

# **BGer 9C\_242/2022 vom 29. April 2025**

Bundesgericht, 2025-04-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_242\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_242_2022)

FR: TF 9C\_242/2022 du 29 avril 2025

IT: TF 9C\_242/2022 del 29 aprile 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Nonobstant l' art. 6 al. 2 PCF applicable par le renvoi de l' art. 71 LTF , il n'y a pas lieu de suspendre l'instance par suite des décès de I.\_\_\_\_\_ et de H.\_\_\_\_\_ en cours de procédure, dès lors qu'ils avaient pu s'exprimer, que la cause est entièrement instruite et que le Tribunal fédéral doit de toute manière statuer à l'égard des autres parties (cf. arrêt 4A\_391/2013 du 17 décembre 2013 consid. 4).

### **E. 1.2**

Les deux recours sont dirigés contre le même jugement, concernent des faits de même nature et portent sur des questions juridiques communes. Il se justifie dès lors de joindre les causes et de statuer sur celles-ci en un seul arrêt ( ATF 142 II 293 consid. 1.2; 131 V 59 consid. 1).

### **E. 2.1**

Le recours en matière de droit public est recevable contre les décisions finales, à savoir contre les décisions qui mettent fin à la procédure ( art. 90 LTF ) et contre les décisions partielles ( art. 91 LTF ). La décision partielle, contre laquelle un recours doit être interjeté d'emblée, est celle qui, sans terminer l'instance, règle définitivement le sort de certaines des prétentions en cause ( art. 91 let. a LTF ) ou termine l'instance seulement à l'égard de certaines des parties à la cause ( art. 91 let. b LTF ).

Les décisions qui ne sont ni finales ni partielles d'après ces critères sont des décisions incidentes, lesquelles, sous réserve des cas prévus à l' art. 92 LTF , ne doivent pas faire l'objet d'un recours immédiat, mais peuvent être attaquées, s'il y a lieu, avec la décision finale qu'elles précèdent ( art. 93 al. 3 LTF ). Il s'agit notamment des prononcés par lesquels l'autorité règle préalablement et séparément une question juridique qui sera déterminante pour l'issue de la cause ( ATF 142 III 653 consid. 1.1; 142 II 20 consid. 1.2). Les décisions préjudicielles et incidentes peuvent toutefois faire l'objet d'un recours immédiat si elles peuvent causer un préjudice irréparable ( art. 93 al. 1 let. a LTF ) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse ( art. 93 al. 1 let. b LTF ).

### **E. 2.2**

Le jugement entrepris, en tant qu'il rejette les conclusions du Fonds de garantie LPP contre les défendeurs 2 à 10 et admet les conclusions reconventionnelles prises par certains d'entre eux, constitue une décision partielle au sens de l' art. 91 let. b LTF . Il termine l'instance à leur égard, mais ne met pas fin à la procédure qui se poursuit entre le Fonds de garantie et la BCV. Le recours formé par le Fonds de garantie LPP, en tant que celui-ci prend des conclusions concernant les défendeurs 2 à 10, est donc recevable sous l'angle de l' art. 91

let. b LTF , sous la réserve suivante.

Le Fonds de garantie LPP a notamment conclu à la réforme du jugement entrepris en ce sens que A. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_, I. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_, ainsi que B. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_ soient, sur le principe, reconnus responsables pour le dommage qui lui a été causé "s'agissant de la situatio[n] évoqué[e] [à la lettre e] du considérant 9" du jugement entrepris. Le considérant visé concerne l'aspect du litige intitulé "De la conclusion du contrat de factoring avec UBS SA" par les juges précédents (jugement cantonal, consid. 9e p. 171 ss). Or comme l'ont fait valoir à juste titre F. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_ et I. \_\_\_\_\_, le recours du Fonds de garantie LPP ne comprend aucune motivation à l'appui de la conclusion en cause, de sorte que cette conclusion est irrecevable, faute de réaliser les exigences prévues par l' art. 42 al. 2 LTF .

### **E. 2.3.1**

Dans le jugement attaqué, la cour cantonale a dans un premier temps limité la procédure à la question du principe de la responsabilité des défendeurs 1 à 10 - après avoir admis que la demande du Fonds de garantie LPP n'était pas prescrite - et a reconnu la responsabilité de principe de la seule BCV dans le procès en paiement de dommages-intérêts au sens de l' art. 56a LPP , réservant la suite de la procédure la concernant. Sous l'angle du litige entre le Fonds de garantie et la BCV, l'arrêt cantonal ne constitue donc pas une décision finale, car l'instance doit se poursuivre pour la fixation des dommages-intérêts dans une seconde phase du procès; il s'agit d'une décision préjudicielle au sens de l' art. 93 LTF .

