur du conseil de fondation de A _____ d'octobre 1994 à mars 1998, trésorier, et, durant la même période, responsable du service comptable des sociétés du groupe E _____, puis directeur financier de D _____ ;

Monsieur Z _____, membre employé du conseil de fondation de A _____ ;

Monsieur AA _____, ancien actuaire conseil ayant participé aux discussions engagées avec la caisse du groupe K _____ ;

le 8 octobre 2013 :

Monsieur R _____, directeur du T _____ ;

Monsieur AB _____, directeur d'E _____, ayant présenté les opérations immobilières de Q _____ et de P _____ à A _____ ;

Monsieur AC _____, directeur de D _____ ;

le 22 octobre 2013 :

Madame AD _____, ancienne employée d'E _____ chargée des négociations avec les banques ;

Monsieur AE_____, représentant de la société F_____, actuaire de A_____
jusqu'en décembre 1994, ayant contribué à l'expertise actuarielle du 7
octobre 1994 ;

le 29 novembre 2013 :

Madame AF_____, membre du conseil d'administration d'E_____ ;

Madame AG_____, ayant succédé à Monsieur H_____ le 9 mars 1998
comme membre employeur du conseil de fondation de A_____ jusqu'à la
dissolution de la fondation, le 2 décembre 1998 ;

Monsieur AH_____, directeur D_____ SA, ayant présenté les opérations
immobilières de Q_____ et de P_____ à A_____ ;

Monsieur AI_____, auteur des rapports d'expertise relatifs aux immeubles de
Q_____ et de P_____ ;

Monsieur AJ_____, administrateur du groupe E_____ ;

le 6 février 2014 :

Monsieur AK_____, sous-directeur de I_____ ayant effectué le diagnostic
organisationnel et fonctionnel de l'ensemble du groupe E_____ aux côtés de
Monsieur J_____ ;

Madame AL_____, représentante de la société U_____ SA, organe de
révision de A_____ ;

Monsieur AM_____, employé par la L_____, organe de révision de
D_____ ;

Monsieur AN_____, représentant de la société G_____ SA, ayant assuré
l'actuariat de A_____ dès janvier 1995 ;

le 6 mars 2014 :

Monsieur J_____, commissaire au sursis de D_____ de mars 1998 à juin
1999, puis liquidateur d'D_____ à compter du 22 juin 1999, mais aussi
liquidateur de A_____ depuis le 2 décembre 1998 ;

Monsieur AO_____, chef des chantiers confiés à D_____ ,

Monsieur AP_____, représentant la société U_____ SA, organe de révision
de A_____ ;

Madame AQ_____, secrétaire personnelle du défendeur ;

Monsieur AR_____, membre du conseil d'administration d'E_____.

Il sera revenu sur le détail de ces différents témoignages, en tant que besoin, dans la
partie « en droit » du présent arrêt.

20. A l'issue des enquêtes, la demanderesse a déposé ses observations, le 27 mars 2014.

Le défendeur a quant à lui demandé à plaider, ce qu'il a fait le 3 avril 2014. La demanderesse a répondu.

En substance, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives. Il sera revenu sur le détail de leur argumentation, en tant que de besoin et dans la mesure de sa pertinence, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur depuis le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations [CO - RS 220]; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40]; art. 142 du Code civil [CC - RS 210]).

Par ailleurs, en matière de prévoyance professionnelle, le for de l'action est au siège ou au domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP).

La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La nouvelle du 3 octobre 2003 modifiant la LPP (1ère révision) est entrée en vigueur le 1er janvier 2005 (sous réserve de certaines dispositions dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1er avril 2004 et au 1er janvier 2006; RO 2004 1700), entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de la prévoyance professionnelle (RO 2004 1677). Elle n'est cependant pas applicable en l'espèce, dès lors que les faits juridiquement déterminants se sont déroulés antérieurement à son entrée en vigueur (ATF 130 V 446 consid. 1 et ATF 129 V 4 consid. 1.2). Sont applicables les dispositions de la LPP et l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 (OPP 2 - RS 831.441.1) dans leur version au moment des faits déterminants, soit jusqu'en 1998.
3. En juillet 2010, notre Haute Cour a écarté l'exception de prescription soulevée par le défendeur. Elle a estimé que tant le délai de cinq ans que celui de dix ans avaient été respectés.
4. Quant au fond, est litigieuse la question de savoir si le défendeur, en sa qualité d'ancien président du conseil de fondation de la demanderesse peut être tenu pour responsable du dommage subi par la demanderesse.

Celle-ci fonde son action sur l'art. 52 al. 1 LPP.

