

605 2009-179
605 2009-180

Arrêt du 17 septembre 2009

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

COMPOSITION Présidente suppléante: Anne-Sophie Peyraud
 Assesseurs: Bruno Kaufmann, Jean-Marc Kuhn
 Greffier-rapporteur : Marc Boivin

PARTIES **FONDATION DE PREVOYANCE EN FAVEUR DU PERSONNEL DE L'ATELIER D'ARCHITECTES ASSOCIES J. S. SA ET DES SOCIETES AFFILIEES EN LIQUIDATION**, rte de la Glâne 107, agissant par son liquidateur, B., p.a. NBA Fiduciaire SA, 1752 Villars-sur-Glâne, et **FONDS DE GARANTIE LPP**, Belpstrasse 23, case postale 5032, 3001 Berne, agissant par D. et C., **demandeurs**, tous représentés par Me Yves Auberson, avocat, rte de la Glâne 107, case postale 137, 1752 Villars-sur-Glâne,

contre

FIDUCIAIRE J. SA, bd de Pérolles 4, case postale 838, 1701 Fribourg, **défenderesse**, représenté par Me Jacques Meyer, avocat, bd de Pérolles 12, case postale 720, 1701 Fribourg,

et contre

M., et **S.**, **défendeurs**, tous deux représentés par Me José Kaelin, avocat, bd de Pérolles 12, case postale 720, 1701 Fribourg,

OBJET Prévoyance professionnelle

Actions en responsabilité du 28 mars 2003 et du 3 février 2004;
Reprise suite à l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2009

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. Le Bureau d'Architecture S. SA, à F., a été fondé le 23 décembre 1976 et inscrit au registre du commerce, le même jour. Cette société avait pour but l'exploitation d'un bureau d'architecture et toutes opérations financières, commerciales, mobilières ou immobilières s'y rattachant. S., né en 1927, en était le seul administrateur. La raison sociale de la société fut modifiée le 13 octobre 1978 en Atelier d'Architectes Associés S. SA (ci-après, AAA S. SA, ou société fondatrice, ou encore employeur), S. en devenant le président et administrateur délégué et se voyant rejoint par des associés, à savoir notamment par M., comme administrateur. Ce dernier a toutefois quitté ses fonctions au sein du conseil d'administration à la fin de l'année 1993 et son nom a dès lors été radié du registre du commerce le 14 janvier 1994. A partir de cette même date, S. a pour sa part cédé sa place de président, demeurant simple administrateur, ceci jusqu'à la faillite, prononcée le 19 novembre 1996, puis durant toute la liquidation de la société, qui sera finalement radiée du registre du commerce le 7 décembre 2000.

Dans un premier temps, par acte authentique du 23 mai 1977, le Bureau S. SA avait constitué une fondation de prévoyance en faveur du personnel du bureau d'Architecture S. SA, son but étant d'assurer le personnel de la fondatrice en cas de vieillesse, de décès et d'invalidité. Cette fondation était au départ présidée par S. lui-même.

A l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40) en 1985, une seconde fondation a été créée par acte authentique du 29 octobre 1985: la fondation de prévoyance en faveur du personnel de l'Atelier d'Architectes Associés S. SA et de ses sociétés affiliées (ci-après, fondation LPP), qui avait pour but d'instituer, dans le cadre de la LPP et des dispositions d'exécution de celle-ci, une prévoyance professionnelle en faveur des employés de l'entreprise, de leur famille et de leurs survivants, pour faire face aux conséquences économiques de la vieillesse, du décès ou de l'invalidité.

A la suite de la création de cette nouvelle fondation, à laquelle ils cotisaient par ailleurs personnellement, les associés de l'AAA S. SA ont décidé que la première fondation deviendrait une fondation pour les cadres (ci-après, fondation cadres), et donc uniquement destinée à eux-mêmes, ceci à l'exclusion du reste du personnel.

La fiduciaire J. SA, à F., dirigée par J., était l'organe de contrôle de l'une et l'autre fondations.

B. Au début des années quatre-vingt-dix, dans le contexte des années de crise immobilière, la société fondatrice a commencé à connaître des difficultés financières, lesquelles entraîneront d'ailleurs sa faillite.

En février 1992, lors de l'examen des comptes pour les années 1987 à 1990, la Direction de la santé publique et des affaires sociales du canton de F. (ci-après, l'autorité de surveillance) a, par l'intermédiaire de son service de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance professionnelle (ci-après, le service de surveillance), constaté pour la première fois qu'un prêt consenti à la société fondatrice par la fondation LPP ne respectait pas les prescriptions et principes de la LPP, principalement ceux en matière de placements. L'examen des comptes des années suivantes a également donné lieu à des

discussions, portant notamment sur la question d'un second prêt consenti à la société S. SA, à F., une société également administrée par S..

Le 2 mars 1995, le 14 février 1996, puis le 24 mai 1996, des ex-employés de la société fondatrice ont informé le service de surveillance qu'ils attendaient leur prestation de libre passage depuis plusieurs mois.

Après de nombreux échanges de courriers, instructions et rappels, l'autorité de surveillance a prononcé la destitution des conseils des deux fondations le 8 juillet 1996, demandant à cette occasion à la justice de paix de leur nommer un curateur, ce qui sera fait le 15 juillet 1996, en la personne de B., de S. C. L. SA, à V..

Ce dernier agira par la suite comme liquidateur des deux fondations à partir de la dissolution de celles-ci, prononcée par l'autorité de surveillance le même jour, soit le 30 juin 1998. La fondation cadres sera liquidée en 2006, ceci après que le solde de sa liquidation eut été transféré à la fondation LPP, encore en cours de liquidation.

Parallèlement à ces diverses procédures, une plainte pénale pour infraction à la LPP a été déposée contre les organes des deux fondations, notamment contre J., S. ayant pour sa part été appelé à témoigner. Les faits reprochés à J. s'étant avérés prescrits, celui-ci sera acquitté.

Par décision du 17 novembre 2000 faisant suite à une demande du liquidateur de la fondation LPP du 17 juillet 2000, le Fonds de garantie LPP (ci-après, Fonds de garantie), à B., a accepté de procéder à un versement de frs 412'000.-, intérêts inclus, en faveur de cette dernière fondation, ceci au titre de garantie des prestations légales non versées.

C. La fondation LPP et le Fonds de garantie, tous deux représentés par Me A., avocat à V., ont saisi le 23 mars 2003 la Cour de céans, actionnant en responsabilité la fiduciaire J. SA, en tant qu'ancien organe de contrôle, celle-ci étant représentée par Me M., avocat à F. (5S 03 49). Ils ont également introduit le 3 février 2004 action contre S. et M., en tant qu'anciens gestionnaires, ceux-ci étant tous les deux représentés par Me K., avocat à F. (5S 04 48).

Les causes ont été jointes par ordonnance du 16 novembre 2005.

Dans le cadre de trois échanges d'écritures, les demandeurs reprochent à la défenderesse de ne pas avoir rempli ses obligations d'organe de contrôle de la fondation en ne signalant ni ne prenant aucune mesure à l'encontre de la politique hasardeuse de placements, contraire aux règles de la LPP. Ils lui reprochent à cet égard notamment son manque de neutralité, car elle procédait également au bouclage des comptes. Ils concluent dès lors à sa condamnation, avec suite de dépens, à réparer le dommage qu'elle a ainsi contribué à causer à la fondation LPP (soit frs 457'163.45, avec intérêts à 5% dès le dépôt de l'action) et au Fonds de garantie (soit frs 412'000.-, avec intérêts à 5% dès le 17 novembre 2000). Ils précisent sur ce point qu'ils ne recherchent pas le paiement de la somme totale de ces deux montants.

Dans le même temps, ils reprochent aux défendeurs, et notamment à S., d'avoir contrevenu aux règles de la LPP en pratiquant une politique de gestion et de placements hasardeuse, fondée principalement sur le financement, par la fondation LPP, des différentes entreprises de construction dans lesquelles il était personnellement impliqué. Ils reprochent à M. de ne pas être intervenu et d'avoir dès lors cautionné cette politique

en y participant. Ils concluent dès lors à leur condamnation, avec suite de dépens, à réparer le dommage ainsi causé à la fondation LPP (soit frs 459'913.20, avec intérêts à 5% dès le dépôt de l'action) et au Fonds de garantie (soit frs 412'000.-, avec intérêts à 5% dès le 17 novembre 2000). Là encore, ils déclarent ne pas rechercher le paiement de la somme totale des deux montants.

Pour sa part, la défenderesse conclut avec suite de dépens à sa libération. Elle conteste tout d'abord la qualité pour agir du Fonds de garantie et fait valoir ensuite qu'elle n'a commis aucune faute ni négligence dans la gestion de son mandat de contrôle, qu'elle a assumé en toute impartialité. Elle indique pour le surplus que le service de surveillance des fondations était au courant que certains des placements effectués par la fondation LPP dépassaient les limites autorisées mais qu'il a tardé à réagir alors qu'il en avait le pouvoir, et qu'il n'aurait de toute manière rien pu faire. Elle conteste subsidiairement le montant du dommage recherché.

Les défendeurs concluent également avec suite de dépens à leur libération. Ils contestent tout d'abord la qualité pour agir du Fonds de garantie et font valoir ensuite que leur responsabilité n'est pas engagée, ou alors tout au plus sur un certain retard dans le paiement des cotisations d'une partie des années 1992 et 1993, lesquelles ont par la suite été intégralement payées. Ils soutiennent principalement que le dommage qui a pu être causé à la fondation LPP ne résulte pas de sa politique de placements, dont ils n'étaient au demeurant pas responsables. Ils contestent subsidiairement le montant du dommage recherché.

Les demandeurs ont précisé le 4 août 2004 qu'un paiement de frs 140'000.- avait été effectué par certains des anciens gestionnaires de la fondation LPP - auxquels le litige n'a toutefois pas été dénoncé malgré une requête dans ce sens qui a été rejetée -, et qu'ils réduisaient leurs conclusions d'autant. Les défendeurs exigent pour leur part la production de l'accord relatif audit paiement, accord censé les libérer au vu notamment des règles sur la solidarité.

C. Par jugement du 8 novembre 2007, la Cour de céans a rejeté les actions des demandeurs, estimant que celles-ci étaient prescrites, retenant à cet égard qu'une exception de prescription avait valablement été soulevée par la défenderesse ainsi que les défendeurs.

Faisant suite à un recours des demandeurs, le Tribunal fédéral a toutefois jugé dans un arrêt du 29 avril 2009, rendu par sa IIe Cour de droit social (9C_804/2007), que tant les prétentions de la fondation LPP que celles du Fonds de garantie n'étaient pas prescrites. Il a dès lors renvoyé l'affaire par devant la Cour de céans, charge à celle-ci de reprendre l'instruction et de se prononcer sur le fond de l'affaire, ainsi que, préalablement, sur la question de la légitimation active du Fonds de garantie.

Pour le reste, il sera fait état des très nombreux arguments, invoqués par les parties à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

e n d r o i t

1. Conformément aux art. 73 al. 1 dernière phrase et al. 3 LPP et 1 de la loi cantonale du 14 novembre 2007 d'organisation du Tribunal cantonal (LOTC; RSF 131.1.1), la Cour de céans est compétente *ratione materiae* et *loci* pour trancher au fond le litige qui lui a été soumis par les demandeurs le 28 mars 2003 et le 3 février 2004, alors qu'elle était au demeurant encore rattachée à l'ancien Tribunal administratif. Elle agit en outre ici sur injonction du Tribunal fédéral, lequel a dès lors implicitement confirmé ses compétences.

