



POUVOIR JUDICIAIRE

C/22911/2013

ACJC/1257/2019

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU JEUDI 29 AOÛT 2019**

Entre

A _____, sise rue _____, _____ Genève, appelante d'un jugement rendu par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 19 octobre 2018, comparant par Me Michel Bergmann, avocat, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B _____ **SA**, sise route _____, _____ (GE), intimée, comparant par Me Mike Hornung, avocat, place du Bourg-de-Four 9, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 16 septembre 2019.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/16455/2018 du 19 octobre 2018, notifié aux parties le 22 octobre 2018, le Tribunal de première instance a débouté A_____ (ci-après : A_____) de ses conclusions en paiement de 252'405 fr. 60, plus intérêts, à l'encontre de B_____ SA (ci-après : B_____ ; chiffre 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 36'950 fr., mis à la charge de A_____ et compensés avec les avances fournies par les parties, condamné A_____ à rembourser à B_____ 3'910 fr., ordonné la restitution de 4'190 fr. à B_____ (ch. 2), condamné A_____ à payer à B_____ 19'685 fr. TTC à titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).
- B.**
- a.** Par acte déposé au greffe de la Cour le 21 novembre 2018, A_____ a formé appel de ce jugement et conclu à son annulation. Cela fait, elle a conclu à ce que la Cour condamne B_____ à lui payer 252'405 fr. 60, subsidiairement, 246'513 fr. 50, les deux montants plus intérêts à 5% dès le 1^{er} novembre 2009, sous suite de frais et dépens.
- b.** B_____ a conclu au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement entrepris, sous suite de frais et dépens.
- c.** A_____ a répliqué et persisté dans ses conclusions.
- d.** B_____ n'ayant pas fait usage de son droit de duplique, la Cour a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger par avis du 4 avril 2019.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** A_____ est une fondation de prévoyance collective inscrite au Registre du commerce de Genève, dont le but social est de réaliser la prévoyance professionnelle des indépendants et des employés des entreprises qui s'y affilient contre les conséquences économiques de la perte de gain consécutive à la vieillesse, l'invalidité et le décès.
- b.** B_____ (anciennement C_____ SA, mais toujours désignée ci-après comme B_____) est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève dont le but social est les opérations en rapport avec l'actuariat, l'expertise, le conseil, le courtage, la gestion et la comptabilité dans le domaine de la prévoyance professionnelle, de l'assurance (toutes branches) et de la réassurance.
- B_____ est un intermédiaire d'assurance enregistré auprès de la FINMA.
- c.** D_____ (ci-après : D_____) est une fondation de prévoyance professionnelle inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le _____ 1994, dont le but

social est la prévoyance professionnelle dans le cadre de la LPP, en faveur du personnel de tout employeur qui adhère à la fondation et de prémunir le personnel, ainsi que les proches et survivants, contre les conséquences économiques de l'âge, du décès et de l'invalidité.

Son existence résulte de la collaboration de B_____ et deux autres personnes morales qui ont conclu, le 16 novembre 1993, une convention dans le but de collaborer pour la création d'une institution de prévoyance professionnelle des salariés de toute entreprise adhérente.

Selon cette convention, un mandat a été confié à B_____ qui s'est engagée à préparer et créer l'ensemble des outils nécessaires à la gestion de D_____ et à assurer la gestion de celle-ci selon le mandat donné par le conseil de fondation. Ce mandat a été conclu oralement et portait sur la gestion technique, administrative et comptable de D_____.

Le 21 juin 2012, D_____ a transféré l'intégralité de ses actifs et passifs à A_____.

d. Par contrat daté du 1^{er} avril 2005, D_____ a mandaté exclusivement B_____ pour la planification, la réalisation et l'administration de l'assurance-risque de personnes dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire.

Ce contrat prévoyait que "*C_____ SA est autorisé à demander des offres d'assurance au nom de la D_____, à mener les négociations correspondantes et à placer les assurances avec l'accord de la D_____*".

Il était également stipulé que "*en outre, avec le présent contrat de mandat, C_____ SA est autorisée, de demander des renseignements en vue d'informations relatives à l'assurance (couverture de risque, sinistralité, etc.) nécessaires à l'établissement à l'offre et à la négociation du contrat auprès des assureurs privés et sociaux y impliqués*".

e. Le 27 août 2009, D_____ et B_____ ont signé un contrat de mandat, par lequel la fondation délèguait à B_____ sa gestion administrative, technique et comptable, à l'exclusion des opérations de placement de fonds, ainsi que la gestion et le suivi des offres et l'actuariat-conseil.

Dans ce contrat, B_____ s'est engagée à effectuer toutes les tâches qui relevaient du mandat qui lui était confié avec diligence. Elle a garanti la conformité des prestations de services fournies avec la législation en vigueur. Elle s'est engagée à communiquer à D_____ toutes les informations relatives à l'administration de la fondation. Ce contrat ne fait pas mention d'une activité de courtage pour la réassurance.

E_____, administrateur de A_____, a déclaré au Tribunal que, selon sa compréhension, B_____ avait deux mandats pour D_____. Le premier était un mandat d'ordre administratif, technique et comptable. Le second était un mandat de courtage pour la réassurance. S'agissant du second mandat, la tâche de B_____ était d'identifier les risques qui devaient être couverts conformément au règlement de D_____, et en regard de ces risques, faire un appel d'offres afin de trouver la meilleure proposition de réassurance des risques décès et invalidité. Il s'agissait de faire une analyse de la meilleure proposition rapport qualité/prix.