En substance, elle reproche au défendeur d'avoir usé de sa « double casquette » d'administrateur unique de la société D_____ et de président du conseil de la fondation assurant le personnel de son entreprise pour privilégier les intérêts de D_____ au détriment de ceux de A_____. Concrètement, elle lui fait grief d'avoir, nonobstant la dette croissante de D_____ envers A_____, poussé cette dernière à placer ses avoirs de manière prépondérante dans des investissements immobiliers réalisés par D_____, notamment en 1994 et 1996, au point de dépasser la limite fixée par la loi, s'endettant ainsi lourdement. Au surplus, le défendeur n'aurait jamais pris la moindre mesure coercitive en vue de recouvrer la créance de cotisations envers D_____ alors même qu'il savait celle-ci en situation difficile. Il aurait, selon elle, toujours cherché à privilégier les intérêts de D_____, au détriment de ceux de A_____, usant pour cela de son « ascendant certain » sur les autres membres du conseil de fondation.

Le défendeur quant à lui, conteste avoir violé ses obligations légales ou contractuelles, et en particulier, ses devoirs de loyauté et de diligence envers A_____. Il souligne que toutes les décisions ont été adoptées à l'unanimité des membres du conseil de fondation, au surplus avec l'approbation, tant du réviseur, que de l'actuaire, que du directeur du T_____. Enfin, il soutient qu'en toute hypothèse, les fautes concomitantes commises par les liquidateurs de A_____ et par ceux de D_____ étaient propres à rompre, cas échéant, tout lien de causalité entre d'éventuels manquements de sa part et le dommage allégué par la demanderesse.

5. a) Selon l'art. 52 aLPP - repris par le nouvel art. 52 al. 1 LPP -, les personnes chargées de l'administration ou de la gestion de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence.

Cette norme de responsabilité, applicable indépendamment de la forme juridique de l'institution de prévoyance (art. 48 al. 2 LPP), accorde à l'institution de prévoyance lésée un droit direct à l'encontre des organes, formels ou de fait, de l'institution de prévoyance (ATF 128 V 124 consid. 4a p. 127).

En tant que norme générale de responsabilité, l'art. 52 LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004) présuppose la violation fautive d'une obligation (acte illicite); une négligence, même légère, suffit (ATF 128 V 124 consid. 4e p. 132). Il faut également que le lésé ait subi un dommage ainsi que l'existence d'un lien de causalité naturel et adéquat entre le comportement reproché et le dommage (cf. également l'arrêt 9C 697/2008 consid. 3.2.2).

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

diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471; 132 III 359 consid. 4 p. 366 et les références).

bb) L'illicéité implique une atteinte à un bien juridiquement protégé, qu'il s'agisse de l'atteinte à un droit subjectif absolu (illicéité par le résultat; Erfolgsunrecht) ou de l'atteinte au patrimoine par la violation d'une norme de protection du bien juridiquement atteint (illicéité par le comportement; Verhaltensunrecht). Le patrimoine en soi n'est pas un bien juridique, son atteinte donc pas illicite à elle seule. Les atteintes au patrimoine ne sont par conséquent illicites que si elles découlent d'un comportement proscrit en tant que tel par l'ordre juridique, indépendamment de ses effets patrimoniaux (théorie objective de l'illicéité). La condition est que les normes de comportement violées visent la protection contre de telles atteintes. Le comportement exigé par la loi peut consister soit dans une action, soit dans une omission - auquel cas il faut qu'il existât, au moment déterminant, une norme juridique qui sanctionnait explicitement l'omission commise ou qui imposait de prendre en faveur du lésé la mesure omise (position de garant vis-à-vis du lésé). Les devoirs dont la violation est en cause résultent d'abord de la loi; pour les organes au sens de l'art. 52 LPP sont déterminantes en outre les obligations et prescriptions statutaires et réglementaires, ainsi que les directives des autorités de surveillance et les obligations résultant d'un contrat (ATF 135 V 373 consid. 2.4 p. 376 et les références).

cc) La responsabilité est déjà engagée par un comportement constitutif d'une négligence légère. Commet une telle négligence celui qui, de façon même légère, manque à son devoir de diligence. La diligence requise dans le cas concret correspond à ce qu'un homme consciencieux et raisonnable, appartenant au même cercle que le responsable, tiendrait pour exigible dans des circonstances identiques; pour en juger, il ne faut pas se fonder sur un critère individuel mais sur un critère objectif, qui 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 128 V 124 consid. 4e p. 132; voir également UELI KIESER, in LPP et LFLP, n. 27 ad art. 52 LPP).

Le point de savoir si un organe a manqué fautivement à ses devoirs dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'institution (ATF 108 V 199 consid. 3a p. 202). Les attributions d'un organe peuvent découler de la loi et de ses ordonnances d'exécution, de l'acte de fondation et de ses règlements, des décisions du conseil de fondation, d'un rapport contractuel ou encore des directives de l'autorité de surveillance (ATF 128 V 124 consid. 4d p. 129).

dd) Enfin, pour que le dommage doive être réparé, il faut qu'il existe avec le comportement reproché au responsable un lien de causalité naturelle et adéquate.

Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non. En d'autres termes, il existe un lien de causalité naturelle entre deux

événements lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit, ou du moins pas de la même manière; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 470 et les références).

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

6. a) A l'instar des organes d'une personne morale, les organes d'une institution de prévoyance sont en outre communément tenus de faire preuve de diligence et de fidélité dans l'accomplissement de leur mandat (arrêt 9C_560/2011 du 30 mai 2012, consid. 4.2).