A cet égard, il y a lieu de préciser que le tribunal compétent en matière de prévoyance professionnelle connaît des actions en responsabilité même lorsque l'état de fait s'est réalisé avant le 1^{er} janvier 1997 (ATF 128 V 124).

2. Cela étant, il convient d'examiner la qualité pour agir des demandeurs, notamment celle du Fonds de garantie, contestée par tous les défendeurs.

a) Selon l'art. 52 LPP, les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence.

La jurisprudence retient que, en sus de l'appartenance au cercle des personnes visées par l'art. 52 LPP, la reconnaissance d'une responsabilité personnelle suppose que soient également remplies les conditions cumulatives de la commission d'un dommage, de l'illicéité, du comportement répréhensible et d'un lien de causalité (ATF 128 V 124 consid. 4a et les références citées, notamment en matière de doctrine).

A cet égard, l'illicéité en rapport avec le placement de capitaux de l'institution de prévoyance procède en premier lieu d'une violation des dispositions légales et réglementaires régissant le placement de fortune (ATF 128 V 124 consid. 4d). Une responsabilité au sens de l'art. 52 LPP est déjà engagée par un comportement constitutif d'une négligence légère (ATF 128 V 124 consid. 4e).

La fondation de prévoyance demanderesse a pour sa part manifestement qualité pour agir contre ses anciens organes, au sens de l'art. 52 LPP. Au demeurant, son liquidateur, B., est au bénéfice d'une autorisation de plaider émanant du Service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle (cf. courrier du 21 février 2003, pièce 1 bordereau des demandeurs).

b) En ce qui concerne la qualité pour agir du Fonds de garantie, il faut ici distinguer l'action de la fondation de prévoyance au sens de l'art. 52 LPP avec le droit de recours du Fonds de garantie au sens de l'art. 56a LPP: en vertu de cette dernière disposition, le Fonds de garantie dispose, à concurrence des prestations garanties, d'un droit de recours contre des personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés.

Selon la jurisprudence (ATF 130 V 277, consid. 2), cette dernière disposition constitue le fondement juridique de la responsabilité des personnes qui ne sont pas visées par le

régime de responsabilité de l'art. 52 LPP et qui répondent de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance, de même que le fondement juridique du droit de recours du Fonds de garantie à l'encontre de ce même cercle de personnes.

L'action récursoire instituée par l'art. 56a LPP instaure donc un droit propre du Fonds de garantie contre d'autres responsables (à savoir éventuellement l'Etat, qui aurait pu engager sa responsabilité par l'intermédiaire de ses autorités de surveillance - cf. dans ce sens, ATF 130 V 277 consid. 3), droit propre lui permettant de rechercher le solde du dommage qui n'a pas pu être recouvré auprès des organes de la fondation par cette dernière. Or, comme il sera exposé plus loin, les défendeurs et la défenderesse ont ici une légitimation passive d'organes au sens de l'art. 52 LPP, de sorte qu'ils ne sauraient être considérés comme "d'autres responsables" au sens de l'art. 56a LPP.

Dès lors, une action en justice ne saurait être engagée par le Fonds de garantie contre les anciens organes de la fondation de prévoyance dont la responsabilité est engagée au regard du droit de la prévoyance professionnelle vis-à-vis de cette seule dernière. Or, c'est ici manifestement en leur qualité de gestionnaires ou de contrôleur de la fondation LPP que les trois défendeurs sont actionnés par le Fonds de garantie. Une telle action du Fonds de garantie ne saurait d'autant moins être intentée que si les conditions de l'art. 52 LPP sont réunies, le dommage causé à la fondation par ses anciens organes va en principe devoir être réparé par ceux-ci et, partant, le Fonds de garantie n'aura plus d'intérêt à agir. De plus, une fois réintégrée dans son patrimoine, la fondation de prévoyance sera en mesure de rembourser le versement opéré par le Fonds de garantie si celui-ci l'a bien été à titre d'avance et non en vertu d'une obligation effectuée en contrepartie de son financement par les institutions de prévoyance qui lui sont affiliées. Quoiqu'il en soit, cette dernière question, qui porte sur la nature même du versement du Fonds de garantie, peut être laissée ouverte, dans la mesure où elle ne saurait faire l'objet du présent litige.

L'absence de qualité pour agir du Fonds de garantie au sens de l'art. 56a LPP contre les anciens gestionnaires ou organe de contrôle de la fondation de prévoyance doit donc être par principe d'emblée constatée et ses actions, si tant est qu'elles soient recevables, doivent être rejetées pour ce motif. La question de savoir si le système mis en place par cette dernière disposition, entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997, est ou non applicable au cas d'espèce au regard du moment où les faits dommageables ont pu être commis peut donc également être laissée ouverte.

3. Le litige portant sur l'application des dispositions réglementaires relatives au placement de la fortune de l'institution de prévoyance, il doit être tenu compte non seulement des principes mais aussi et surtout des limites applicables aux placements en vigueur au moment des faits, lesquels ont été commis à la fin des années 80 et dans la première partie des années 90.

C'est ainsi principalement la version initiale de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2; RS 831.441.1), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985, qui sera ici déterminante.

4. Selon l'art. 71 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance administreront 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.

L'OPP2, dans sa teneur initiale ici déterminante (RO 1984 p. 558 et ss), règle les conditions de placement de la fortune dans sa section 3 de son chapitre 4, aux articles 49 et ss.

Le placement de la fortune de l'institution de prévoyance doit satisfaire en priorité aux exigences de la sécurité (art. 50 OPP2, al. 1). L'institution de prévoyance doit choisir soigneusement les placements à opérer en tenant compte du but poursuivi et de la grandeur de l'institution (al. 2). Elle doit répartir ses disponibilités entre les différentes catégories de placements, des débiteurs de qualité irréprochable ainsi qu'entre plusieurs régions et secteurs économiques (al. 3).

L'institution doit en outre veiller à ce que les prestations d'assurance et de libre passage puissent être versées dès qu'elles sont exigibles. Elle répartit sa fortune, de façon appropriée, en placements à court, à moyen et à long terme (art. 52 OPP2).

Les limites suivantes sont notamment applicables aux placements:

- 100% aux créances contre un débiteur ayant son siège ou son domicile en Suisse, mais à raison de 15% au plus par débiteur, sauf s'il s'agit de créances envers la Confédération, un canton, une banque ou une institution d'assurance (art. 54 lit. a OPP2);
- 50% aux immeubles selon l'art. 53, lit. c, situés en Suisse, et aux participations à des sociétés immobilières (art. 54 lit. c OPP2);
- 30% aux actions, titres assimilables à des actions, et autres participations à des sociétés dont le siège est en Suisse, mais à raison de 10% au plus par société (art. 54 lit. d OPP2).

Les limites globales suivantes sont en outre applicables:

- 100% aux montants en espèces et créances libellées en un montant fixe (art. 55 lit. a OPP2);
- 70 % aux immeubles, actions, titres assimilables à des actions ou autres participations (art. 55 lit. b OPP2);
- 30% (50% à partir du 1^{er} janvier 1993) aux placements selon l'art. 54 lit. d OPP2 (art. 55 lit. d OPP2).

A côté de cela, la fortune ne peut être placée sans garantie chez l'employeur (art. 57 al. 1 OPP2). Des placements sans garantie chez l'employeur ne sont admis que jusqu'à concurrence de 20% au plus de la fortune de l'institution de prévoyance. La fortune peut alors être complétée par les valeurs de rachat (cette dernière phrase a été abrogée le 1^{er} janvier 1993) (al. 2). Une participation financière chez l'employeur est toutefois limitée à 10% au plus de la fortune (al. 3). Les créances de l'institution de prévoyance envers l'employeur doivent être rémunérées d'un intérêt conforme à celui du marché (al. 4). Quant à la garantie des créances envers l'employeur, elle doit être efficace et suffisante (art. 58 al. 1 OPP2). Sont notamment réputés garantie les gages immobiliers jusqu'à concurrence des deux tiers de la valeur vénale de l'immeuble; les immeubles de l'employeur qu'il affecte à des fins industrielles, commerciales ou artisanales ne peuvent toutefois être mis en gage que jusqu'à concurrence de la moitié de leur valeur vénale (al. 2). Dans des cas particuliers, l'autorité de surveillance peut autoriser d'autres sortes de garanties (al. 3) (les deux derniers alinéas de l'art. 58 ont été rajoutés le 1^{er} juillet 1993).

5. Est en l'espèce litigieuse la responsabilité des anciens organes de la fondation de prévoyance vis-à-vis de cette dernière.

a) Qualité pour défendre

aa. S.

Dans ses écritures, notamment dans son mémoire de réponse, S. indique qu'il n'était pas membre du conseil de fondation de la fondation LPP mais qu'il était tout au plus consulté pour certains placements. Il soutient ainsi implicitement n'avoir pas qualité pour défendre au sens de l'art. 52 LPP. Il fait en outre valoir qu'il a quitté la société Atelier d'Architectes Associés S. SA à partir du 1^{er} janvier 1993 et qu'il n'a plus du tout été consulté à partir de cette dernière date.

Cette position ne résiste pas à l'analyse des pièces figurant au dossier, ni en ce qui concerne le rôle joué par S. ni en ce qui concerne les dates qu'il invoque.

Pour le comprendre, il s'agit de revenir en premier lieu sur l'organisation même de la fondation LPP. Selon l'art. 6 de son acte de fondation du 29 octobre 1985, il est indiqué que la gestion de la fondation de prévoyance en faveur du personnel de l'Atelier d'Architectes Associés S. SA et de ses sociétés affiliées est confiée au conseil de fondation, composé d'un nombre pair de membres (cf. pièce 3 du mémoire des demandeurs. Note: sans autre précision, le mémoire des demandeurs est celui qui a été déposé à l'appui de l'action intentée contre M. et S.). Selon l'art. 7, le conseil de fondation se constitue lui-même en nommant notamment son président, dont la voix est prépondérante en cas d'égalité des voix. Selon l'art. 4, le conseil de fondation décide librement de la forme des placements des avoirs de la fondation dans le cadre des prescriptions de la LPP (art. 71) et de l'ordonnance OPP2 (art. 53 et ss).

Or, il est hautement probable que S. a bien été l'un des membres du conseil de fondation. Ceci ressort des PV des séances du conseil de la fondation LPP tenues le 29 septembre 1993 et le 20 septembre 1994 (pièces 10 et 11 du mémoire des demandeurs), au demeurant dans les locaux de l'AAA S. SA dont il était encore le président en 1993, puis l'un des administrateurs à partir du 14 janvier 1994 (cf. inscription au registre du commerce, sous pièce 9 du mémoire des demandeurs). On y constate en effet à chaque fois sa présence, ainsi que celle des autres associés de l'atelier, de l'organe de contrôle, et de L., qui n'était pour sa part qu'employé de l'AAA S. SA, mais administrateur de la fondation LPP inscrit au registre du commerce. On peut dès lors s'interroger sur les raisons de la présence de S. à chacune de ces séances, si elle n'avait, comme il le prétend, que vocation consultative. L. a au contraire expliqué le rôle tenu par S. au cours de ces séances, et ses propos attestent du pouvoir décisionnel de ce dernier: *"Concrètement, comment se passait la gestion de la fondation LPP? Il y avait des séances du conseil de fondation où étaient discutés les placements. Les décisions étaient prises au niveau des administrateurs. Comment se concrétisaient les placements? Il y avait des discussions et des analyses. C'était des réunions avec M. B. et moi-même ainsi que les administrateurs de l'atelier d'architecture. Nous prenions ensemble ces décisions. Qui proposait les placements en général? C'était très souvent M. S. car il avait beaucoup de contacts"* (audition de L. devant le juge d'instruction, le 6 juin 2001, pièce 7 du mémoire des demandeurs). Ces propos ont été implicitement confirmés par le président même de la fondation LPP, B., qui, en dépit de son titre, admet n'avoir jamais pris de décisions individuelles, celles-ci étant le fruit de discussions entre tous les associés de

l'atelier, dont, à n'en pas douter, S., leur président jusqu'en 1993: *"J'ai fonctionné comme membre et président du fonds LPP depuis sa création en 1985. Dans la fondation cadres, j'ai été membre puis président remplaçant de M. S.. Etiez-vous dans les faits aussi le président? En quelque sorte, oui. Comment se passait la gestion de ces deux fondations? Il y a eu des séances dans le cadre de l'atelier d'architecture avec ses membres associés qui étaient liés soit à un fonds soit à un autre. Je n'ai jamais géré seul ces fondations. Je n'ai jamais pris de décision individuelle, les décisions se prenaient toujours ensemble, avec les autres associés du bureau"* (audition de B. devant le juge d'instruction, le 6 juin 2001, pièce 6 du mémoire des demandeurs).