B_____ conteste l'existence d'un contrat de courtage pour la réassurance.

f. D_____ dispose d'un règlement de prévoyance qui ne contient pas de disposition limitant au minimum prévu par la LPP les prestations dues par D_____ en cas d'augmentation de l'invalidité, lorsque la personne n'est plus assurée auprès de D_____.

g. Le litige porte sur la question de la couverture de réassurance souhaitée par D_____.

g.a A ce sujet et de manière générale, le Tribunal a retenu, ce qui n'est plus remis en cause en appel, que, pour les caisses de pension, en matière de couverture de risques et de réassurance, il existe deux stratégies distinctes, avec une multitude de variantes possibles combinant ces deux approches. La première stratégie consiste à faire le choix de couvrir l'intégralité de ses risques en faisant appel à un contrat de réassurance. Cette stratégie impose une congruence complète entre le règlement de prévoyance de la caisse de pension et le contrat de réassurance conclus avec l'assureur. La seconde stratégie consiste à assumer les risques sans réassurance, cas échéant avec la constitution de réserves financières appropriées. Enfin, il est possible de "*mixer*" les deux possibilités avec des réassurances partielles en fonction des choix de la caisse de pension. Il s'agira alors d'une congruence partielle, complétée éventuellement par des réserves comptables appropriées.

g.b Selon les déclarations de E_____ au Tribunal, le choix du conseil de fondation avait toujours été de couvrir intégralement les risques décès et invalidité par une réassurance complète. Selon le témoin F_____, "*membre du comité de gestion de la D_____ auprès de B_____*", il n'avait jamais été dans la philosophie de D_____ d'avoir des différences entre l'assurance et la réassurance. Selon lui, tant D_____ que B_____ avaient le souci de faire concorder assurance et réassurance pour le mieux des assurés. En outre, le contrôle de la congruence entre le contrat de réassurance avec la G_____ et les règlements de D_____ figurait dans les tâches de B_____. Elle devait vérifier que tous les affiliés de D_____ étaient assurés au mieux. C'était une priorité.

H_____, administrateur de B_____ depuis sa création, a déclaré au Tribunal que la stratégie de D_____ avait toujours été floue en matière de réassurance. La congruence à « l'échelle 1/1 » était un phénomène récent et cela faisait deux ou trois ans qu'il constatait des contrats de réassurance où l'on couvrait l'intégralité des risques. Ce n'était pas le cas auparavant. Il était question de congruences complètes, mais en réalité ce n'était jamais le cas. Il a affirmé ne pas avoir eu d'instruction de la part de la fondation au sujet du degré de réassurance, même s'il a admis que B_____ avait négocié le contrat de réassurance pour D_____. Celle-ci n'avait cependant pas demandé à B_____ que certains cas d'assurance - comme celui présentement litigieux concernant l'assurée I_____ - soient exclus du contrat de réassurance.

h. Le 18 avril 2005, D_____ a conclu un contrat portant sur la réassurance des risques d'invalidité et de décès avec J_____, pour une durée de 3 ans à compter du 1^{er} janvier 2005. J_____ est devenue par la suite G_____ (ci-après : la G_____).

Selon un courrier du 22 avril 2005 adressé à D_____, H_____ a écrit, en lien avec la conclusion du nouveau contrat de réassurance négocié par B_____ avec la G_____ que B_____ avait "*éliminé quelques lacunes de couverture qui subsistaient dans le contrat précédent*" et "*veillé à la concordance de la réassurance avec la nouvelle version du règlement de D_____ suite à la 1^{ère} révision de la LPP*".

Ce contrat a été renouvelé tacitement jusqu'au 31 décembre 2008.

Le 30 juillet 2008, D_____ et la G_____ ont conclu un nouveau contrat de réassurance, lequel est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

Ainsi que l'a constaté le Tribunal, ce qui n'est plus remis en cause en appel, le règlement de D_____ et le contrat de réassurance correspondant n'étaient pas entièrement congruents pour les prestations dues à une personne affiliée en cas d'augmentation subséquente de l'invalidité pour la même cause, lorsque cette personne n'était plus assurée auprès de D_____. Dans un tel cas, il n'y avait pas de réduction des prestations versées par D_____, alors que la G_____ les réduisait aux prestations minimales LPP, de sorte que D_____ devait supporter elle-même la différence sans pouvoir se prévaloir du contrat de réassurance.

i. K_____ est expert actuariaire en matière de prévoyance professionnelle. De 1994 à 2011, elle a été l'expert en prévoyance professionnelle de D_____ au sens de l'art. 52e LPP.

Le 12 juin 2009, K_____ a établi une "*attestation de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle conformément à l'art 53 al. 2 LPP*", où elle constate que D_____ a conclu un contrat de réassurance collective avec la

G_____, pour les risques invalidité et décès, sans noter de problème de couverture à ce sujet. Dans son rapport du 31 décembre 2010, K_____ a écrit : "*Comme [D_____] est entièrement réassurée pour les risques invalidité et décès auprès de la [G_____], aucune mesure de sécurité supplémentaire n'est nécessaire*".

Entendue comme témoin par le Tribunal, K_____ a affirmé avoir signalé en 2009 le problème de congruence entre le règlement de D_____ et le contrat conclu avec la G_____, car les réserves n'étaient pas suffisantes, mal calculées et trop basses, mais ne l'avait pas mentionné dans son rapport du 12 juin 2009. Elle a confirmé que la vérification du degré de couverture de D_____ faisait partie de ses tâches en tant qu'experte. Il lui appartenait de proposer toutes mesures de sécurité supplémentaires nécessaires. B_____ ne devait pas attirer son attention sur la non-congruence entre le règlement de D_____ et le contrat conclu avec la G_____.