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

prévoyance], tous deux in Institutions de prévoyance : devoirs et responsabilité civile, 2006, p. 32 ss et 154 ss ; arrêt 9C_560/2011 du 30 mai 2012 consid. 4.2.1).

bb) Le devoir de fidélité peut être défini comme l'obligation qui impose à son débiteur de favoriser les intérêts d'un tiers bénéficiaire, le cas échéant en faisant passer ses propres intérêts après ceux dudit bénéficiaire. Ce devoir comprend ainsi une composante positive - qui commande à son débiteur de poursuivre l'intérêt du tiers et vise à améliorer la situation de ce dernier - et une composante négative - qui empêche le débiteur de mettre en avant son propre intérêt et a ainsi essentiellement pour fonction de prévenir d'éventuels désavantages causés au bénéficiaire (RITA TRIGO TRINDADE, Le devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts, SJ 1999 p. 387 [ci-après : Le devoir de fidélité]). En matière de prévoyance professionnelle, l'organe de gestion d'une institution de prévoyance est en charge de gérer le patrimoine d'un tiers, au seul profit des bénéficiaires de l'institution ; sa mission ne se justifie que s'il donne la priorité absolue aux intérêts de l'institution et desdits bénéficiaires et que si les membres de l'organe font passer leurs propres intérêts après les intérêts auxquels ils doivent veiller. Le fait que, dans les institutions de prévoyance, le législateur a préféré imposer l'institution d'un organe de gestion composé de manière à assurer la représentation des intérêts pertinents, plutôt que celle d'un organe dont les membres disposent des qualifications personnelles nécessaires à exécuter les fonctions confiées audit organe justifie que le devoir de fidélité imposé aux membres de tels organes soit encore plus contraignant que, par exemple, en droit des sociétés anonymes ou dans le droit du mandat (RITA TRIGO TRINDADE, Fondations de prévoyance, 2006, p. 156 s. ; arrêt 9C_560/2011 du 30 mai 2012 consid. 4.2.2).

cc) En matière de placement de la fortune de l'institution de prévoyance, un comportement contraire au droit consiste en premier lieu en une violation des dispositions légales et réglementaires. Selon l'art. 71 al. 1 LPP (demeuré inchangé sous le nouveau droit), l'institution de prévoyance doit administrer sa fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités. En vertu de l'art. 50 OPP2, l'institution de prévoyance doit notamment choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère (al. 1), tout en veillant à assurer la sécurité et la réalisation des buts de prévoyance (al. 2, 1ère phrase). La diligence dont l'organe d'une institution de prévoyance doit faire preuve de façon générale en matière de placement dépend toutefois de la position qu'il a à l'intérieur de l'institution et des attributions qui lui ont été confiées. Cela étant, le niveau d'exigence requise doit rester dans le cadre de ce qui est objectivement et raisonnablement exigible dans le domaine des placements financiers. Il convient en particulier de tenir compte du fait que toute décision en matière de gestion de fortune est empreinte d'une incertitude inhérente à l'évolution des marchés ; l'insuccès d'un placement ne saurait par conséquent fonder à lui tout seul un chef de responsabilité (sur l'ensemble de la question, voir MARTIN TH. MARIA

EISENRING, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, 1999, p. 196 ss; arrêt 9C_560/2011 du 30 mai 2012 consi. 4.3).

7. Conformément à l'art. 73 al. 2, 2ème phrase LPP, la maxime inquisitoire est applicable à la procédure en matière de prévoyance professionnelle. En vertu de ce principe, il appartient au juge d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires. En principe, les parties ne supportent ni le fardeau de l'allégation ni celui de l'administration des preuves. Cette maxime doit cependant être relativisée par son corollaire, soit le devoir de collaborer des parties, lequel comprend l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués (ATF 139 V 176 consid. 5.2 et les références citées). Si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas du fardeau de la preuve, dans la mesure où, en cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences, sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à la partie adverse. Cette règle ne s'applique toutefois que s'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 139 V 176 consid. 5.2 et les références citées).

Enfin, dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde généralement sa décision sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées).

8. En l'espèce, il n'est ni contesté, ni contestable que le défendeur a été président du conseil de fondation et avait, de ce fait, une position d'organe formel et matériel au sens de l'art. 52 LPP, susceptible d'engager sa responsabilité.

Encore faut-il que les conditions permettant de reconnaître une telle responsabilité soient réunies.

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

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

La loi confie à un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle le soin de vérifier périodiquement que tel est le cas et que les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales (art. 53 al. 2 let. a et b LPP).

C'est précisément ce qui a été fait en l'occurrence, en dernier lieu par F_____, qui, dans son expertise technique du 7 octobre 1994 (étant précisé qu'à l'époque, une expertise intervenait tous les trois à cinq ans aux dires de M. AN_____), a conclu que la caisse pouvait à long terme remplir ses engagements réglementaires. Il était relevé que la cotisation risqué était supérieure au coût annuel moyen théorique des sinistres (pce 78 déf.).