A côté de cela, un fait qu'il importe de mentionner ici - et sur les incidences duquel l'on reviendra plus loin - achève de convaincre la Cour de céans du rôle déterminant joué par S. dans la gestion de la fondation LPP et démontre par-là même qu'il a indubitablement qualité pour défendre.

Deux prêts avaient été consentis à la société immobilière S. SA par les deux fondations de prévoyance de l'AAA S. SA, à savoir la fondation LPP et la fondation cadres présidée par S.. La fondation LPP était ainsi créancière au 31 septembre 1991 d'un montant de frs 191'540.- et la fondation cadres d'un montant de frs 160'313.-. Le bureau d'experts comptables associés E., à F., a proposé le 16 septembre 1992, pour le compte de S. SA, le remboursement par cette dernière d'un montant de frs 203'751.- à la fondation LPP, montant tenant compte des intérêts dus à cette époque (cf. pièce 12 du mémoire des demandeurs et 18 du mémoire des défendeurs). S., répondant pour le compte de l'Atelier d'Architectes Associés, a personnellement refusé cette proposition dans un courrier du 22 septembre 1992, préférant que le remboursement se fasse prioritairement au profit de la fondation cadres: *"je vous confirme que nous préférons que le remboursement des prêts concernant SI S. SA se fasse spécialement au nom de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel du bureau d'architecture S. SA, et le solde à rembourser, à la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de AAA S. SA et de ses sociétés affiliées. Dès lors, je vous prie de bien vouloir rembourser à la Fondation de prévoyance en faveur du bureau d'architecture S. SA, la somme de frs 160'313.- selon décompte du 16 septembre 1992 (...). Le solde devra être versé à la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de AAA S. SA et de ses sociétés affiliées..."* (pièce 13 du mémoire des demandeurs). Suite à cela, le remboursement sera effectué conformément à ses instructions et un montant de frs 170'533.- sera versé à la fondation cadres, seul un solde de frs 33'551.- l'étant à la fondation LPP (cf. ordre de paiement de S. SA du 25 septembre 1992, pièce 15 du mémoire des demandeurs).

Cet épisode constitue la preuve que S. possédait le pouvoir d'engager et de disposer du patrimoine de la fondation LPP, à tout le moins de représenter cette dernière, et qu'il y a dès lors bien lieu de le considérer comme l'un de ses gestionnaires, au sens de l'art. 52 LPP.

bb. M.

Pour sa part, M., ancien associé de l'AAA S. SA, participait également aux séances du conseil de la fondation LPP et ce jusqu'à ce qu'il quitte l'atelier en 1993, ce qui est du reste signalé lors de la séance du 29 septembre 1993 (cf. pièce 10 du mémoire des demandeurs) à laquelle il participait encore. A l'instar de S., on peut se demander à quel titre il assistait aux séances s'il n'avait pas été membre du conseil de fondation. Ainsi, et comme il a été vu plus haut et rapporté par L. et B., il participait de fait aux décisions

prises en commun en matière de placements par les associés et sa qualité de gestionnaire au sens de l'art. 52 LPP doit dès lors également être admise, cela même si son rôle semble avoir été moins déterminant que celui de S..

cc. Fiduciaire J. SA

La fiduciaire J. SA, représentée et valablement engagée par J., était l'organe de contrôle de la fondation LPP, ce qu'elle ne nie par ailleurs aucunement et qui est attesté par différents documents figurant au dossier, dont les nombreux procès-verbaux de séances, sur lesquels il sera d'ailleurs revenu plus loin. Comme personne morale (art. 52 et ss du code civil [RS 210; CC], notamment art. 53 CC), elle a manifestement qualité pour défendre au sens de l'art. 52 LPP.

b) Principe de la responsabilité

Les défendeurs soutiennent n'avoir commis aucune faute ni négligence dans la gestion ou le contrôle de la fondation LPP.

aa. Délimitations

Avant de procéder à l'examen de la question de la responsabilité des défendeurs, il convient de délimiter l'objet du litige.

Il ne s'agit en effet pas ici de résoudre des questions sortant du cadre du litige.

Ainsi, la responsabilité qu'auraient pu engager S., M. ou la fiduciaire J. SA dans la gestion ou le contrôle de la fondation cadres ne sera pas discutée. En effet, dans la mesure où cette dernière fondation a été liquidée et que le solde de liquidation a été transféré à la fondation LPP, il apparaît qu'une telle discussion n'aurait de toute manière pas lieu d'être. Dans le même ordre d'idée, il ne sera pas tenu compte des arguments que pourraient tirer les défendeurs à l'encontre de dite liquidation, notamment scellée par un accord quadripartite de reprise de dette passé le 15 décembre 2005 entre la fondation LPP, la fondation cadres - toutes deux représentées par le liquidateur B. -, l'Etat de F. et le Fonds de garantie LPP (cf. pièce VII du mémoire complémentaire des demandeurs) et ratifiée par la décision de radiation du 25 juillet 2006 du service de la surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle (cf. pièce VII bis du mémoire complémentaire des demandeurs). Cette décision, qui prenait notamment en considération la part de fortune libre perçue par S. et M. au moment de leur départ de la fondation cadres, a au demeurant été notifiée à ces derniers à l'adresse de leur mandataire et ils n'ont, à la connaissance de la Cour, pas déposé de recours.

A côté de cela, les éventuelles conséquences d'un non-paiement des cotisations de prévoyance professionnelle ne sauraient faire l'objet d'une procédure fondée sur l'art. 52 LPP, celle-ci visant ici les défendeurs en leur qualité de gestionnaires et d'organe de contrôle de la fondation de prévoyance et non pas en leur qualité d'employeurs. Ceci est d'autant plus manifeste que le cercle des personnes visées par l'art. 52 LPP devrait également comprendre, ceci conformément au principe de la gestion paritaire exposé à l'art. 51 LPP, des employés, lesquels ne sachant à l'évidence être tenus de prélever et de verser les cotisations de prévoyance professionnelle. Il serait d'ailleurs étonnant qu'une fondation LPP puisse exiger le paiement des cotisations arriérées de la part de ses anciens membres sur la base de dispositions de droit public.

Deux faits tendent du reste à prouver que les défendeurs ne sont pas recherchés ici en tant qu'employeurs. Tout d'abord, est également recherché l'organe de contrôle qui ne saurait à l'évidence être tenu pour avoir été l'un des employeurs. Enfin, les demandeurs ont indiqué à la Cour le 4 août et le 13 décembre 2004 qu'ils réduisaient leurs conclusions de frs 140'000.- suite à un accord passé avec d'autres anciens gestionnaires, à savoir B., D., G. et L.. Or, ce dernier n'était qu'employé au sein de l'AAA S. SA et ne pouvait dès lors être considéré comme un employeur. C'est donc bien contre ses anciens membres que la fondation demanderesse a décidé d'agir en justice.

Dès lors, les cotisations arriérées ne seront pas prises en compte dans le calcul du dommage.

bb. Le système de prévoyance professionnelle mis en place par l'AAA S. SA

Le système de prévoyance professionnelle mis en place par le Bureau d'Architecture S. SA à partir de 1977 s'est fait progressivement, subissant des modifications résultant tout d'abord de l'arrivée des associés et de la transformation du bureau en Atelier d'Architectes Associés (AAA) S. SA puis de l'entrée en vigueur de la LPP, en 1985. Cette progression historique est résumée dans l'expertise réalisée en janvier 1991 par P. P. SA, spécialement mandatée à cette époque pour analyser la situation et proposer une adaptation de la fondation cadres: *"La fondation du bureau, depuis sa création avec effet au 1^{er} janvier 1977, a regroupé jusqu'à 10 assurés. Trois d'entre eux ont quitté l'effectif en 1980 et ont été remboursés cette année-là; un autre a été transféré, avec son capital-épargne, à la nouvelle fondation (LPP) le 1^{er} janvier 1985. Depuis cette date, la fondation regroupe 6 assurés, qui sont en fait les associés de l'Atelier d'Architectes selon sa nouvelle dénomination. Le règlement de 1977 n'a pas été annulé, ni modifié, en 1985, lors de la création de la fondation LPP. Il n'est simplement plus appliqué, sauf en ce qui concerne la rémunération des capitaux épargne: ceux-ci ont été crédités d'un intérêt annuel de 4%, conformément aux dispositions réglementaires. Il n'y a cependant plus eu de cotisations versées par les assurés ni par l'employeur, et il n'y a pas non plus de contrat d'assurance couvrant les prestations de risque décès et invalidité"* (expertise, p. 3, pièce 59 du mémoire des défendeurs). La coexistence de deux fondations de prévoyance pouvant prêter à confusion, il s'est dès lors agi de clarifier les choses, et la fondation cadres, préexistante et présidée, on le rappelle, par S., est ainsi devenue une fondation destinée aux seuls cadres - à savoir aux associés de l'atelier - et, pour ces derniers, complémentaire à la fondation de prévoyance LPP, destinée pour sa part à l'ensemble du personnel de l'atelier: *"La modification qui vient tout de suite à l'esprit consisterait à restreindre le cercle des assurés aux associés, transformant ainsi la fondation en une fondation complémentaire à la fondation LPP, réservée aux cadres de l'entreprise. Les arguments parlant en faveur d'une telle solution sont: - l'infrastructure déjà existante d'une fondation séparée, non enregistrée au Registre de la prévoyance professionnelle, - le fait d'offrir aux cadres une couverture plus étendue que le minimum LPP, mieux adaptée à leur situation, nous semble judicieux et est par ailleurs largement pratiqué"* (expertise p. 4, pièce 59 du mémoire des défendeurs). L'AAA S. SA a en effet adhéré le 4 mars 1991, par la voix de Joseph S., à cette dernière suggestion de P. P. SA: *"Après avoir étudié attentivement vos propositions, nous sommes d'accord d'aller de l'avant avec la variante de l'adaptation en une fondation pour les cadres"* (pièce 59 bis du mémoire des défendeurs).