Selon le témoin F_____, l'intervention de l'experte K_____ était complémentaire aux tâches de B_____. Selon lui, le vrai expert était B_____ qui connaissait parfaitement les besoins de son "*assuré*", soit la D_____. Il a affirmé qu'il appartenait à B_____ de s'assurer en premier de la congruence entre l'assurance et la réassurance. Il a souligné que le nouveau contrat de la G_____ contenait nettement moins de prestations que le précédent contrat.

Selon le rapport d'expertise judiciaire rendu le 24 mai 2017 par L_____ SA, l'expert en prévoyance professionnelle aurait dû *in casu* recommander la constitution d'une réserve technique.

Entendu en audience, les experts M_____ et N_____ ont exposé qu'il n'y avait pas d'obligation de faire des provisions techniques, si la fondation ne se déchargeait pas des risques invalidité et décès sur une société de réassurance. Ils avaient cependant observé que toutes les caisses procédaient ainsi.

j. Du 15 octobre 2007 au 21 janvier 2008, N_____ a travaillé auprès d'un employeur affilié à D_____, puis elle est tombée malade. Son droit à une demi-rente d'invalidité pour elle-même et une demi-rente d'enfant pour son fils a été reconnu par l'Office de l'assurance-invalidité (OAI) le 8 juin 2009, ce à compter du 1^{er} janvier 2009. D_____ a, à son tour, le 14 juillet 2009, reconnu des droits identiques au titre de la prévoyance professionnelle.

Par décisions des 8 novembre 2010 et 15 juillet 2011, l'OAI a alloué une rente entière d'invalidité pour N_____ et une rente entière d'enfant pour son fils, à compter du 1^{er} novembre 2009, puis, pour son second fils, à compter du 1^{er} février 2011. D_____, respectivement A_____, ont reconnu des droits identiques.

Une augmentation de l'invalidité avait donc eu lieu pour une personne n'étant plus assurée auprès de D_____, de sorte que celle-ci était obligée, selon son règlement, de servir des prestations excédant le minimum prévu par la LPP. Cependant, les prestations prévues par le contrat de réassurance ne couvraient pas cette éventualité, de sorte que D_____ ne disposait pas de prétention envers l'assureur pour les prestations excédant le minimum LPP qu'elle devait verser.

k. Selon le rapport d'expertise judiciaire du 24 mai 2017, L_____ SA a évalué le dommage subi par D_____ en lien avec les prestations dues à N_____ de la manière suivante :

Libérations des primes du 1.11.2009 au 30.06.2011	4'620 fr.
Rentes versées du 1.11.2009 au 30.06.2011	(8'931 fr. 75)
Réserves math. pour les libérations des primes futures	55'202 fr. 15
Réserve math., pour les rentes futures	183'234 fr. 85
Provision pour longévité	12'517 fr. 95
Intérêts de 4% sur les libérations de primes et les rentes	(129 fr. 70)

Soit un montant total de 246'513 fr. 50.

l. Par acte déposé le 14 avril 2014, A_____ a saisi le Tribunal d'une demande en paiement concluant à ce que le Tribunal, principalement, condamne B_____ et K_____, conjointement et solidairement, à lui payer 252'405 fr. 60 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} novembre 2009, subsidiairement, condamne B_____ seule à lui payer cette somme et, encore plus subsidiairement, condamne K_____ seule à lui payer cette somme, le tout avec suite de frais et dépens.

m. Dans son mémoire de réponse déposé le 15 septembre 2015, B_____ a conclu à ce que le Tribunal déboute A_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens.

n. Dans son mémoire de réponse déposé le 15 septembre 2015, K_____ a conclu à ce que le Tribunal, à la forme, rende une décision finale sur la seule question de la recevabilité de la demande en paiement formée par A_____ à son encontre, déclare irrecevable la demande en paiement formée par A_____ à son encontre et, sur le fond, déboute A_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens.

o. Dans sa réplique du 15 décembre 2015, A_____ a partiellement modifié ses conclusions, concluant désormais à ce que le Tribunal, préalablement sur la recevabilité, dise et constate qu'elle retirait la demande contre K_____ sans

désistement et que K_____ consentait à ce retrait, dise et juge que cette renonciation ne l'empêchait pas d'agir contre K_____ par devant l'autorité compétente *ratione materiae*. Pour le surplus, elle a persisté dans ses conclusions dirigées contre B_____.

p. Par jugement JTPI/6121/2015 du 27 mai 2015, le Tribunal a pris acte du retrait de la demande en paiement par A_____, sans désistement, à l'encontre de K_____ et pris acte de l'acceptation de ce retrait par celle-ci.

Ce jugement a été porté devant la Cour sur la question des dépens et a été confirmé pour le surplus.

q. Par jugement JTPI/7632/2016 du 13 juin 2016, le Tribunal a dit que A_____ disposait de la légitimation active dans le cadre de la présente procédure.

Ce jugement n'a pas fait l'objet d'un recours.

r. Dans ses plaidoiries finales écrites du 31 mai 2018, A_____ a intégralement persisté dans ses conclusions à l'encontre de B_____.

B_____ a également persisté dans ses conclusions le même jour.

s. Le 25 juin 2018, le Tribunal a gardé la cause à juger.

D. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a considéré qu'il n'existait pas de congruence entre le règlement de prévoyance de D_____ et les contrats de réassurance conclus entre D_____ et la G_____ pour certaines prestations. Il n'avait pas été possible d'établir quelle stratégie avait été choisie par D_____ en matière de réassurance (totale ou partielle). Il ne pouvait donc être reproché à B_____ de ne pas avoir respecté une stratégie qui n'était pas établie. En outre, les objectifs assignés à B_____ en matière de négociation du contrat de réassurance n'étaient pas connus. Enfin, la vérification du degré de couverture incombait à l'experte agréée, soit K_____, laquelle n'avait pas attiré l'attention de B_____ ou de D_____ sur la lacune de couverture.