Par la suite, s'il est vrai que la société D_____ a connu des difficultés, en revanche, la situation de A_____ - qu'il convient de distinguer -, elle, est restée bonne jusqu'en mars 1998, puisqu'ainsi que le fait remarquer le défendeur, ses taux de rendement ont toujours été largement supérieurs au taux technique de 4% (pce 15, pt 2 dem., pce 20 pt 2 dem., pce 22 pt 2 dem. et pce 43 pt 3 déf. ; cf. également audition de M. AE_____). Qui plus est, chaque année, le réviseur a recommandé d'approuver les comptes annuels. Ce n'est qu'en relation avec l'exercice 1997, courant 1998, qu'il a recommandé pour la première fois la constitution d'une provision de CHF 2 millions pour tenir compte de l'évolution du marché immobilier, recommandation qui a été suivie. Au demeurant, le directeur du T_____ a confirmé qu'au 31 décembre 1997, la situation de la demanderesse était conforme aux dispositions légales et qu'elle pouvait faire face à ses engagements (pces 10, 27 et 115 déf.). Il apparaît que c'est en réalité la cessation d'activité de D_____ et des sociétés affiliées qui a causé la liquidation de A_____, celle-ci n'ayant à terme plus d'affiliés et de cotisations servies. Ainsi que l'a souligné le directeur du T_____, la décision de mise en sursis concordataire de D_____, en mars 1998, a complètement modifié les données du problème : d'une part, le processus d'assainissement du coût de l'invalidité a été stoppé, d'autre part, le nombre des cas d'invalidité reconnus a explosé après la fermeture de l'entreprise (pce 115 déf.). L'OFAS lui-même, dans son courrier du 23 juin 1999 au T_____, mentionne le fait que le déséquilibre financier de A_____ était lié à la restructuration de D_____, à la forte diminution de son personnel, allié à une augmentation considérable des cas d'invalidité (pce 114 déf.).

Force est d'en conclure que l'incapacité de la caisse à faire face à ses engagements en 1998 résultait uniquement de la fin d'activité de la société employeur - mettant fin au processus d'assainissement du coût de l'invalidité -, conjuguée à l'explosion des cas d'invalidité qui a suivi, phénomène fréquent dans le domaine de la construction. C'est d'ailleurs ce qu'ont confirmé les actuaires entendus par la Cour de céans : les risques décès et invalidité n'étaient pas suffisamment couverts, de sorte que lorsque le nombre de sinistres a explosé, la A_____ n'a pu y faire face. Or, c'était à l'organe de révision, d'une part, aux experts actuaires, d'autre part, d'attirer l'attention sur le problème.

L'argument selon lequel l'opinion du directeur du T_____ serait sans valeur au motif qu'il aurait été induit en erreur par une manipulation des comptes, dont la demanderesse veut pour preuve la note de Monsieur H_____ du 30 novembre 1997, doit être écarté.

On relèvera tout d'abord que la note en question n'est étayée par aucun document et qu'elle n'est pas même signée. D'ailleurs, ni le juge civil ni le juge pénal n'en ont fait cas puisque ni l'un ni l'autre n'ont retenu la « manipulation des comptes » déjà alléguée alors.

La demanderesse allègue encore que le T_____ aurait également été induit en erreur par la surévaluation des fonds propres disponibles de A_____ durant les années 1990. Selon elle, les biens immobiliers de A_____ figuraient au bilan « à des valeurs parfaitement irréalistes », en particulier les immeubles sis à Grange-Canal et à Vignier, qui étaient mentionnés à des valeurs maintenues artificiellement constantes, vraisemblablement équivalentes, voire supérieures, à la valeur d'achat et/ou aux coûts de construction, sans égard à l'écoulement du temps, à l'évolution du marché immobilier ou encore à leurs caractéristiques particulières.

Ainsi, la demanderesse conteste-t-elle la valeur retenue pour l'immeuble sis à Grange-Canal pour les exercices 1992 à 1997 (CHF 8'916'710.-). Elle explique que cet objet a été acquis en mars 1991 pour CHF 8'555'000.- et soumis au régime HLM en 1996 et en tire la conclusion que son prix de revient ne pouvait atteindre au maximum que CHF 7'580'000.-, se référant à cet égard à l'Office cantonal du logement (OCL).

De la même manière, la demanderesse soutient que l'évaluation faite durant les exercices 1992 à 1997 des actions détenues dans la société immobilière sise à Vignier aurait été surestimée, puisque fixée à une valeur constante de CHF 3'284'533.65, étant rappelé que ces immeubles avaient été acquis en 1985 pour un montant de CHF 5'550'000.-, qu'ils avaient été construits au début du XXème siècle et qu'ils étaient dans un état vétuste.

La surestimation alléguée par la demanderesse n'est cependant pas démontrée. On relèvera en premier lieu que les montants contestés sont ceux qui ressortent de ses propres bilans, lesquels ont régulièrement été vérifiés et approuvés par l'organe de révision.

On ajoutera qu'a priori, le défendeur n'avait rien à voir avec la comptabilité de la caisse de pension et qu'on ne saurait dès lors lui reprocher la valeur à laquelle figuraient les biens en question.