Malgré cette apparente clarification, la gestion en parallèle de ces deux fondations a continué de générer un certain flou, notamment vis-à-vis des tiers: *"Monsieur S. relève*

que la raison sociale du Fonds n'est toujours pas changée. Il y a eu en effet des difficultés dans les relations avec le département qui s'occupe des fonds de prévoyance. Monsieur S. propose de modifier la raison sociale et d'aller de l'avant" (PV de la séance du conseil de fondation de la fondation cadres du 21 juillet 1992, pièce 17 du mémoire des demandeurs). Ce flou était notamment alimenté par la proximité nominale des deux entités ainsi que par le fait que les séances des deux conseils de fondation étaient en principe tenues le même jour, dans les mêmes locaux, et que les mêmes personnes y participaient. Il apparaît ainsi que sont présents à l'une et l'autre des séances du mercredi 29 septembre 1993 les mêmes personnes, à savoir S., B., D., M., G., L. et J. (pièce 10 et 17 du mémoire des demandeurs).

A côté de cela, certains des prêts ou placements des deux fondations étaient effectués en faveur ou auprès des mêmes entreprises: comme il a été vu plus haut, la société S. SA devait par exemple au 31 décembre 1991 d'importants montants que l'une et l'autre lui avaient prêtés (cf pièces 12 du mémoire des demandeurs et 18 du mémoire des défendeurs).

La confusion résultant de cette situation était encore amplifiée par le fait que les deux fondations étaient gérées ensemble et simultanément, principalement par les associés, dont au demeurant certains, comme D., ont même reconnu ne pas disposer de toutes les compétences en la matière: *"Quel était votre rôle dans la fondation cadres? Mon rôle était secondaire. J'ai été nommé vice-président en 1993, j'étais adjoint de M. B., qui a succédé à M. S.. Comment se passait la gestion de la fondation cadres? En règle générale, c'était lié à l'administration du bureau d'architectes et on causait, lors des séances, également du fonds LPP et du fonds cadres. Une fois par année, on avait l'assemblée officielle du fonds cadres avec la présence de la fiduciaire. Aviez-vous les compétences pour administrer une telle fondation? Non, car j'avais une formation technique, je n'avais pas de formation comptable. J'ai toujours travaillé comme gestionnaire technique et je me faisais conseiller par la fiduciaire. En fait, nous nous faisons conseiller par la fiduciaire. Pourquoi avoir accepté d'être administrateur? Par solidarité, parce que, parmi les associés, personne ne se pressait au portillon et qu'il fallait bien un vice-président. Je dois dire que, quand je suis arrivé, j'étais placé devant une situation de fait accompli et il fallait sauver ce qui pouvait l'être, en espérant qu'il y ait une reprise de la conjoncture"* (audition de D. par le juge d'instruction, le 6 juin 2001, pièce 8 du mémoire des défendeurs).

Au sein de ce système, il y a lieu de constater l'absence de représentation paritaire dans le conseil de fondation LPP. Tous les participants aux séances du conseil de fondation étaient en effet à l'époque des associés de l'atelier (cf. pièces 10 et 11 du mémoire des demandeurs), à l'exception du seul L., administrateur censé représenter les intérêts des travailleurs qui étaient dès lors sous-représentés. Or, ce dernier était toutefois intéressé par des actions de la SA, et dès lors susceptible d'être guidé par des intérêts personnels plutôt que par celui des employés dans le choix des placements: *"J'ai fait l'apprentissage chez S., puis j'ai fonctionné de 1972 à 1996 comme dessinateur chez S., puis dans la SA. On m'a intéressé en me donnant un certain nombre d'actions dans la SA. Je n'étais pas membre du conseil d'administration. Je restais tout de même un simple employé, je n'avais pas de pouvoir décisionnel. Quel était votre rôle dans le cadre de la fondation LPP? J'étais cosignataire avec le président, M. B.. J'étais censé représenté des intérêts des travailleurs et travailleuses. Il y avait des séances où étaient discutés les placements. Les décisions étaient prises au niveau des administrateurs. Dans l'hypothèse où vous n'auriez pas été d'accord par exemple avec un investissement, comment cela se serait-il*

passé? Comme j'étais cosignataire, la chose aurait dû être rediscutée" (audition de L. devant le juge d'instruction, le 6 juin 2001, pièce 7 du mémoire des demandeurs). N'en déplaise à ce dernier et conformément au processus décisionnel prévu par l'art. 7 des statuts de la fondation LPP (pièce 3 du mémoire des demandeurs), les décisions devaient être prises à la majorité absolue des voix des membres du conseil, la voix du président étant prépondérante en cas d'égalité. Le seul L. n'aurait donc eu, cas échéant, aucun moyen de s'opposer aux décisions des associés, qui représentaient les intérêts de l'employeur. Il découle de ces observations que les intérêts des employés n'étaient pas représentés, ceci en infraction manifeste avec l'art. 51 LPP préconisant une gestion paritaire de la fondation de prévoyance.

Dès lors, et plutôt que de tendre à assurer les retraites des employés, on peut légitimement se demander si le système de prévoyance professionnelle mis en place par l'employeur et appliqué par l'une et l'autre fondation n'avait pas dans les faits surtout pour but de financer les entreprises proches de S. et de son atelier d'architectes.

Les déclarations des associés vont en tous les cas dans ce sens: *"En ce qui concerne la politique de placements de la fondation cadres, qui proposait les investissements? C'était essentiellement M. S., de par son expérience et ses relations. Le but était aussi d'amener des mandats à l'atelier d'architectes afin de lui permettre de vivre" (audition de D. par le juge d'instruction, le 6 juin 2001, pièce 8 du mémoire des demandeurs). Le président de la fondation LPP l'admet lui-même: "Ces placements ont été discutés avec l'ensemble des associés du bureau. Il y a de nombreuses années déjà. On avait des discussions, par exemple pour obtenir un mandat pour l'atelier, par exemple SI P. ou S.. La plupart des propositions venaient de M. S. qui était le directeur-président de l'Atelier ou de M. G. dans le cadre de F. par exemple. Y avait-il des analyses de risque pour ces placements? A l'époque, la situation immobilière était très différente. A mon avis, à cette époque-là, ces placements dans l'immobilier étaient sans risque. Vous rendiez-vous compte que ces placements étaient à long terme? Oui. Pourquoi tous ces placements vont dans des sociétés proches de l'Atelier S. SA? C'était pour apporter des mandats, des honoraires et du travail à l'Atelier. Ne vous êtes-vous pas inquiété du fait que la plupart des placements étaient faits dans des petites sociétés immobilières? Non, pas à l'époque où les choses se sont faites. (...) Si mes souvenirs sont bons, les prêts accordés à l'Atelier avaient été effectués pour permettre un équilibre financier de l'Atelier. Il y avait par exemple des périodes où les honoraires ne rentraient pas en fonction des chantiers. Vous rendiez-vous compte que ces prêts étaient risqués, que c'était un peu la dernière fuite en avant? C'était un peu ça. (audition de B. devant le juge d'instruction, le 6 juin 2001, pièce 6 du mémoire des demandeurs). L'on précise et rappelle sur ce point que les SI P. et S. SA étaient notamment administrées par S. (cf. extraits du registre du commerce sous pièce 9 du mémoire des demandeurs). Les déclarations de L. confirment cette politique de financement indirect de l'employeur, des prêts importants lui étant consentis, comme on le verra plus loin: "Comment se fait-il que la plupart des placements se faisaient dans des sociétés proches de l'atelier d'architecture ou de M. S. lui-même? Je n'étais pas dans toutes les affaires qui se passaient, je ne peux pas vous dire pourquoi. Vous rendiez-vous compte que la majorité des placements étaient opérés dans des petites sociétés immobilières proches de l'atelier d'architecture? Oui, parce que directement ou indirectement, l'atelier en profitait par des contre-affaires. Je dirais peut-être deux ans avant la faillite, en 1994, on sentait une tension entre les administrateurs, l'argent ne rentrait pas. Je ne me souviens pas de la date, mais il me semble qu'une partie de l'atelier était au chômage technique. Entre 1994 et 1996, quelle était l'évolution de la situation de l'atelier? L'ambiance se détériorait et j'imagine par là que la situation*

ne s'améliorait pas" (audition de L. devant le juge d'instruction, le 6 juin 2001, pièce 7 du mémoire des demandeurs).

Dans la mesure où quasiment toutes les entreprises concernées par la politique de prêts ou de placements étaient administrées par l'un ou l'autre des associés, ces derniers ne pouvaient demeurer insensibles au fait qu'un remboursement des investissements dans le court terme pouvait, cas échéant, entraîner des risques financiers pour ces entreprises. Les intérêts des associés passaient ainsi, de fait, avant celui des employés pouvant notamment prétendre au libre passage, ce qu'a du reste implicitement reconnu J. devant le juge d'instruction lors de l'audition du témoin E., représentant du service de surveillance: "*J.: Je précise qu'il faut se rendre compte que ce n'est pas facile, s'agissant de sociétés non cotées en bourse, de vendre des actions. Il en va de même des prêts accordés à certaines sociétés. La demande de remboursement de certains entraînerait la faillite de la société*" (pièce 6 du mémoire des demandeurs dans la cause contre J. SA, p. 5).

A priori, ce mode de fonctionnement qui, d'une part, faisait fi des règles sur la gestion paritaire ainsi de celles consacrant le principe de sécurité et de répartition des risques en matière de placement - les entreprises concernées étant actives dans le domaine de l'immobilier et quasiment toutes situées dans la région -, et, d'autre part, qui instaurait des conflits d'intérêts flagrants, était d'emblée susceptible d'engager la responsabilité des gestionnaires ou de l'organe de contrôle de la fondation LPP.

L'établissement de cet état de fait reposant sur de nombreux documents et notamment sur des témoignages écrits formulés par les différents protagonistes dans le cadre de l'instruction pénale et figurant au dossier, il n'est pas nécessaire de procéder à des instructions complémentaires, toute offre de preuve sur ce point étant dès lors rejetée.

cc. Dépassement des limites en matière de placements

Le système de prévoyance professionnelle mis en place par l'AAA S. SA et appliqué par les organes de la fondation LPP a notamment eu pour effet d'entraîner un manque de liquidités au moment où les employés ont commencé à solliciter des prestations de prévoyance professionnelle, à savoir au milieu des années 90. Mais des dépassements des limites réglementaires prévues en matière de placement avaient alors déjà été constatés par les autorités de surveillance.

C'est en effet tout d'abord le service de la surveillance des fondations et des institutions de prévoyance professionnelle qui, le 27 février 1992, s'en est inquiété, invitant la fondation à régulariser la situation: "*Nous avons examiné les documents concernant les comptes de 1987, 1988, 1989 et 1990, de la fondation susmentionnée et, à ce sujet, nous communiquons ce qui suit. Les prêts accordés à S. SA et à la société coopérative P. dépassant chacun la limite de 15% par débiteur fixée à l'art. 54a LPP, nous vous demandons de vous conformer à partir de l'exercice 1992 aux dispositions de cet article*" (pièce 28 du mémoire des demandeurs / pièce 43 du mémoire des défendeurs S. - M.). Le 28 avril 1993, devant l'inaction de la fondation, le même service exigeait d'elle un plan de remboursement concernant la créance détenue à l'encontre de la société S. SA. Il constatait en outre à cette occasion un prêt consenti à l'employeur qui, s'il n'était pas garanti, pouvait également dépasser les limites: "*Nous avons examiné les documents concernant les comptes de 1991 de la fondation susmentionnée et, à ce sujet, nous vous communiquons ce qui suit. Le placement accordé à S. dépassant la limite de 15% au plus*

par débiteur fixé à l'art. 54 lit. a OPP2, nous vous avons invités, par lettre du 27 février 1992, à vous conformer aux dispositions de cet article. Or, nous constatons que, malgré notre intervention, cette créance a encore augmenté. (...) Nous vous demandons impérativement de nous soumettre d'ici au 1^{er} juin 1993 un plan de remboursement du prêt en question, compte tenu de la limite correspondante. De plus, nous attirons votre attention sur le fait que des placements sans garantie ne sont admis que jusqu'à concurrence de 20% au plus de la fortune de l'institution de prévoyance (art. 57 al. 2 OPP2). Il conviendrait, dès lors, de nous fournir une garantie si la créance envers l'employeur devait rester supérieure auxdits 20%" (pièce 36 du mémoire des demandeurs).