EN DROIT

1. 1.1 Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales lorsque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 et 2 CPC).

Dès lors qu'en l'espèce les conclusions prises en dernier lieu par les intimés devant le premier juge tendaient au paiement de sommes en capital s'élevant à un total de plus de 250'000 fr., la voie de l'appel est ouverte.

1.2 L'appel a été interjeté dans le délai de trente jours (art. 311 al. 1 et 145 al. 1 let. a CPC) et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC).

1.3 La Cour doit vérifier d'office et même en l'absence de grief à cet égard la compétence à raison de la matière (art. 59 al. 1 et al. 2 let. b et 60 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 4A_291/2015 du 3 février 2016 consid. 3.2).

1.3.1 Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (notamment art. 52 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40]).

Cette disposition cantonale est la concrétisation de l'art. 73 LPP, qui prévoit, notamment, que chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. Ce tribunal est également compétent pour les prétentions en matière de responsabilité selon l'art. 52 LPP (art. 73 al. 1 let. c LPP).

1.3.2 A teneur de l'art. 52 al. 1 aLPP, dans sa teneur en vigueur avant le 1^{er} janvier 2012, 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 teneur actuelle de l'art. 52 al. 1 LPP est la suivante : "*Les personnes chargées d'administrer ou de gérer l'institution de prévoyance et les experts en matière de prévoyance professionnelle répondent du dommage qu'ils lui causent intentionnellement ou par négligence.*"

La notion de "*gestion*" prévue à l'art. 52 al. 1 LPP, ancienne et nouvelle teneurs, est difficile à déterminer (KIESER, LPP et LFLP, 2010, n. 15 ad art. 52 LPP).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la norme de responsabilité de l'art. 52 LPP entre en considération quelle que soit la forme juridique adoptée par l'institution de prévoyance. Elle prévoit une prétention directe de l'institution de prévoyance à l'égard d'un groupe limité de personnes responsables, parmi lesquelles, principalement, le conseil de fondation. La qualité d'organe peut être, à l'instar de ce qui est prévu à l'art. 52 LAVS (cf. ATF 126 V 237 et les références citées), purement factuelle (ATF 128 V 124 consid. 4a). Par exemple, si des tâches de la caisse de pension sont transférées à une entreprise de services et dans une ampleur qui implique que l'entreprise participe de façon effective et déterminante à la prise de décision dans un domaine de compétence important,

une position d'organe de fait doit être admise. Cette qualité ne dépend pas de l'inscription au registre du commerce, mais plutôt si et durant quelle période la position d'organe est effective (arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 15/05 et B 18/05 du 29 mars 2006 consid. 7.2).

Selon la doctrine, il faut se référer à l'art. 754 CO, ainsi qu'à la doctrine et à la jurisprudence y relatives pour déterminer plus concrètement la notion de "*gestion*" (KIESER, *op. cit.*, n. 17 ad art. 52 LPP; GNÄDINGER, *Haftpflichtkommentar - Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, 2016, n. 21 ad art. 52 LPP). Si certains auteurs limitent la notion de "*gestion*" selon l'art. 52 LPP à "*l'équipe dirigeante supérieure*" qui n'est pas soumise à un pouvoir d'instruction de niveau supérieur (KIESER, *op. cit.*, n. 18 ad art. 52 LPP), d'autres auteurs sont partisans d'une définition plus large, sans forcément exiger que l'organe concerné ne soit pas soumis à un pouvoir supérieur (GNÄDINGER, *Haftpflichtkommentar - Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, 2016, n. 25 ad art. 52 LPP). Selon ce dernier auteur, il faut englober les personnes qui prennent en charge des tâches de gestion ou d'administration sur la base d'une relation de mandat.

Plus précisément, la délégation par un organe de tâches à un tiers conduit à la décharge de la responsabilité des devoirs délégués. Ainsi, la délégation de devoirs d'organes réduit la responsabilité des "*déléguants*" face à l'institution de prévoyance (GÄCHTER, *Outsourcing von Pensionskassenaufgaben*, PJA 1/2003 p. 47). La responsabilité pour les actes commis dans ce cadre repose en premier lieu sur le contrat, donc une responsabilité contractuelle pour la bonne exécution des tâches confiées, mais la responsabilité peut aussi être du ressort de l'art. 52 LPP. Celui-ci ne s'applique pas à une délégation de tâches très limitée et proportionnée. C'est seulement lorsque la délégation atteint une certaine ampleur et qu'elle peut être définie comme une participation importante et effective aux décisions dans un domaine de tâches importantes - donc lorsque la position d'organe de fait peut être retenue - que l'application de l'art. 52 LPP intervient. Une telle intensité ne peut être atteinte que lorsque des domaines de compétence (*Geschäftsbereiche*) entiers (par exemple, la mise en œuvre de l'entier du règlement de l'institution) ou toute la gestion sont confiés à un prestataire externe. Même dans ces cas, il faut tenir compte des modalités de la délégation de compétence, soit notamment l'influence que se réserve l'organe paritaire et le degré d'indépendance du prestataire. L'application de l'art. 52 LPP a dans ce cadre pour conséquence - outre de définir la compétence matérielle - de que la responsabilité pour faute légère ne peut pas être exclue (GÄCHTER, *op. cit.* p. 47 et 48)

1.3.3 A teneur de l'art. 51a al. 2 LPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012, l'organe suprême de l'institution de prévoyance remplit les tâches suivantes, qui sont intransmissibles et inaliénables, soit notamment : définir les objectifs en matière

de prestations, les plans de prévoyance et les principes relatifs à l'affectation des fonds libres (let. b), édicter et modifier les règlements (let. c), établir et approuver les comptes annuels (let. c), organiser la comptabilité (let. g), nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion (let. j), prendre les décisions concernant la réassurance, complète ou partielle, de l'institution de prévoyance et le réassureur éventuel (let. l) et contrôler périodiquement la concordance à moyen et à long termes entre la fortune placée et les engagements (let. n).