Enfin, la surévaluation alléguée paraît pour le moins douteuse dans la mesure où la valeur indiquée au bilan de A_____ pour les immeubles de Grange-Canal (CHF 8'916'710.-) correspond à celle d'acquisition (CHF 8'550'000.-), majorée de CHF 360'000.- de frais d'acquisition. Or, la valeur d'acquisition des immeubles est l'une de celles pouvant être inscrites au bilan, conformément aux règles comptables généralement reconnues. Quant au prix de revient théorique fixé par l'OCL, il a

comme seul et unique but de déterminer si les immeubles en question peuvent obtenir les subventions de l'Etat, en aucun cas de fixer la valeur qui devra ensuite être automatiquement reprise dans les comptes de la société propriétaire. La demanderesse ne saurait donc en tirer argument. Par ailleurs, s'agissant du fait que, selon l'expertise de Monsieur AI_____, la valeur vénale des immeubles sis à Grange-Canal soit de CHF 6'750'000.- (soit CHF 2'166'710.- de moins que la valeur indiquée au bilan), il y a lieu de rappeler que c'est précisément la raison pour laquelle A_____ a constitué en 1997 une provision de CHF 2 mios.

Quant aux immeubles de la société immobilière VIGNIER, les explications du défendeur apparaissent tout aussi convaincantes : la participation figurait dans les comptes de A_____ pour les exercices 1992 à 1997 pour une valeur de CHF 3'284'533.65 (pces 10 et 11 dem.) ; cette évaluation est le fruit de la méthode de valorisation par capitalisation de l'état locatif - utilisée par l'administration fiscale afin d'évaluer les sociétés immobilières - (rendement des immeubles + intérêts hypothécaires + intérêts sur créances actionnaires + amortissements + travaux ; le rendement est capitalisé à un taux approprié [6 % pour la méthode absolue, 4% pour la méthode relative] ; en l'occurrence Monsieur AI_____ a pris en considération un taux moyen de 5,25% ; l'impôt latent qui devrait être acquitté en cas de vente de la participation et les charges [hypothèques, compte-courant actionnaires] sont ensuite déduits du rendement des immeubles capitalisés). C'est d'ailleurs le bureau U_____ qui a opéré ce calcul, selon la méthode relative et la méthode absolue, et qui a retenu une moyenne. Au demeurant, les valeurs d'assurance-incendie des immeubles détenus par la SI s'élèvent à un total de CHF 5'355'911.- (pce 137 déf.).

Dans ces circonstances, on ne saurait tenir pour établi que les biens immobiliers figurant au bilan de A_____ auraient été surévalués et que, par voie de conséquence, le T_____ aurait été induit en erreur. Qui plus est, on relèvera une fois encore que les comptes ont été approuvés chaque année par l'organe de révision, qui, ce faisant, a validé la valeur des immeubles.

Il en découle que jamais la créance de la demanderesse envers D_____ n'a dépassé les fonds disponibles (cf. ch. 4 de la partie « en fait » du présent arrêt).

Eu égard à ce qui précède, on ne saurait reprocher au défendeur une violation de l'art. 65 al. 1 LPP.

bb) La demanderesse reproche ensuite au défendeur d'avoir violé l'art. 71 al. 1 LPP faisant obligation aux institutions de prévoyance d'administrer leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités, plus particulièrement l'art. 50 aOPP2, selon lequel, lors du placement de leur fortune, elles doivent veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance.

A cet égard, l'art. 53 aOPP2 énumère les placements autorisés, au nombre desquels, notamment, les maisons d'habitation ou à usage commercial - y compris des immeubles en propriété par étage et des constructions en droit de superficie - et les terrains à bâtir (let. c). L'art. 54 let. c aOPP2 précise cependant que ce type de placement, situé en Suisse, est limité à 50% de la fortune de la caisse. Enfin, l'art. 57 aOPP2, applicable en cas de placements chez l'employeur - comportant par essence des risques supplémentaires - énonce que, dans la mesure où elle est liée à la couverture des prestations de libre passage et à celle des rentes en cours, la fortune ne peut être placée sans garantie chez l'employeur.

En l'espèce, la demanderesse allègue que les avoirs de A_____ ont été placés de manière prépondérante, sur instigation du défendeur, dans des projets immobiliers réalisés par D_____ en 1994 et 1996, à tel point que ces placements ont dépassé la limite fixée par l'art. 54 let. c OPP2.

Le défendeur conteste quant à lui avoir procédé à des placements de fortune au mépris des dispositions légales et du principe de sécurité qu'elles consacrent.

En l'occurrence, il est vrai qu'avec l'acquisition des immeubles de la route de Q_____, le pourcentage des placements de A_____ chez l'employeur a dépassé la limite légale, puisqu'il a atteint 56,76%.

Cependant, les possibilités de placement selon les art. 53 à 56 OPP, 56a al. 1 et 5 et 57 al. 2 peuvent, en vertu de l'art. 59 aOPP2, être étendues, pour autant que l'application de l'art. 50 soit établie de façon concluante dans un rapport annuel, c'est-à-dire à la condition que le but de prévoyance ne soit pas mis en péril.