Les irrégularités subsistant, alors même que certains assurés commençaient donc à solliciter des prestations de libre passage, l'autorité de surveillance a en fin de compte été amenée, le 8 juillet 1996, à révoquer le conseil de fondation et à faire nommer un curateur: *"Le placement de la fortune de la fondation de prévoyance en faveur du personnel de l'Atelier d'Architectes Associés S. SA et des sociétés affiliées n'est depuis des années, pas conforme aux prescriptions fédérales en matière de placement. Des garanties efficaces et suffisantes devront être données par l'entreprise fondatrice dans les plus brefs délais. Attendu qu'il n'est plus en mesure de gérer la fondation, le conseil de fondation paritaire est révoqué. Demeurent encore réservées d'autres mesures civiles et pénales à l'encontre des personnes responsables au sens de l'art. 52 LPP. Le juge de paix du IV^e cercle est invité à désigner comme curateur de la fondation, la Société fiduciaire Suisse - C. & L."* (pièce 21 du mémoire des demandeurs). A l'appui des considérants de sa décision, étaient notamment relevés un manque de liquidités et un conflit d'intérêts occasionné par la politique de placement de la fondation: *"L'un des principaux problèmes de la fondation est celui de ses liquidités (en particulier, de nombreuses prestations de libre passage à verser depuis longtemps) et de la garantie de sa fortune. L'entreprise et ses représentants au conseil de fondation ne peuvent plus assurer le bon fonctionnement de la fondation, pas plus que l'organe de contrôle reconnu de la fondation; il existe plus que jamais un conflit d'intérêts. Les intérêts de l'entreprise ne coïncident en effet pas avec ceux de la fondation et il y a lieu de constater que la fondation ne peut plus être gérée correctement. Ce d'autant plus qu'elle a rompu le contrat de gestion avec son experte. L'autorité disposant de plusieurs éléments lui prouvant que les principes de liquidité, de rendement, de sécurité et de répartition des risques et de conservation de la substance réelle ne sont effectivement plus observés, il importe que le curateur puisse intervenir au plus vite"*.

Cette décision a été confirmée le 28 juillet 1997 par la Commission fédérale en matière de prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, laquelle a également retenu que le placement de la fondation LPP n'était pas conforme aux prescriptions fédérales, relevant qu'il existait un grave conflit d'intérêts: *"Les recourantes [les deux fondations] ne contestent pas que le placement de la fortune de leurs institutions n'était plus conforme aux prescriptions fédérales en la matière: a. En effet, le Conseil de la fondation LPP précise qu'il en était conscient et qu'il s'attachait depuis plus d'une année à régulariser cette situation. Il souligne également que deux prestations de libre passage n'avaient pas encore été payées et que la fondation devait réaliser certains actifs pour s'acquitter des prestations en question. Le conseil a relevé qu'il n'était pas aisé de vendre des titres ou des participations de sociétés immobilières ou d'exiger le paiement des cotisations à l'employeur qui se trouvait déjà en difficulté financière. (...) c. De toute évidence, l'entreprise et ses représentants aux Conseils des deux fondations ne pouvaient plus assurer le bon fonctionnement de leurs institutions. Il existait un grave*

conflit d'intérêts. Les intérêts de l'entreprise ne coïncidaient plus avec ceux des fondations" (pièce 22 du mémoire des demandeurs, p. 7).

Il y a lieu de constater, avec les autorités cantonales de surveillance et fédérale de recours, que les dispositions réglementaires en matière de placements n'ont pas été respectées par les défendeurs. Ceci ressort notamment de l'état des placements de la fondation au 31 décembre 1993, soit à l'issue du dernier exercice auquel ils ont tous les trois participé. Ils étaient en effet encore présents ensemble à la séance du conseil de fondation du 22 septembre 1993 (pièce 10 du mémoire des demandeurs).

Prêt à S. SA

Pour le cas des sociétés domiciliées en Suisse, les limites en matière de créance détenues par la fondation étaient au moment des faits de 15% par société (art. 54 lit. a OPP2). Or, dans le bilan au 31 décembre 1993, le prêt à la société S. SA représentait 35% des actifs de la fondation, soit un montant de frs 183'152.20 sur un total de frs 516'767.20 (cf. liste des actifs pour 1993, pièces 52 ter et 53 du mémoire des défendeurs, ainsi que le document "Etat de la fortune au sens des art. 54 à 57 et suivants OPP2" sous pièce 59 du mémoire des demandeurs dans la cause J. SA).

Prêt à l'employeur

Les montants prêtés à l'employeur par la fondation l'étaient-ils au titre de placement au sens strict ou de participation financière? Dans la mesure où les montants prêtés à l'employeur par la fondation ne l'ont pas été en échange de titres ou d'actions, il ne s'agissait apparemment pas de placements au sens strict (art. 57 al. 1 OPP2), mais plus vraisemblablement de participations financières, et ce sont dès lors les limites applicables à ces dernières qui sont déterminantes, soit de 10 % (art. 57 al. 3 OPP2). On relèvera à cet égard que les prêts étaient certes assortis d'intérêts, mais ceux-ci n'étaient pas effectivement reversés par l'employeur à la fin de l'année, mais uniquement reportés dans la comptabilité, ce qui explique que la créance nominale de frs 91'760.- se montait, pour l'exercice 1993, à frs 102'591.90 (rapport du 20 septembre 1994 de la fiduciaire J. SA, pièce 50 du mémoire des demandeurs). Ce montant représentait alors presque 20% des actifs de la fondation.

Si, par improbable, ce prêt devait être considéré comme un placement au sens strict et non comme une participation financière, se poserait alors le problème de sa garantie, qui semble avoir été en l'espèce insuffisante. Il ressort en effet de l'ensemble des pièces produites et des explications données par les parties que le prêt aurait été garanti par la cession d'une cédule hypothécaire au porteur du 14 mai 1984 de frs 100'000.-, grevant les articles PPE 22972, 22973 et 22974 de l'immeuble 10210 du cadastre de la commune de F., cédule que le curateur a demandé à la BCF en date du 19 juin 1998 (pièce 31 du mémoire des demandeurs). Or, la description donnée par ces articles dans le cadre de leur vente aux enchères, le 17 juillet 1998, laisse apparaître qu'il s'agissait-là de locaux destinés à l'archivage, et dès lors manifestation d'immeubles industriels au sens de l'art. 57 lit. b in fine OPP2: "*Monsieur R. indique que l'Office des faillites n'a pas reçu d'offres écrites préalables. Monsieur Ga., acquéreur potentiel, pose diverses questions concernant les WC se trouvant dans le corridor donnant accès aux locaux; Madame S., qui est également présente, indique que ceux-ci ne font pas partie des lots vendus. Monsieur R. mentionne clairement que les documents (archives) actuellement présents dans les locaux, sont à débarrasser et les coûts de déblaiement sont à la charge du*

nouvel acquéreur. A ce propos, l'Office des faillites va demander auprès des anciens copropriétaires, si la destruction des divers documents peut intervenir; l'Office des faillites donnera ensuite son accord pour détruire ces archives. La vente des archives débute avec un prix de base de frs 10'000.-. Deux acquéreurs manifestent leur intérêt. Après différents enchérissements, les locaux sont adjugés aux Etablissements des Charmettes SA pour un prix de frs 35'000.-" (pièce 74 du mémoire des défendeurs, réplique). Ces immeubles ne pouvaient donc en principe être mis en gage que jusqu'à concurrence de la moitié de leur valeur vénale. Dans la mesure où ils seront finalement vendus pour frs 35'000.-, ce qui donne à penser qu'ils étaient sans doute loin de valoir les frs 100'000.- indiqués dans la cédule, il y a lieu de constater que le prêt était probablement insuffisamment garanti.

Quoiqu'il en soit, à côté de cela, un montant de frs 102'988.- de cotisations arriérées figurait encore sous la dénomination d'actifs transitoires au bilan de l'année 1993 (pièce 53 du mémoire des défendeurs S. - M.), celles-ci étant également qualifiées de prêt à l'employeur (cf. document "Etat de la fortune au sens des art. 54 à 57 et suivants OPP2" sous pièce 59 du mémoire des demandeurs dans la cause J. SA).

Dans l'ensemble, les créances détenues par la fondation à l'encontre de l'employeur représentaient donc au 31 décembre 1993 près de 40% des actifs de la fondation.

Les limites réglementaires étaient donc déjà clairement dépassées à la fin de l'année 1993. Ces limites visant principalement à définir un cadre réglementaire assurant le respect des principes légaux de l'art. 71 LPP censés guider les fondations de prévoyance dans leur politique de placement, il y a lieu de constater ici que ces principes légaux n'étaient pas respectés par les défendeurs, qui se trouvaient du même coup en infraction avec l'art. 4 des statuts de la fondation: "*Le conseil de fondation décide librement de la forme des placements des avoirs de la fondation dans le cadre des prescriptions de la LPP (art. 71) et de l'Ordonnance OPP2 (art. 53 et ss) mais tiendra toutefois compte des exigences de la sécurité des placements, d'un rendement raisonnable, d'une répartition appropriée des risques et des besoins prévisibles de liquidités*" (pièce 3 du mémoire des demandeurs).

dd. Couverture des besoins prévisibles de liquidités

En violation avec les prescriptions, notamment celles réglementaires, valant en matière de placements, le système de prévoyance professionnelle mis en place par l'employeur et notamment exécuté par les trois défendeurs a donc occasionné un manque de liquidités à la fondation LPP. C'est dire qu'outre les principes légaux de sécurité et de répartition des risques en matière de placement, les défendeurs ont également attenté au principe légal de couverture des besoins prévisibles de liquidités.

Dans le bilan de la fondation LPP au 31 décembre 1993, au bilan des actifs, seuls les frs 43'326.- du compte BEF, soit environ 8% des actifs, étaient immédiatement disponibles. A côté de cela, il existait également divers titres pour frs 49'000.- (actions T. H. SA et SI P.), qui auraient également pu être réalisés à court terme. Au regard du total des actifs (frs 516'767.20), cela n'en représentait toutefois que le 18% (cf. pièce 53 du mémoire des défendeurs S. - M.).

Dans ces conditions, la fondation n'était clairement pas en mesure de garantir le paiement des prestations à verser, notamment celles de libre passage.

Les placements litigieux dont il a été question plus haut n'étaient pour leur part pas immédiatement disponibles.