Selon le message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 19 septembre 2008, la LPP en vigueur avant le 1^{er} janvier 2012 n'énumérait pas explicitement les attributions de l'organe suprême de l'institution de prévoyance et les obligations prévues par la loi incombait plutôt à l'institution de prévoyance dans son ensemble. Or, il était nécessaire de concrétiser les attributions de l'organe suprême, ne serait-ce que pour les délimiter clairement de celles de l'expert en prévoyance professionnelle et de celles de l'organe de révision. L'al. 1 énonce sous forme de principe les attributions de l'organe suprême, qui arrête les principes et objectifs stratégiques de l'institution de prévoyance. Il s'agit pour l'essentiel du système de financement, des objectifs en matière de prestations, des plans de prestations ainsi que des objectifs et des principes applicables à la gestion de la fortune. L'organe suprême arrête les principes de placement en tenant compte de la capacité de risque de l'institution de prévoyance; il définit l'organisation de l'institution de prévoyance et les moyens dont elle use pour atteindre ses objectifs. En outre, il répond de l'accomplissement des tâches que la loi confie de façon générale à l'institution de prévoyance (FF 2008 p. 7673).

1.3.4 En l'espèce, il est constant que l'intimée n'a jamais été inscrite au Registre du commerce en qualité d'organe de D_____. De surcroît, les parties ne soutiennent pas, et n'ont jamais soutenu, que l'intimée aurait occupé une position d'organe de fait au sein de D_____.

Si, certes, il ressort du dossier que des compétences larges ont été confiées à l'intimée dans la "*gestion technique, administrative et comptable*" de D_____, il n'en résulte pas que des compétences décisionnelles lui auraient été confiées qui permettraient de l'assimiler à un organe au sens juridique. Il appert bien plutôt que le caractère du contrat conclu, outre les questions de courtage qui seront discutées ci-après, constituait un mandat d'exécution de tâches relatives à la marche courante de la fondation, mais non de prise de décisions ou d'exercice d'attributions appartenant de par la loi au conseil de fondation. Bien que le spectre des tâches confiées à l'intimée était important, il n'emportait pas le transfert d'une compétence de participer de façon effective au processus décisionnel. Il ne s'ensuit pas de décharge de responsabilité des organes officiels. Il n'a d'ailleurs jamais été allégué que l'intimée aurait influencé les décisions du conseil de fondation ou agi à sa place.

Ainsi, l'activité de l'intimée, qui n'était pas organe de droit, ne pouvait pas être assimilée à celle d'un organe de fait, de sorte que les règles de l'art. 52 LPP ne sont pas applicables à l'examen de sa responsabilité. Il s'ensuit que ses relations avec D_____ doivent être examinées à l'aune du droit privé uniquement.

La compétence de la Chambre des assurances sociales est donc exclue. Le Tribunal a, à bon droit, reconnu la compétence matérielle des juridictions civiles.

1.4 Interjeté devant l'autorité compétente, l'appel est donc recevable.

- 2.** L'appelante reproche au Tribunal d'avoir rejeté son action en responsabilité contractuelle dirigée contre l'intimée et fondée sur l'absence de congruence entre le règlement de D_____ et le contrat de réassurance négocié par l'intimée.

2.1

2.1.1 La responsabilité du mandataire est subordonnée aux quatre conditions suivantes (art. 97 al. 1 CO) : la violation du contrat, le dommage, le rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation contractuelle et le dommage, ainsi que la faute. Le mandant supporte le fardeau de la preuve (art. 8 CC) des trois premières conditions (ou faits pertinents), ce qui signifie que, si le juge ne parvient pas à une conviction, n'est pas à même de déterminer si chacun de ces faits s'est produit ou ne s'est pas produit, il doit statuer au détriment du mandant (ATF 132 III 689 consid. 4.5; 129 III 18 consid. 2.6; 126 III 189 consid. 2b). En revanche, il incombe au mandataire, dont la faute est présumée, de prouver la quatrième condition, à savoir qu'aucune faute ne lui est imputable ("*à moins qu'il ne prouve...*"); il supporte ainsi le fardeau de la preuve des faits libératoires pour le cas où le juge ne serait pas convaincu de l'absence d'une faute (renversement du fardeau de la preuve; arrêt du Tribunal fédéral 4A_352/2018 du 25 février 2019 consid. 3.3).

2.1.2 Selon l'art. 412 al. 2 CO, les règles du mandat sont, d'une manière générale, applicables au courtage. Ainsi, le courtier répond du dommage qu'il cause intentionnellement ou par négligence au mandant en application des règles générales sur l'inexécution du contrat (art. 398 et 97 CO; ATF 110 II 276 consid. 2a et 2b; ATF 84 II 521 consid. 2d; TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd. 2016, n° 4971).