En l'espèce, force est de constater que l'autorité de surveillance a été informée du dépassement de la limite des 50% et qu'elle l'a autorisé en connaissance de cause (pces 38, 88, 89 et 90 déf.).

Quant à la sécurité du placement, elle ne pouvait être mise en doute au vu de l'expertise de Monsieur AI_____ (pces 107 à 112 déf.), lequel a estimé la valeur vénale des immeubles, deux ans plus tard, durant l'été 1998, à CHF 12'200'000.- pour ceux de P_____ et à CHF 5'565'000.- pour ceux de Q_____, étant rappelé que le marché immobilier sortait d'une crise sans précédent et que leur valeur n'aurait pu qu'augmenter par la suite. Monsieur AI_____ a d'ailleurs confirmé qu'il avait lui-même recommandé à la caisse de pension de la ville de Carouge d'investir dans les immeubles de Q_____, dont il considérait qu'ils constituaient de bons investissements (cf. audition de M. AI_____). L'actuaire G_____ SA avait du reste déconseillé toute précipitation (pce 68 pt 3 déf.).

Il convient par ailleurs de rappeler que A_____, par ses investissements immobiliers, poursuivait également l'objectif de donner du travail à D_____, à une époque difficile pour le marché de la construction. Cet objectif n'était pas contradictoire avec la défense des intérêts propres de la fondation de prévoyance, puisqu'il était également vital pour elle que ses affiliés continuent de cotiser.

Qui plus est, il est vrai que les rendements sur obligations étaient extrêmement bas durant ces années. Le taux technique minimum de 4% devait être atteint. Or, il n'y avait presque plus d'obligations servant 4% d'intérêts sur le marché (pce 37 pt 2 déf.). Dans ce contexte, l'investissement immobilier était une solution d'autant plus intéressante que les intérêts hypothécaires étaient en baisse (pce 85 déf.). A_____ avait au surplus renoncé à des investissements trop importants en actions par mesure de prudence.

Dans ces circonstances, on ne saurait soutenir que les placements dans l'immobilier violaient le principe de sécurité, d'autant que leur principe avait été soumis au T_____ et approuvé par lui.

Qui plus est, et contrairement à ce que soutient la demanderesse, les investissements litigieux ont été faits sur la base de dossiers présentés au conseil de fondation par les sociétés E_____ et AT_____ (cf. audition de M. AB_____, audition de M. AO_____, pce 38 déf. et pces 79-82 déf.). Le conseil de fondation s'est donc décidé, à l'unanimité, en toute connaissance de cause. A cet égard, les allégations selon lesquelles le défendeur aurait usé de son ascendant sur les autres membres du conseil pour influencer ceux-ci n'a pas été confirmé lors des enquêtes (cf. notamment auditions de M. V_____ et de Mme AG_____).

Eu égard à l'ensemble de ces circonstances, on ne saurait conclure que les placements opérés par le conseil de fondation violaient le principe général de sécurité de l'art. 71 aOPP2.

cc) Enfin, la demanderesse reproche au défendeur d'avoir violé son devoir de diligence et de fidélité envers elle. Selon elle, il était seul à disposer d'une vision complète de la situation financière de D_____ et de A_____ et n'aurait pas su faire abstraction des intérêts de D_____. En particulier, la demanderesse soutient que le défendeur, en tant que membre d'un organe responsable, aurait dû prendre des mesures coercitives envers D_____ pour obliger celle-ci à rembourser sa dette au lieu de laisser celle-ci augmenter au fil des ans.

La demanderesse, invoquant une nouvelle fois les art. 71 aLPP et 50 aOPP2 soutient que le prêt à D_____ ne pouvait être permis qu'à trois conditions : que le débiteur soit de qualité irréprochable, que le placement sans garantie ne dépasse pas 20% au plus de la fortune de l'institution de prévoyance et qu'il soit rémunéré d'un intérêt conforme à celui du marché (art. 57 aOPP2). Or, selon elle, D_____ ne revêtait en aucune manière la qualité de débiteur de qualité irréprochable, puisqu'un manque chronique de liquidités l'empêchait de payer ses cotisations.

Le défendeur allègue quant à lui que, tout comme les placements immobiliers, le prêt accordé à D_____ était conforme aux intérêts de A_____. Il rappelle que la survie de celle-ci et sa non-liquidation étaient liées à celles de D_____ et des autres sociétés du groupe et que la situation financière de D_____ ne pouvait être considérée comme alarmante - à tout le moins pas avant 1998 -, vu les perspectives d'assainissement proposées par I_____, suite à son analyse de la situation

financière du groupe. Il en tire la conclusion que le prêt accordé par A_____ à D_____ n'était donc pas risqué, d'autant moins qu'il prenait le pas sur tout le passif, puisqu'il était privilégié.