La créance détenue à l'encontre de S. SA avait ainsi fait l'objet le 10 septembre 1992 d'une déclaration de remise de dette par la fondation: "*Les soussignés déclarent qu'ils ne demanderont pas le paiement de leur créance de frs 160'000.- figurant dans le bilan précité et qu'ils y renonceront partiellement ou totalement dans la mesure où cela sera nécessaire pour que tous les autres créanciers soient entièrement couverts. En cas d'exécution forcée, les soussignés renoncent expressément à prendre part à cette procédure (...) Les créanciers soussignés se déclarent d'accord pour que l'information du juge, au sens de l'art. 725 al. 2 CO, n'intervienne pas. Cette déclaration reste valable jusqu'à ce qu'il ressorte du bilan de la société S. SA que les actifs suffisent à couvrir tous les engagements*" (pièce 27 du mémoire des demandeurs), ce qui atteste manifestement que le prêt en question avait été conclu dans l'intérêt avant tout de la société S. SA, laquelle était, comme il a déjà été évoqué, en relation d'affaires avec l'employeur et administrée, notamment, par S.. Cette déclaration de remise de dette empêchera en 1996 la dénonciation du prêt par le curateur et, partant, son remboursement: "*Nous portons à votre connaissance que le prêt dont il s'agit est postposé selon déclaration de remise conditionnelle de dette du 10 septembre 1992 dont photocopie est annexée. Le rapport de gestion du conseil d'administration du 1^{er} mai 1996 à l'assemblée générale des actionnaires préconisait le maintien des postpositions de créances des actionnaires et l'assemblée générale ordinaire des actionnaires du 28 juin 1996 a approuvé cette proposition. En conséquence, nous avons le regret de vous informer que nous ne serons pas à même de rembourser ce prêt comme demandé*" (cf. courrier du 8 août 1996 de S. SA, pièce 66 du mémoire des demandeurs dans la cause J. SA).

Quant au prêt consenti à l'employeur, il figurait dans les comptes de ce dernier comme une dette à long terme (cf. pièces 32 et 46 du mémoire des demandeurs et 52 du mémoire des défendeurs S. - M.), à côté des hypothèques bancaires. Il n'a par ailleurs jamais été remboursé, si bien qu'on peut valablement se demander si ce prêt, compte tenu des difficultés que commençait alors à rencontrer l'AAA S. SA, n'avait pas représenté un risque dès le départ.

ee. Responsabilité de S.

S. a mis en place le système de prévoyance professionnelle décrit ci-dessus et dans lequel les intérêts des sociétés primaient celui des employés et l'a cautionné jusqu'à son départ à la retraite, agissant à tout le moins par négligence grave.

Plus grave, en septembre 1992, au moment où S. SA proposait le remboursement de sa créance à la fondation obligatoire, il a préféré que celui-ci s'opère en faveur de la fondation surobligatoire, faisant à cette occasion valoir une triple casquette d'employeur et de gestionnaire des deux fondations, obligatoire et surobligatoire, ceci alors même qu'il était encore administrateur de la société S. SA (cf. pièces 9, 12, 13 et 15 du mémoire des demandeurs). Il a par la suite inévitablement bénéficié de ce remboursement lorsqu'il a quitté la fondation cadres. En effet, son compte-vieillesse lui a été remboursé le 22 décembre 1992 (cf. courrier du 16 décembre 2004 d'B. à S., adressé dans le cadre de la liquidation de la fondation cadres, pièce 97 du mémoire des demandeurs, réplique), ceci pour un montant de frs 206.665.25, celui de M. étant remboursé le 13 décembre 1993 pour un montant de frs 157'397.- (cf. bilans de la

fondation cadres, annexés au rapport du 20 septembre 1994 de la fiduciaire J. SA, pièce 77 du mémoire des demandeurs, réplique).

Au vu de tout ce qui précède, il est indéniable que la responsabilité personnelle de S. est engagée.

ff. Responsabilité de M.

Dans la mesure où il a cautionné toute la politique de prévoyance professionnelle mise en place par S., M. doit également être reconnu responsable, à tout le moins de négligence légère.

Il a du reste, comme on vient de le voir, également profité des agissements de S. en percevant un important montant lorsqu'il a quitté la fondation cadres.

gg. Responsabilité de la Fiduciaire J. SA

J. a déclaré devant le juge de police de la Sarine, à F., le 20 mai 2003: "*Je suis réviseur des fondations LPP depuis 1985*" (pièce 20 du mémoire des demandeurs, p. 2). Il ne saurait dès lors se prévaloir de ne pas avoir été au courant du système de prévoyance professionnelle mis en place.

Pour sa part, E., alors chef du service de surveillance, indique que les comptes de la fondation étaient transmis avec retard et directement par la fiduciaire J. SA et non par la fondation LPP elle-même: "*Je précise tout d'abord qu'il y avait du retard dans la transmission des comptes. Je précise aussi que c'est le cas pour d'autres fondations dans ce canton. Je précise aussi que les comptes étaient envoyés par l'organe de contrôle et non par la fondation, ce qui est contraire à la réglementation à ce sujet*" (audition du 4 octobre 2001 de E. par le juge d'instruction, in pièce 6 du mémoire des demandeurs dans la cause contre J. SA). Cette façon de procéder atteste d'un certain flou dans la répartition des tâches et d'une implication de l'organe de révision dans la tenue de la comptabilité de la fondation, qu'elle était censée par la suite contrôler en toute indépendance.

Cette situation était propre à faire naître un conflit d'intérêts.

Si J. s'est défendu d'avoir manqué d'indépendance vis-à-vis de la fondation, il n'en a pas moins reconnu avoir participé à la tenue de la comptabilité de celle-ci: "*Je ne reconnais pas avoir établi les bilans et comptes PP de ces fondations. Lors de mon audition du 7 juin 2001, ce que j'ai dit a été mal retranscrit. J'ai participé à la compatibilité mais elle était tenue par le comptable de la société. C'est lui qui a estimé les créances. En fait, ça a toujours été mes collaborateurs qui ont établi ces documents à savoir MM J., Bo. et Mo. Ce sont eux qui ont proposé les corrections des comptes. Il y a eu deux personnes qui agissaient: l'une conseillait les corrections et une autre procédait à la révision. Je n'en ai pas parlé aux juges, parce que je considérais cela comme étant bénin* (p. 2). *En ce qui concerne l'indépendance, je peux dire que je me sentais libre à l'égard des Fondations et de la société AAA (p.4)*" (parution de J. devant le juge de police de la Sarine, pièce 20 du mémoire des demandeurs). Dans ce même dernier document, le comptable de la fondation indique pour sa part que J. procédait bien aux boucllements des comptes de la fondation: "*Je faisais la comptabilité de la société et également des fondations LPP. Les écritures courantes étaient passées par le bureau; les boucllements et les bilans étaient établis par la P. ou la fiduciaire J.. L'estimation des titres était faite selon les relevés*

bancaires. La fiduciaire contrôlait la tenue de la comptabilité. J'ai eu des contacts avec M. J. ou l'un de ses collaborateurs. M. J. m'a laissé l'impression d'agir en toute indépendance. Je faisais des projets de boucllements. C'était la fiduciaire J. qui disait si on pouvait boucler selon ce projet (p. 4)" (audition de Ca., chef-comptable de l'AAA S. SA, in pièce 20 du mémoire des demandeurs).

Des prestations de la fiduciaire J. SA relatives à des travaux de comptabilité concernant la fondation LPP - notamment l'établissement de son bilan - ont bien été facturées à l'adresse de l'AAA S. SA: *"concerne Fonds de prévoyance LPP: travaux comptables et de révision relatifs à l'exercice 1991. Etablissement du bilan et du compte d'exploitation. Contrôle des écritures établies par P.. Correction des comptes P.. Etablissement du rapport de l'organe de contrôle. Entretien avec vous-même au sujet des comptes. (...) Etablissement du procès-verbal de l'assemblée. (...) Nos honoraires, frais et débours: frs 2'420.-. (Facture du 26 octobre 1992, pièce 56 du mémoire des demandeurs dans la cause J. SA; cf aussi les factures du 20 octobre 1993 et du 17 juillet 1995). Selon un ancien président de la Chambre fiduciaire, cette façon de faire serait contraire aux règles de l'art: "Je ne suis pas en rapport contractuel avec M. J.. J'ai été président de la Chambre fiduciaire pendant 4 ans, soit jusqu'à l'année dernière. La Chambre a publié des directives en 1992 et les a revues en 2001. Ces directives disent que l'organe de révision doit être indépendant de l'actionnariat de la société. Il ne doit pas interférer dans l'établissement du bilan" (audition de Mo., expert-comptable, in pièce 20 du mémoire des demandeurs, p. 8).*

Pour l'autorité de surveillance, le travail accompli par la fiduciaire J. SA ne présentait pas toutes les garanties d'indépendance. En outre, les prescriptions en matière de LPP n'étaient pas suivies et ceci a eu pour effet d'entraîner des pertes: *"Je recevais les comptes de la Fiduciaire et non des fondations. Il y avait aussi les rapports de révision. Depuis lors, j'ai appris que dans le canton de F., c'était la pratique. Ce n'était pas le cas où j'étais avant. Cela m'a interpellé. Si on a dénoncé le cas, c'est qu'il n'y avait pas l'indépendance requise. (...) Aujourd'hui, je dirais que les rapports de confiance entre l'organe de contrôle et l'autorité de surveillance sont rompus. Monsieur J. n'applique pas la LPP. (p. 5) Je ne peux pas apporter un jugement de valeur sur l'activité professionnelle de M. J.. Ce que je peux dire, c'est que je regardais 5 fois plus attentivement que les autres les rapports qu'il nous adressait (p. 6) Si J. avait été l'organe de révision idéal, on aurait pu réagir plus vite donc prendre des mesures moins lourdes. On aurait pu liquider la fondation plus tôt et subir moins de pertes" (p. 6) (audition de E., chef du service cantonal de surveillance des fondations et institutions de prévoyance, in pièce 20 du mémoire des demandeurs).*

Le président de la fondation LPP allègue pour sa part ne se souvenir d'aucun avertissement émis par la fiduciaire J. SA dans le cadre de son mandat de contrôle: *"Avez-vous été mis en garde sur l'obligation de respecter les exigences légales? Non, pas à ma souvenance. Vous me dites que la fiduciaire J., dans ses rapports, a attiré notre attention sur des placements qui dépassaient les limites légales, je ne me souviens pas de cela. Vous me faites état des courriers adressés par le Service de surveillance des fondations, en 92, 93, 94 et 95. Je ne me souviens pas de ces courriers" (audition de B. devant le juge d'instruction, pièce 6 du bordereau des demandeurs, p. 4).*

Quoiqu'il en soit, les manquements de la fiduciaire J. SA peuvent être constatés à la lecture de ses rapports d'organe de contrôle de la fondation LPP. Dans son rapport du 5 octobre 1989, relatif à l'exercice 1988 (pièce 39 mémoire des défendeurs S. - M.), elle

fait une première mention du prêt S. SA sans pour autant signaler que celui-ci, augmenté de ses intérêts, représente alors 66 % des actifs de la fondation (frs 156'000.- sur frs 234'001.80). Dans son rapport du 1^{er} juillet 1991, relatif à l'exercice 1990 (pièce 23 du mémoire des demandeurs), elle indique: "*L'état de la fortune sociale et des résultats répond aux règles établies par la loi et les statuts pour les évaluations en matière de bilan. La perception des cotisations, le versement des prestations et le placement de la fortune sont conformes aux dispositions légales, statutaires et réglementaires, (...) les comptes individuels de vieillesse sont tenus en application de l'article 11 de l'Ordonnance*". Or, à cette époque, le prêt consenti à S. SA représente encore 38% des actifs (frs 177'352.- sur frs 465'961.40). Plus grave, dans son rapport du 20 juillet 1992, relatif à l'exercice 1991 (pièce 29 du mémoire des demandeurs), elle observe que tout est en ordre d'un point de vue légal: "*La perception des cotisations, le versement des prestations et le placement de la fortune sont conformes aux dispositions légales, statutaires et réglementaires*". Or, ce rapport a été rédigé après le premier avertissement du service de surveillance du 27 février 1992 (pièce 28 du mémoire des demandeurs / pièce 43 du mémoire des défendeurs S. - M.) et alors que le prêt S. SA représente toujours 37 % des actifs (frs 191'540.- sur frs 505'195.30) et le moins que l'on puisse dire est qu'il ne reflète pas la réalité.