Dans la mesure où il agit pour le compte du mandant, le courtier doit respecter les devoirs de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO par renvoi de l'art. 412 al. 2 CO; ATF 106 II 224 consid. 4; TERCIER/BIERI/CARRON, *op. cit.*, n° 4959). L'étendue des obligations du courtier dépend de la convention expresse des parties, ainsi que de la nature des prestations promises par lui. En principe, le courtier n'a pas l'obligation générale d'entreprendre tout ce qui est nécessaire pour défendre au mieux les intérêts du mandant (ATF 84 II 527), comme la personne qui est chargée d'un mandat de gestion. En revanche, lorsqu'il exerce une activité

en faveur de son mandant, il doit veiller à ses intérêts (ATF 106 II 224); il lui appartient en particulier d'informer le mandant de toutes les circonstances propres à empêcher la réalisation du but recherché, pour permettre au mandant de se déterminer en connaissance de cause. Lorsque la réalisation de ce but dépend de la solvabilité du partenaire, le courtier doit faire part de ce qu'il sait concernant une éventuelle insolvabilité du partenaire envisagé ou sa solvabilité insuffisante (ATF 110 II 276 consid. 2a). Suivant les circonstances, le courtier peut être chargé de veiller plus ou moins largement aux intérêts de son cocontractant (ATF 138 III 217 consid. 2.3; ATF 110 II 276 consid. 2a).

2.1.3 La causalité adéquate peut être interrompue par un événement extraordinaire ou exceptionnel auquel on ne pouvait s'attendre - force naturelle, fait du lésé ou d'un tiers -, et qui revêt une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus immédiate du dommage et relègue à l'arrière-plan les autres facteurs ayant contribué à le provoquer - y compris le fait imputable à la partie recherchée (ATF 143 III 242 consid. 3.7; 130 III 182 consid. 5.4; 127 III 453 consid. 5d ; 122 IV 17 consid. 2c/bb; 116 II 519 consid. 4b). Autrement dit, l'intensité de chacune des causes en présence est déterminante: si la faute du lésé ou d'un tiers apparaît lourde au point de presque supplanter le fait imputable à la partie recherchée, alors le lien de causalité adéquate est rompu (ATF 130 III 182 consid. 5.4; 116 II 519 *ibid.*). Toutefois, même si d'autres causes apparaissent à côté de la cause originelle et la font passer à l'arrière-plan, celle-ci reste dans un rapport de causalité adéquate, du moins aussi longtemps qu'elle peut être considérée comme relevante dans le cours des événements (ATF 130 III 182 consid. 5.4; 116 II 519 consid. 4b). La preuve des faits justifiant les facteurs interruptifs de la causalité adéquate incombent au débiteur (arrêt du Tribunal fédéral 4A_472/2017 du 11 juillet 2018 consid. 5.3.1).

2.1.4 Lorsque plusieurs personnes ont causé ensemble un dommage, elles sont tenues solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice (art. 50 al. 1 CO).

Lorsque plusieurs personnes répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales concernant le recours de ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie (art. 51 al. 1 CO). Le dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celle des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi (art. 50 al. 2 CO).

La solidarité passive vient en aide au lésé qui demande réparation de son préjudice imputable à une pluralité de responsables. Elle lui permet d'agir contre chacun de ceux-ci pour la totalité du dommage aussi longtemps qu'il n'a pas été entièrement désintéressé (ATF 114 II 342 consid. 2b; ATF 112 II 138 consid. 4a), à la seule

condition que le comportement de la personne recherchée soit en relation de causalité adéquate avec l'intégralité du dommage (ATF 127 III 257 consid. 5a). Le rapport interne entre les coresponsables ne le concernant pas, le lésé peut choisir la partie adverse à son gré; il lui est donc loisible de n'actionner qu'un seul des débiteurs responsables (ATF 133 III 6 consid. 5.3.2).

2.1.5 A teneur de l'art. 53 al. 2 let. a et b aLPP (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011), l'institution de prévoyance chargeait un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle de déterminer périodiquement si l'institution de prévoyance offrait en tout temps la garantie qu'elle pouvait remplir ses engagements et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement étaient conformes aux prescriptions légales.

La relation juridique existant entre l'expert agréé et l'institution de prévoyance est soumise aux règles sur le mandat (SUTTER, LPP et LFLP, 2010, n. 36 ad art. 53 LPP).

2.2 L'appelante reproche au Tribunal d'avoir retenu que la stratégie de D_____ quant à la couverture des risques (à savoir plus particulièrement une réassurance complète ou partielle des prestations dues en cas d'augmentation subséquente de l'invalidité d'un assuré) n'avait pas pu être établie. Le Tribunal aurait ainsi mal apprécié les témoignages disponibles, ainsi que les pièces versées au dossier. Il en découlait que l'intimée avait violé ses obligations de mandataire, voire de courtier, en ne vérifiant pas correctement la congruence entre le règlement et le contrat de réassurance.

2.2.1 S'agissant en premier lieu de la question de la stratégie choisie par D_____ pour la couverture des risques, il faut déterminer s'il avait été porté à la connaissance de l'intimée une volonté de couvrir intégralement les risques par un contrat de réassurance.

Selon l'appelante, D_____ avait toujours souhaité couvrir intégralement les risques de devoir verser des prestations à ses affiliés par un contrat de réassurance congruent avec son règlement. Ces affirmations sont corroborées par le témoin F_____, dont le témoignage, au vu de sa position au sein de D_____, doit être cependant apprécié avec circonspection. A ce titre, il faut souligner, contrairement à l'opinion de l'intimée, que le témoin F_____ a rapporté un fait, à savoir la stratégie adoptée par D_____ de couvrir intégralement les risques par un contrat correspondant.