En premier lieu, on relèvera une fois encore, comme le juge civil et le juge pénal précédemment, que le défendeur a pris de nombreuses mesures pour redresser la situation : tout au long de la période litigieuse, D_____ a pris l'engagement de verser hebdomadairement la somme de CHF 10'000.- au titre de remboursement du prêt accordé, entre 1994 et 1995, elle a pris des mesures de restructuration qui ont impliqué la suppression d'une centaine de postes de travail, diminuant ainsi le nombre d'affiliés, la fortune de l'ancien fonds patronal (fonds de prévoyance en faveur du personnel D_____ SA), d'un montant de CHF 688'866.-, a contribué à réduire la dette de D_____ (pce 22 pt 2.1 dem., pce 42 pt 2.1 déf. et pce 43 pt 4 déf.), I_____ a été mandaté pour établir un diagnostic organisationnel et fonctionnel de l'ensemble du groupe quelques jours après que le défendeur a pris connaissance de la note de Monsieur H_____, un rapprochement avec K_____ a été opéré, conformément à ce que préconisait I_____ (assainissement par un regroupement des activités du groupe avec K_____), une lettre d'intention a été signée en ce sens et ce n'est qu'en mars 1998 que K_____ a subitement changé d'avis, ensuite de quoi D_____ a immédiatement réagi en déposant une requête en sursis concordataire. Or, dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral ne considère pas un prêt comme risqué si l'entreprise fondatrice prouve de manière concrète qu'elle peut améliorer sa situation financière dans le futur et qu'elle sera en mesure de rembourser le prêt, ce qu'a fait D_____.

En second lieu, comme déjà relevé supra, le montant du prêt consenti par A_____ est toujours resté inférieur aux fonds propres disponibles de la caisse. A cet égard, le 14 juin 1995, Monsieur AP_____, du bureau de révision U_____, avait d'ailleurs relevé que la part des cotisations non payées ne représentait que 5% de la fortune de la caisse (pce 34 déf.).

En troisième lieu, D_____ n'a jamais cessé ses paiements jusqu'à sa mise en liquidation et le T_____ a été tenu en permanence au courant de la situation. Ainsi, le 14 juillet 1995, Monsieur R_____ a constaté que si l'arriéré au 31 décembre 1994 représentait huit mois de cotisations, les contributions étaient régulièrement versées depuis le début de l'année 1995 (pce 12 dem.). Lors de la séance du conseil de fondation du 12 mars 1997, il a été relevé que les paiements d'acomptes hebdomadaires de CHF 10'000.- de D_____ étaient respectés et que la rentabilité de la caisse était toujours supérieure au taux technique de 4% (5,24% ; pce 40 déf.). Il en allait toujours de même en mai 1997 (pce 41 déf.). Lorsqu'en novembre 1997, la créance de A_____ à l'égard de D_____ a dépassé le montant maximal fixé par le T_____, il a été décidé de la réduire par la liquidation du fonds patronal, ce qui a été fait (cf. supra et pce 42 déf.).

On ajoutera qu'ainsi que l'a déjà relevé le juge civil, les liquidateurs de A_____ eux-mêmes étaient convaincus que la créance à l'égard de D_____ serait couverte

puisque'ils n'ont jugé utile ni de représenter la caisse de pension à l'audience d'homologation du concordat, ni de solliciter des garanties. D'ailleurs, lors de la séance du 12 mars 1998, Monsieur J_____ avait indiqué au conseil d'administration du groupe E_____ que le dividende en cas de sursis concordataire pouvait être estimé à 15-20%, alors qu'en cas de faillite, il se situerait entre 0-5%, sur un total de créances d'environ CHF 70 millions. Il avait également souligné que le coût social serait amoindri par la procédure de sursis concordataire, notamment par la reprise de certains chantiers et le maintien de certains contrats de travail. A l'instar des juges civils et pénaux, la Cour de céans considère que le défendeur était légitimé à penser que la société D_____ pourrait se sortir des difficultés financières qui étaient les siennes au vu, en particulier, de l'accord signé avec le groupe K_____. Au demeurant, même en admettant que tel ne fût pas le cas, la caisse, en sa qualité de créancier privilégié, aurait en toute logique dû récupérer l'intégralité de sa créance.

On rappellera une fois encore que le T_____, régulièrement informé, a jugé que les conditions légales étaient respectées, ajoutant même que la question du recours au fonds de garantie se serait posée de la même manière si D_____ avait réglé la totalité de sa créance (pce 71B déf.). Monsieur R_____ a expressément admis que la créance due par l'entreprise était restée dans les limites fixées par l'art. 57 aOPP2 (pce 115 déf.). Il a par ailleurs confirmé à la Cour correctionnelle sans jury que l'équilibre de la caisse n'était pas menacé et que l'arriéré de cotisations avait été toléré. Force est d'en conclure que le prêt de A_____ à D_____ respectait les dispositions légales et réglementaires applicables, d'autant que cela a été confirmé à répétition reprises par le directeur du T_____ lui-même.