Au final, J. admet tout de même avoir été au courant de la politique de placement de la fondation LPP. Il admet également ne pas avoir demandé à consulter les comptes de l'employeur. Il reconnaît en outre avoir commis au moins une erreur, en 1991, année où il considère que la LPP venait d'entrer en vigueur, alors qu'elle l'était déjà depuis le 1^{er} janvier 1985: "*Je savais que le montant investi dans les fonds LPP l'étaient dans des sociétés proches de l'employeur. A l'époque, les sociétés marchaient bien. Je ne pouvais pas choisir les sociétés à qui cet argent était prêté. J'étais mis devant le fait accompli. J'acceptais comme valeur des actions le prix d'achat, soit le prix historique. C'est une des possibilités admises par le CO. Je ne me rappelle pas si j'ai demandé les bilans en 1992. Les primes impayées chez AAA ont passé de frs 34'000.- à 112'000.- de 1991 à 1992 et M. Egger le savait. En tout cas, en 1995, il le savait. Je ne me souviens pas avoir demandé les comptes AAA 1993 lesquels faisaient état de la perte de frs 73'000.-. A l'époque, AAA n'était pas soumis à l'art. 725 CO. Il s'agissait d'un bureau d'architecture. Il y a des années à pertes et des années à bénéfice. Vu la nature de l'activité, cela peut varier. L'administration ne m'a pas dit qu'il y avait des pertes (p. 4). J'ai peut-être fait une erreur en 1991. C'était la première année de l'entrée en vigueur de la LPP. Dès 1992, mes rapports étaient en ordre (pièce 20 du mémoire des demandeurs).*"

Il découle de tout ce qui précède que la fiduciaire J. SA n'a pas correctement accompli son mandat de contrôle. Sa responsabilité est clairement engagée en ce qui concerne le prêt S. SA et elle l'est tout autant en ce qui concerne l'immobilisation du prêt à l'employeur: l'on pouvait en effet attendre d'elle qu'elle demande à examiner les comptes de toutes les entreprises auxquelles des prêts étaient consentis, dont bien évidemment ceux de l'employeur. Il ne lui aurait ainsi pas échappé que le prêt figurait dans la comptabilité de l'employeur aux côtés des dettes hypothécaires à long terme (cf. pièce 32 du mémoire des demandeurs).

La fiduciaire J. SA a ainsi agi à tout le moins par négligence grave, J. ayant à plusieurs occasions valablement engagé sa société (art. 55 al. 2 CC).

c) Causalité

Les faits et actes précédemment décrits et qui ont engagé la responsabilité des anciens organes sont, de par leur nature, propres à occasionner un dommage à la fondation LPP demanderesse.

Ceci est particulièrement clair en ce qui concerne S. et M., qui, en leur qualité de gestionnaires de la fondation de prévoyance, ont décidé et appliqué la politique de placement de la fondation LPP.

Les manquements de la fiduciaire J. SA sont également de nature à causer un dommage. Non seulement n'a-t-elle pas dissuadé les membres du conseil de fondation LPP de procéder à des placements irréguliers, mais encore n'a-t-elle notamment pas signalé dans ses rapports, comme d'autres organes de contrôle ont pu le faire, que le prêt consenti à S. SA avait fait l'objet d'une remise de dette ayant entraîné la postposition de la créance. Ceci aurait pu permettre, cas échéant, à l'autorité de surveillance de dénoncer le prêt: *"En ce qui concerne S., je reproche à M. J. de ne pas avoir dit que la créance issue du prêt le plus important ne valait rien. Il ne peut pas être postposé et la garantie de l'article 58 OPP n'était pas donnée dans ce cas. L'organe de contrôle aurait dû le signaler. Si on avait connu la postposition, on aurait pu prendre d'autres mesures, par exemple, ordonner une affiliation à une autre fondation ou à une supplétive. C'est ce qu'on a fait dans un autre dossier que j'aimerais citer. Des mesures pourraient être prises pour éviter la faillite de l'entreprise, notamment la constitution d'une autre fondation (p. 5). Dans 2 autres cas, on a agi différemment. Dans l'un des cas, on n'a pas entendu le remboursement, on a dénoncé le prêt. Dans l'autre, le prêt a été remboursé car on a pu attendre la vente de l'immeuble (p. 6). Je vous remets des rapports de révision d'autres fondations faisant mention du prêt S. pour les années 1993-1994-1995. On voit que l'organe de révision mentionne la postposition du prêt ainsi que la créance à ICA. Dans ces cas, les fondations m'ont répondu et ont annoncé la dénonciation du prêt consenti (p. 6). La postposition pose des problèmes en soi vu les diverses normes en vigueur. Elle peut être acceptée moyennant la réalisation de 7 conditions restrictives. L'une d'elles est l'approbation de l'autorité de surveillance et elle n'a pas été donnée (p. 7) "* (audition de E., in pièce 20 du mémoire des demandeurs).

Pour autant, les défendeurs se prévalent d'une interruption du lien de causalité.

Ils invoquent l'inaction du service de surveillance qui était au courant de la situation de la fondation. Ainsi, la fiduciaire J. SA n'avait selon elle plus à attirer l'attention des autorités de surveillance.

Dans la mesure où ils n'ont absolument tenu aucun compte des courriers du service de surveillance, l'argument relatif à l'inaction de celui-ci ne peut relever que de la mauvaise foi des défendeurs. Sans compter que sans la collaboration des organes de la fondation, la marge de manœuvre des autorités de surveillance devient limitée: *"Je précise aussi que ce n'est pas nous qui approuvons ou qui donnons la décharge à l'organe de contrôle, mais c'est le conseil de fondation. Nous ne faisons que surveiller. Mme V. a tout d'abord demandé la correction d'un prêt qui ne correspondait pas aux règles à ce sujet. (...) Nous ne sommes qu'un organe de surveillance. Nous pouvons constater qu'il y a des violations mais nous ne pouvons pas prendre des mesures de contrainte. Dans des cas extrêmes, nous pouvons demander la destitution du conseil. Dans le cas présent, s'il y a eu destitution du conseil, c'est aussi en raison du rôle de l'expert qui est un autre partenaire en matière de prévoyance. (p. 2) Que peut faire l'organe de contrôle s'il constate que les règles de la LPP ne sont pas respectées? Il doit fixer un délai pour rétablir la situation,*

nous informer et on se met ensuite avec lui pour essayer de faire respecter la réglementation. (...) Il est vrai qu'on a eu plusieurs séances avec eux. Je ne peux pas nier que j'ai été tenu au courant régulièrement. En revanche, je n'étais pas au courant de tous les faits, par exemple la remise conditionnelle de dette de S., je n'en ai jamais eu connaissance. Je n'avais pas non plus connaissance de la valeur des placements (p. 5)" (audition de E. par le juge d'instruction, pièce 6 du mémoire des demandeurs dans la cause contre J. SA). Dès lors, il va de soi qu'une inaction des autorités de surveillance ne saurait en l'espèce avoir interrompu le lien de causalité entre les actes ou manquements des défendeurs et le dommage subi par la fondation.

Les défendeurs se plaignent encore des actes commis par le curateur-liquidateur de la fondation, qui aurait engagé des poursuites - même pénales - inconsidérées contre eux ou contre les autres associés, et qui aurait en outre bradé les actifs de la fondation dans l'exercice de son mandat, au demeurant exécuté à grands frais, prenant ainsi une part de responsabilité dans la commission du dommage.

Sur ce point, il y a lieu de constater que les dispositions prises par le curateur-liquidateur ne sauraient avoir eu pour conséquence d'interrompre le lien de causalité. Cela étant, il est impossible de retenir en l'espèce un manquement, intentionnel ou par négligence, de ce dernier dans l'exercice de ses mandats de curatelle ou de liquidation, qui n'ont à tout le moins pas été facilités par la complexité de la situation, laquelle résultait avant tout du système de prévoyance professionnelle qu'il n'avait de toute évidence personnellement pas contribué à mettre en place. Sur la question précise de la vente bradée d'un immeuble aux enchères, il est manifeste qu'une réalisation forcée entraîne une moins-value. De plus, dans le cas d'espèce, il est probable que l'immeuble en question n'avait pas, au vu notamment de sa description (pièce 74 du mémoire des défendeurs) et de sa faible valeur locative (cf. baux à loyer, pièce 57 du mémoire des défendeurs), la valeur vénale estimée par les défendeurs. Dès lors, également, tout argument relatif à de prétendus manquements du curateur-liquidateur, lequel a au demeurant accompli ses mandats avec toute diligence requise, ne sera pas pris en compte dans le calcul du montant du dommage.

d) Solidarité

Dans le même ordre d'idée, les défendeurs S. et M. estiment que leur libération résulte des règles sur la solidarité. Ils soutiennent en effet que l'accord passé entre le liquidateur et les autres anciens gestionnaires de la fondation LPP (à savoir, selon les explications données à la Cour par la demanderesse le 13 décembre 2004, B., D., G. et L.) pour un montant de frs 140'000.-, a eu pour effet de libérer tout le cercle des débiteurs solidaires, dont ils font partie.

Les défendeurs perdent de vue que, en vertu des dispositions sur la solidarité ici applicables, le créancier peut à son choix exiger de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation, ceux-ci demeurant tous obligés jusqu'à l'extinction totale de la dette (art. 144 al. 1 et al. 2 CO). Or, le versement de frs 140'000.- par les autres anciens gestionnaires ne saurait à l'évidence couvrir, comme il sera vu ci-après, l'entier du montant du dommage causé, de sorte que l'extinction totale de la dette, qui pourrait avoir un effet libératoire, n'est ici pas établie. Enfin, les défendeurs ne sauraient se prévaloir d'un accord auquel ils n'ont à l'époque pas voulu adhérer, des pourparlers dans ce sens entre eux et le liquidateur n'ayant pas abouti, manifestant par là une forme de refus de cette solidarité aujourd'hui invoquée.

Dans ces conditions, on ne voit pas ce que la production du document attestant de l'accord passé entre le liquidateur de la fondation de prévoyance et les autres débiteurs pourrait y changer, la requête formulée dans ce sens étant ainsi rejetée. Il sera en revanche tenu compte du montant ayant été versé à la suite de cet accord dans la fixation du montant du dommage.

e) Dommage

Il reste à établir le montant du dommage qui a été occasionné à la fondation LPP

aa. Pour la fondation demanderesse, le dommage qui lui a été causé se monte à frs 457'163.45 en ce qui concerne la fiduciaire défenderesse et à frs 459'913.20 en ce qui concerne les deux défendeurs, la différence s'expliquant par les intérêts et les frais engagés avant le procès, ces deux postes ayant été arrêtés au moment du dépôt des actions, intentées à 11 mois l'une de l'autre. Dans l'ensemble, les montants recherchés sont composés de sous-postes.

Tout d'abord, la perte d'actifs se monte à frs 268'436.25. A celle-ci s'ajoutent les intérêts, calculés à 5% l'an, à partir du 1^{er} janvier 2005, pour un montant de frs 110'729.95, respectivement frs 121'914.80.