En outre, dans ce cadre, le courrier du 22 avril 2005, par lequel l'intimée a confirmé avoir éliminé "*quelques lacunes couverture qui subsistaient dans le contrat précédent*" et veillé à la concordance de la réassurance avec le règlement de D_____, paraît déterminant. Cette pièce n'a pas été prise en compte par le Tribunal, sans que l'on sache pourquoi, et l'intimée ne fournit pas d'explications à

cet égard. En effet, par cet écrit, il est démontré que l'intimée et son administrateur, H_____, étaient informés du souhait de D_____ de conclure un contrat de réassurance qui couvrait intégralement les prestations prévues par son règlement de prévoyance.

Ainsi, la déposition de H_____, dont la valeur probante est de toute manière limitée, car émanant d'une partie, est mise à mal par ce courrier.

De surcroît, le fait que l'experte en prévoyance ait mentionné dans son rapport de 2010 une réassurance complète des risques par un contrat avec un assureur, tout en relevant, lorsqu'elle a été entendue comme témoin, qu'il existait un problème de congruence et que les réserves correspondantes étaient insuffisantes, vient confirmer ce qui précède. En effet, pour l'experte, il aurait fallu soit que D_____ assure intégralement ses risques auprès d'un assureur tiers, soit qu'elle constitue des réserves, ce qui correspond, conformément aux dires des experts, à la pratique uniforme des fondations de prévoyance. Certes, la constitution de réserves n'est pas légalement obligatoire, ainsi que l'a retenu le Tribunal, mais paraît, en pratique, être la règle. Or, l'intimée, chargée de la comptabilité de D_____ et spécialiste de la matière, ne pouvait pas ignorer qu'aucune réserve n'avait été constituée pour des risques non couverts par le contrat de réassurance. Il en découle que l'intimée était nécessairement consciente du fait que D_____ s'en remettait entièrement au contrat de réassurance pour couvrir ses risques et qu'il fallait donc, ainsi que l'intimée l'a confirmé dans le courrier du 22 avril 2005, une congruence complète entre le contrat de réassurance et le règlement de la caisse de pension.

Dans toutes les cas, aucune volonté de D_____ de ne pas couvrir certains risques, ni par le contrat de réassurance, ni par des réserves n'a été démontrée. Ceci vient encore renforcer ce qui précède, puisque, de l'aveu même de l'intimée, D_____ ne lui avait pas ordonné de limiter la couverture de réassurance sur un point ou sur un autre. L'intimée pouvait et devait donc comprendre que la réassurance devait être complète.

Il s'ensuit qu'il a été démontré que la stratégie de D_____ était de couvrir entièrement ses risques par un contrat de réassurance et que cette stratégie a été communiquée à l'intimée.

2.2.2 Il s'impose ensuite de déterminer si l'appelante a violé ses obligations contractuelles.

Il importe peu de qualifier le contrat liant les parties de contrat de mandat ou de contrat de courtage, voire de contrat mixte. Il ressort en effet suffisamment de la procédure, ce qui n'est d'ailleurs plus remis en cause en appel, que l'intimée avait la tâche de négocier le contrat de réassurance pour D_____. En outre, la responsabilité du mandataire et du courtier repose sur des fondements similaires.

Or, il ressort du courrier du 22 avril 2005 déjà cité précédemment que l'intimée a confirmé avoir assuré une congruence entre le règlement de D_____ et le contrat de réassurance, alors que tel n'était pas le cas, ce dernier point n'étant plus remis en cause en appel. Ce faisant, l'intimée a violé ses obligations contractuelles.

Cette violation est fautive, dans la mesure où aucun allégué, ni aucune preuve n'a été apportée par l'intimée permettant de renverser la présomption légale.

2.3 La quotité du dommage subi a été calculée par une expertise judiciaire, qui n'est pas remise concrètement en cause en appel, à 246'513 fr. 50. L'appelante se limite à se référer à un rapport d'experts privés qu'elle a elle-même rémunérés, ce document n'ayant pas valeur de preuve (voir à ce sujet parmi d'autres l'arrêt du Tribunal fédéral 5D_59/2018 du 31 août 2018 consid. 4.2.1).

2.4 L'appelante reproche ensuite au Tribunal d'avoir jugé que la vérification du degré de couverture était une tâche qui incombait à l'expert en prévoyance professionnelle et non à l'intimée.

A ce sujet, le raisonnement du Tribunal n'est pas limpide, dans la mesure où l'on ne parvient pas à discerner si les obligations de l'expert en prévoyance professionnelle annulent les obligations de diligence de l'intimée en tant que mandataire ou de courtière, de sorte qu'il n'y aurait alors plus de violation du contrat conclu par les parties, ou si une éventuelle inexécution de l'obligation de l'experte en prévoyance interrompt le lien de causalité entre la violation du contrat commise par l'intimée et le dommage survenu.

S'agissant de la première éventualité, l'on ne discerne pas sur quel fondement l'exercice de ses obligations par l'expert, lié par un contrat de mandat à D_____, reviendrait à oblitérer les obligations incombant à l'intimée en qualité de mandataire et déjà examinées ci-dessus. En effet, ces deux mandataires interviennent à des stades différents, l'un à la conclusion du contrat de réassurance, l'autre dans le contrôle du respect des obligations légales par la fondation. Il s'ensuit que leurs tâches se complètent et tendent à des objectifs différents, puisque l'intimée devait prévenir la survenance d'une lacune et l'experte corriger la situation si une lacune était détectée. Aucune explication contraire et convaincante n'est fournie à ce sujet, ni par les parties, ni dans le jugement entrepris. Ainsi, la vérification du degré de couverture faisait partie inhérente du contrat conclu entre les parties.