D'ailleurs, la Cour correctionnelle a retenu que le défendeur n'avait pas violé les devoirs de diligence et de loyauté qui lui incombent dans le cadre de sa fonction au sein du conseil de la fondation et que le prêt accordé ne pouvait être qualifié de « particulièrement hasardeux ». Bien que la notion de prêt risqué ne soit pas identique à celle de prêt particulièrement hasardeux, elle s'en rapproche en ce sens que ce sont les risques que comporte le prêt qui sont pris en compte. Or, la Cour a analysé de manière détaillée la situation financière de D_____ et est parvenue à la conclusion que cette situation ne justifiait pas une dénonciation immédiate du prêt. Elle a également établi qu'on ne pouvait reprocher au défendeur de savoir ou d'avoir dû savoir que la créance envers D_____ n'était pas garantie. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher au défendeur, au vu des mesures d'assainissement en cours, des perspectives de redressement prometteuses et du privilège accordé à la créance, de n'avoir pas sollicité des garanties supplémentaires. Certes, les montants en jeu étaient importants mais il convient de les relativiser au vu de l'importance de la société employeur, de son chiffre d'affaires (quelques CHF 180 millions/an) et du nombre d'employés (plusieurs centaines) qu'elle occupait. Il a été établi par plusieurs juridictions, ainsi que par l'autorité de surveillance elle-même, qu'avant la requête de sursis concordataire,

A_____ n'avait pas de raison de penser que sa créance pourrait ne pas être intégralement remboursée ; même une fois le sursis prononcé, sa créance a été colloquée en première classe et, de l'avis même des commissaires au sursis, était assurée d'être couverte. Le risque n'était donc pas effectif, pas même aux yeux des commissaires ou de l'autorité de surveillance. Il paraît dès lors injustifié de reprocher à présent, a posteriori, au défendeur de n'avoir pas sollicité de garantie supplémentaire, alors même que les liquidateurs de la demanderesse n'ont pas jugé utile de le faire.

Enfin, il y a lieu de se référer à la jurisprudence de notre Haute Cour, qui admet, dans des circonstances particulières et à certaines conditions, un prêt sans garanties supplémentaires à l'entreprise fondatrice lorsque cela permet de sauver des emplois (arrêt 9C_997/2009 consid. 7.1). Les conditions énoncées par la jurisprudence sont les suivantes : a) se baser sur l'avis d'un expert indépendant qui reconnaît à l'entreprise employeur des chances de survie réalistes, b) une pesée des intérêts en la sauvegarde des places de travail et la garantie de la prévoyance professionnelle, c) l'information de l'institution de prévoyance, d) la couverture du prêt par les fonds libres de l'institution de prévoyance, e) le respect du principe de la proportionnalité et enfin, f) l'information de l'organe de surveillance.

Force est de constater que ces conditions sont remplies en l'espèce, puisqu'un diagnostic a été demandé à I_____, qui a conclu qu'avec des mesures d'assainissement, D_____ pouvait éviter l'avis au juge et redresser sa situation financière, qu'il s'agissait de sauver plus de 400 places de travail à une époque d'instabilité économique et qu'au surplus, A_____ avait un intérêt certain à ce que D_____ ne tombe pas en faillite, que le conseil de fondation a été tenu au courant de la situation, tout au long de la période litigieuse, que le prêt a toujours été couvert par les fonds libres de A_____, qu'il ne représentait pas plus de 8% de la fortune de la caisse - dont la rentabilité a toujours été supérieure au taux technique de 4% - et qu'enfin, le T_____ a été régulièrement tenu informé.

Il ressort des considérations qui précèdent qu'aucun acte illicite ne peut être imputé au défendeur. Pour ce seul motif déjà, la demanderesse doit être déboutée, les conditions posées au dédommagement étant cumulatives.

b) Même si la question peut rester ouverte, on peut cependant ajouter qu'en tout état de cause, la condition relative à l'existence d'une relation de causalité entre le dommage subi et le comportement du défendeur devrait sans doute également être niée, au vu des explications fournies par les différents intervenants, notamment par le T_____ - dont on ne saurait guère mettre en doute l'autorité en la matière - qui attribue l'incapacité de la caisse à faire face à ses engagements aux seuls faits que le processus d'assainissement du coût de l'invalidité a été stoppé et à l'explosion du nombre des cas d'invalidité qui a suivi la fermeture de l'entreprise (cf. également audition de M. R_____ et de M. W_____), étant précisé que cette explosion n'était pas prévisible puisqu'en 1994, l'expert actuariale subodorait que la majoration du nombre de cas n'était que temporaire, les statistiques 1980 faisant apparaître une

nette diminution des probabilités de devenir invalide (pce 78 déf. et audition de M. R_____).

Ses conclusions sont d'ailleurs partagées par Me O_____, liquidateur de la A_____, puisqu'en octobre 1998, celui-ci a expressément mis en cause la responsabilité de la fiduciaire U_____, à laquelle il a reproché une réserve mathématique insuffisante, fin 1997 (pce 71 déf.).

10. Eu égard aux considérations qui précèdent, la demande est rejetée.

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

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

Statuant

Au fond :

1. Rejette la demande.
2. Condamne la demanderesse à verser au défendeur la somme de CHF 10'000.- à titre de participation à ses frais et dépens.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Marie-Catherine SECHAUD

Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le