A côté de cela, les frais de liquidation sont estimés à frs 70'204.45, respectivement frs 61'769.35, et comprennent notamment divers frais contractés auprès de P., des frais de poursuite, des frais engagés auprès de la Commission fédérale de recours, ainsi que des émoluments versés au registre du commerce ainsi qu'au registre foncier, pour un montant de frs 7'792.80. A ceux-ci s'ajoutent les frais de liquidation proprement dits, soit la rémunération du curateur pour son rapport (frs 28'041.40) ainsi que des frais d'action pénale (contre la fiduciaire défenderesse, frs 26'130.50) et des frais avant procès (respectivement frs 16'032'55 et frs 33'727.95).

Les trois défendeurs, dans leur argumentation subsidiaire, contestent ces montants, notamment en ce qui concerne les frais de liquidation, jugés exagérés, et les intérêts, calculés à 5% l'an, alors qu'en matière de prévoyance professionnelle, les rendements réalisés par les fondations ont dans l'ensemble été nettement inférieurs. De plus, ils imputent au liquidateur une partie de la perte des actifs, qui auraient été bradés par lui. Comme il a été dit plus haut, ce dernier argument peut toutefois, d'emblée, être écarté.

bb. Afin de fixer le montant du dommage de la manière la plus rigoureuse possible, il s'agit à nouveau de ne pas perdre de vue la finalité de l'action qui a été intentée contre les trois défendeurs. Or, celle-ci tend à recouvrer un dommage qui a pu être causé soit par intention soit par négligence. Dès lors, le remboursement de certaines pertes qui ont pu être occasionnées à la fondation dans un contexte économique particulier qui ne saurait être imputable aux gestionnaires, in casu, la crise immobilière, ne saurait être exigé de ceux-ci. En clair, seuls les investissements n'ayant pas été faits dans les règles de l'art, à savoir ceux qui l'ont été en infraction avec la LPP, devraient être pris en compte.

Or, précisément, les règles édictées par la LPP ayant pour but principal de sauvegarder les intérêts des assurés, il s'agit au final de réintégrer, dans la mesure du possible, ces derniers dans leurs droits.

A cet égard, il y a lieu de relever que, selon les estimations faites par le curateur-liquidateur devant le juge pénal au mois de mai 2003 lors de la parution de J., soit au moment du dépôt de l'action contre la fiduciaire de ce dernier, un montant de frs 280'000.- devait encore être versé aux assurés: "*Déclaration de B.: Je confirme mes déclarations faites à l'enquête ainsi que mon rapport: Le montant total des pertes des deux fondations s'élève à environ frs 500'000.-. Le fonds de garantie a dû intervenir, à l'heure actuelle, pour un montant de frs 412'000.- La créance S. SA a été totalement encaissée. En ce qui concerne le bilan au 31.12.1995, sous la rubrique actifs, les pertes sont les suivantes: - titres S. P.: frs 4'000.-, titres T.: cédés pour frs 13'000.-, prêt à S. P.: frs 19'000.-, prêt AAA S.: perdu, - part. F.: perdue, - montants versés indûment: non récupérés. Il reste environ frs 70'000.- et un montant de frs 280'000.- doit encore être versé aux assurés*" (pièce 20 du mémoire des demandeurs).

Il est intéressant de constater que ce montant correspond à peu de choses près au dommage qui résulte directement des deux principaux manquements aux règles sur le placement qui ont été constatés par la Cour de céans. Et c'est en effet le prêt perdu consenti à l'employeur ainsi que l'important prêt consenti à la société S. SA, qui, du fait de la remise de dette, n'était plus disponible à un moment où il aurait dû l'être, qui doivent ici essentiellement être pris en compte. Si le prêt S. SA a finalement bien été remboursé avec, semble-t-il, des intérêts, lesquels n'ont toutefois jamais été perçus que de manière comptable avant le remboursement, il n'en demeure pas moins que si celui-ci n'avait pas été irrégulièrement immobilisé et qu'il avait pu, comme il se doit, être employé à payer les prestations de libre passage réclamées par les employés au moment où elles l'ont été, l'avenir de la fondation n'aurait très vraisemblablement pas été aussi lourdement hypothéqué.

Sont dès lors indubitablement dus un montant de frs 102'591.90, correspondant à la valeur du prêt à l'employeur au 31 décembre 1993 (cf. pièce 50 du mémoire des demandeurs) ainsi qu'un montant de frs 183'152.20, correspondant à la valeur du prêt S. SA au 31 décembre 1993 (cf. liste des actifs pour 1993, pièces 52 ter et 53 du mémoire des défendeur, ainsi que le document "Etat de la fortune au sens des art. 54 à 57 et suivants OPP2" sous pièce 59 du mémoire des demandeurs dans la cause J. SA), soit un total de frs 285'744.10 (seul le prêt à l'employeur est ici pris en compte, à l'exclusion des cotisations arriérées, lesquelles ne saurait fonder, on le rappelle, de responsabilité au sens de l'art. 52 LPP). Comme il a été précisé plus haut, les montants retenus sont arrêtés à la fin de l'exercice où M. quitte l'AAA SA (automne 1993) et où S. n'en est plus le président car il prend sa retraite (janvier 1994) et perd ainsi, manifestement, de son influence. A cet égard, l'on se rapportera aux inscriptions au RC relatives à l'AAA S. SA (pièce 9 du mémoire des demandeurs), qui attestent que ces deux départs datent formellement du 14 janvier 1994.

Pour le reste, les intérêts sur ce montant ne seront pas pris en compte dans le calcul du dommage. L'on peut en effet partir du principe que si celui-ci avait été disponible au moment où il aurait dû l'être, il aurait servi à couvrir les prestations de libre passage et n'aurait probablement pas généré à terme d'intérêts au profit de la fondation LPP. Cette façon de voir les choses se justifie en outre pour deux raisons. Premièrement, en ce qui concerne les intérêts qu'aurait en théorie pu rapporter le prêt à l'employeur à partir des années 1994 et suivantes, un tel manque à gagner résulte en réalité essentiellement de l'absence de réaction des gestionnaires restés en place après le départ de S. et de M., la fiduciaire J. SA n'ayant eu pour sa part la possibilité concrète de faire procéder au remboursement du prêt, dont elle a par ailleurs demandé la régularisation à partir de ces

années-là (cf. son rapport du 20 septembre 1994, pièce 50 du mémoire des demandeurs), raison pour laquelle, d'ailleurs, sa responsabilité doit également être arrêtée au 31 décembre 1993. Deuxièmement, en ce qui concerne le prêt S. SA, comme il vient d'être précisé, celui-ci a en fin de compte pour sa part généré des intérêts qui ont pu profiter à la fondation LPP.

De même, les frais de liquidation ne font pas partie du dommage. En effet, l'art. 52 LPP ne vise que la couverture du dommage causé à la fondation dans le cadre de sa gestion ou de son contrôle et dans une certaine mesure, les frais de liquidation ici recherchés apparaissent pour l'heure et avant tout comme un dommage causé à la société du curateur-liquidateur. Au demeurant, il ne ressort pas clairement de la loi que les frais générés par la liquidation d'une fondation de prévoyance entraînent de facto la responsabilité personnelle des anciens gestionnaires ou de l'organe de contrôle. Si l'on opère une comparaison analogique avec les frais découlant de la faillite, ceux-ci seront au contraire en principe d'abord remboursés par le produit de la réalisation (cf. art. 144 al. 3 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP; RS 281.1]), et non par les responsables de la faillite. Enfin, il y a lieu de constater que les frais découlant de la liquidation de la fondation ont été occasionnés à partir de 1998 (respectivement à partir de 1996 en ce qui concerne ceux occasionnés au cours du mandat de curatelle), soit à un moment où S. et M. s'étaient retirés de la fondation. Ces frais relèvent en outre principalement de la gestion de cette dernière et non de son contrôle, de sorte que la fiduciaire J. SA ne saurait pour sa part également devoir en répondre.

Du montant de frs 285'744.10, il convient enfin de soustraire le versement de frs 140'000.- effectué par les autres anciens gestionnaires.

C'est ainsi un montant de frs 145'744.10 que les trois défendeurs seront appelés à rembourser solidairement, avec, comme au demeurant l'a requis la demanderesse, intérêts à 5% au moment du dépôt des actions, soit à partir du 23 mars 2003 pour la fiduciaire défenderesse et du 3 février 2004 pour les défendeurs.

6. Des dépens doivent être accordés à la fondation demanderesse, qui bien qu'agissant en tant qu'autorité de droit public, y a en principe droit au terme d'une procédure menée au sens de l'art. 52 LPP (arrêt du 14 mai 2002 de la 1^{ère} chambre du Tribunal fédéral dans les causes B 85/00 et B/89/00). Ils seront fixés conformément aux dispositions applicables en matière de tarif, soit sur la base d'un tarif horaire de frs 230.- et sur le vu, notamment, des deux listes de dépens produites par son mandataire le 28 août 2009. A la lecture de celles-ci, au vu de la complexité de l'affaire et du nombre de documents figurant au dossier, mais compte tenu, en revanche, de l'admission seulement partielle des actions, de certains doublons dans les écritures déposées et du fait que c'est principalement à la lumière des documents figurant au dossier que l'opinion de la Cour a pu se faire, il se justifie de considérer que le mandataire a pu dans l'ensemble consacrer 65 heures de travail pour ce qui a essentiellement trait aux opérations strictement nécessaires effectuées pour le compte de la seule fondation LPP, étant rappelé sur ce dernier point que les actions qu'il a déposées pour le compte du Fonds de garantie ont pour leur part été rejetées, toutes les opérations y relatives ne sachant ainsi être prises ici en compte. Dès lors, les dépens se montent à frs 14'950.-, frais et débours compris, à quoi s'ajoute encore la TVA de 7,6% (frs 1'136.20), pour un montant total de frs 16'086.20.

A côté de cela, il ne sera pas alloué de dépens aux défendeurs, bien que ceux-ci obtiennent gain de cause sur la question de la qualité pour agir du Fonds de garantie qui succombe. En effet, dans la mesure où les arguments et opérations soulevés par eux l'ont été dans le cadre de la problématique, principale, liée aux actions intentées par la fondation LPP en vertu de l'art. 52 LPP, c'est à l'aune du sort de ces dernières actions qu'il s'agit en l'espèce de résoudre, globalement, la question des dépens.

I a C o u r a r r ê t e :

- I. Les actions du Fonds de garantie sont rejetées.
- II. Les actions de la Fondation LPP sont partiellement admises.

Partant, la fiduciaire J. SA, S. et M. sont solidairement condamnés à lui verser un montant de frs 145'744.10 au titre de réparation du dommage, avec intérêts à 5% à partir du 23 mars 2003 (pour la fiduciaire J. SA) et du 3 février 2004 (pour S. et M.).

- III. Des dépens de frs 16'086.20 (frs 14'950.- plus TVA à 7,6% sur ce montant) sont accordés à la fondation LPP. Ils sont solidairement mis à la charge des trois défendeurs qui succombent.
- IV. Aucuns dépens ne sont alloués aux défendeurs.

Trois recours (déposés non seulement par les défendeurs mais également par la Fondation LPP demanderesse) ont été interjetés contre cet arrêt auprès du Tribunal fédéral. Par ordonnance du 28 mai 2010, ce dernier a cependant pris acte d'une transaction des parties dans laquelle les trois défendeurs à la cause cantonale reconnaissent devoir ensemble la somme de 150'000 francs à la fondation LPP demanderesse et a ainsi prononcé la radiation de la cause du rôle. L'arrêt de la Cour est donc entré en force.

6.507.11; 6.507.12