Quant à la question du lien de causalité, force est de constater que la violation du contrat commise par l'intimée, soit l'omission de vérifier une congruence complète entre le contrat de réassurance et le règlement de prévoyance de D_____, a conduit à l'absence de couverture par le réassureur des montants consentis en faveur de l'affiliée concernée, montants que D_____ a dû couvrir elle-même. Il en découle une causalité naturelle et adéquate entre l'omission fautive de l'intimée et la survenance du dommage.

Reste à déterminer si l'éventuelle violation subséquente par l'experte en prévoyance est de nature à interrompre ce lien de causalité.

Il n'est pas le lieu de déterminer l'éventuelle responsabilité de l'experte en prévoyance, celle-ci ne participant plus à la procédure. Il suffit donc ici de retenir que le rôle de l'experte était d'assurer un contrôle *a posteriori* du degré de couverture des risques supportés par D_____, ce sur le fondement d'un contrat de mandat conclu avec celle-ci, comme cela a déjà été dit. L'experte devait donc vérifier que les mécanismes mis en place étaient suffisants au regard des exigences légales et réglementaires. Ce rôle de contrôle n'exonère pas pour autant, ainsi qu'on l'a évoqué, de leur responsabilité les personnes censées mettre en place, en amont, une structure financière adéquate. *A fortiori*, une éventuelle défaillance de l'experte n'est pas à ce point inimaginable ou imprévisible que si elle survenait elle romprait le lien de causalité entre le comportement fautif de l'intimée et le dommage subi. Il apparaît bien au contraire que tant l'intimée que l'experte, liés par des contrats de nature similaire à D_____, devaient s'assurer de la conformité du contrat de réassurance avec le règlement de cette institution. Elles se trouvaient donc sur un pied d'égalité. Il en découle qu'il existe une possible pluralité de responsables de la survenance du dommage subi - pour peu qu'on retienne l'existence d'une responsabilité de l'experte, question exorbitante au présent litige - et que, par conséquent, dans les rapports externes, ces responsables sont solidaires envers l'appelante et répondent individuellement de l'intégralité du dommage qu'ils ont causé. En d'autres termes, les deux entités, l'intimée et l'experte, devaient chacune assurer la protection des intérêts de D_____ sans s'en remettre au respect de ses obligations par l'autre.

L'intimée ne peut donc pas prétendre que le lien de causalité a été rompu par le comportement de l'experte en prévoyance, car, même à retenir une responsabilité de celle-ci, ce potentiel "*fait d'un tiers*" n'était pas suffisamment extraordinaire, ni imprévisible. L'appelante était donc légitimée à réclamer l'intégralité du dommage à l'intimée.

2.5 Il s'ensuit que les conditions de la responsabilité de l'intimée sont réalisées. Elle doit donc répondre du dommage causé.

Le jugement entrepris sera donc réformé, en ce sens que l'intimée sera condamnée à verser 246'513 fr. 50 à l'appelante, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} novembre 2009.

3. 3.1 Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Conformément à l'art. 106 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante (al. 1). Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (al. 2).

En l'espèce, le montant des frais judiciaires de première instance arrêtés à 36'950 fr. n'est pas remis en cause par les parties et est conforme au tarif applicable. Il sera donc confirmé.

Il sera mis entièrement à charge de l'intimée qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Il sera compensé avec l'avance de frais versée par les parties (art. 111 al. 1 CPC), le solde de 4'190 fr. étant restitué à l'appelante.

L'intimée sera donc condamnée à verser 28'850 fr. (33'040 fr. – 4'190 fr.) à l'appelante à titre de restitution de l'avance des frais judiciaires de première instance.

Le montant des dépens fixés en première instance, soit 19'685 fr. n'est pas remis en cause et est conforme au tarif applicable. L'intimée sera donc condamnée à verser ce montant à l'appelante (art. 106 al. 1 CPC; art. 84 et 85 RTFMC; art. 25 et 26 LaCC).

3.2 Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 10'100 fr. (art. 13, 17 et 35 RTFMC), entièrement compensés avec l'avance de frais fournie par l'appelante (art. 111 al. 1 CPC) et mis à la charge de l'intimée qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'intimée sera donc condamnée à restituer cette somme à l'appelant (art. 111 al. 2 CPC).

L'intimée sera condamnée à verser 10'000 fr. à titre de dépens d'appel à l'appelante, débours et TVA inclus (art. 106 al. 1 CPC; art. 25 et 26 LaCC; art. 84, 85 et 90 RTFMC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 21 novembre 2018 par A_____ contre le jugement JTPI/16455/2018 rendu le 19 octobre 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/22911/2013-8.

Au fond :

Annule le jugement entrepris et cela fait, statuant à nouveau :

Condamne B_____ SA à verser à A_____ 246'513 fr. 50, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} novembre 2009.

Arrêt les frais de la procédure de première instance à 36'950 fr., les met à charge de B_____ SA et les compense avec les avances fournies qui demeurent acquises à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ SA à verser 28'850 fr. à A_____ à titre de restitution des frais judiciaires de première instance.

Condamne B_____ SA à verser 19'685 fr. à A_____ à titre de dépens de première instance.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer 4'190 fr. à A_____.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais d'appel à 10'100 fr., les met à la charge de B_____ SA et les compense avec les avances versées qui demeurent acquises à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ SA à verser 10'100 fr. à A_____ à titre de restitution des frais judiciaires d'appel.

Condamne B_____ SA à verser 10'000 fr. à A_____ à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Mesdames Verena PEDRAZZINI RIZZI et Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

La greffière :

Jessica ATHMOUNI

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.