### **E. 2.3.2**

Les conditions cumulatives posées par l' art. 93 al. 1 let. b LTF sont réalisées en l'occurrence. Si le Tribunal fédéral jugeait que la BCV ne peut pas être tenue responsable du dommage que fait valoir le Fonds de prévoyance, il mettrait un terme au procès en responsabilité au sens de l' art. 52 LPP que ce dernier a intenté contre la banque (en lien avec le principe de la responsabilité sous l'empire de l'OJ, cf. ATF 116 II 480 consid. 1b). En conséquence, les mesures d'instruction qui devraient être administrées en relation avec l'examen de la question du dommage et, le cas échéant, la détermination du montant exact du dommage causé par les agissements répréhensibles de la BCV, selon les considérations de la juridiction cantonale, n'auraient plus lieu d'être, ce qui représenterait une économie considérable en termes de temps et de coûts pour une procédure étendue d'administration des preuves, comme le fait valoir en substance la BCV. Il convient en particulier de prendre en considération la durée de la procédure, qui a débuté fin décembre 2012, et qui à elle seule déjà peut justifier d'entrer exceptionnellement en matière sur la décision incidente ( ATF 136 II 165 consid. 1.2).

Dès lors que le recours de la BCV est recevable au regard de l' art. 93 al. 1 let. b LTF , le Fonds de prévoyance, en sa qualité de partie intimée, doit aussi avoir la possibilité d'invoquer devant le Tribunal fédéral les aspects du litige sur lesquels il a succombé en instance cantonale (arrêt 8C\_402/2019 du 14 janvier 2020 consid. 4.2, non publié in ATF 146 V 1 ; 138 V 106 consid. 2.2), respectivement de les contester (cf. arrêt 9C\_70/2022 et 9C\_76/2022 du 16 février 2023 consid. 2.3 non publié in ATF 149 V 57 ; ATF 133 II 409 consid 1.2; arrêt 2C\_521/2017 du 10 novembre 2020 consid. 1). Ses conclusions tendant à ce que la BCV soit reconnue responsable du dommage qui lui a été causé pour les autres actes examinés en instance cantonale mais pour lesquels la juridiction cantonale n'a pas retenu la responsabilité de la banque sont donc également recevables.

### **E. 3**

Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Il conduit son raisonnement juridique sur la base des faits constatés par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), sous réserve des cas prévus à l' art. 105 al. 2 LTF . Selon l' art. 97 al. 1 LTF , le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( ATF 150 II 346 consid. 1.6 et les références). La partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (cf. art. 106 al. 2 LTF ). À défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué ( ATF 148 V 366 consid. 3.3; 137 II 353 consid. 5.1 et les références).

### **II. Objet du litige et droit applicable**

#### **E. 4**

Le litige a trait au principe de la responsabilité de la BCV, d'une part, en lien avec son mandat de conseiller en placement et gestionnaire de fortune, de gestionnaire administratif, technique et comptable (à partir de janvier 2000), ainsi que d'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle (du 1er janvier 2000 au 11 août 2004) de la Fondation pour des manquements allégués ayant contribué à provoquer l'insolvabilité de la Fondation, au sens de l' art. 56a LPP . Dans le même contexte, le litige porte aussi sur la responsabilité de A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_, feu H.\_\_\_\_\_ et feu I.\_\_\_\_\_, en lien avec leur position de membres du Conseil de fondation de la Fondation J.\_\_\_\_\_ (à diverses périodes courant du 1er janvier 1999 au 21 septembre 2006).

#### **E. 5**

Le jugement entrepris expose de manière complète les règles légales (dans leur teneur en vigueur pendant la période en cause courant à partir du 1er janvier 2000, en fonction de la survenance des faits déterminants) et les principes jurisprudentiels sur le droit de recours du Fonds de garantie LPP contre les personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ( art. 56a LPP ), soit sur les conditions de la responsabilité (violation fautive des devoirs incombant à la personne recherchée en responsabilité, dommage et lien de causalité naturelle et adéquate entre le comportement recherché et le dommage [ ATF 140 V 405 consid. 2.2; 139 V 176 consid. 8]). Il rappelle également de manière détaillée les droits et obligations du conseil de fondation d'une institution de prévoyance ( ATF 138 V 235 consid. 4.2.1 et les références), en relation en particulier avec la délégation des tâches de celui-ci à des prestataires professionnels externes et avec le placement de la fortune de prévoyance ( art. 71 al. 1 LPP et 49a OPP 2 [RS 831.441.1]), ainsi que les droits et obligations du mandataire en vertu de l' art. 394 ss CO - en relation avec les devoirs d'information d'un établissement bancaire - et de l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle ( art. 53 al. 2 LPP ). Il suffit de renvoyer au jugement attaqué.

### **III. De l'exception de la prescription**

#### **E. 6.1**

Dans un premier moyen en lien avec le jugement du 1er février 2018 auquel renvoie le consid. 6 du jugement attaqué du 23 mars 2022, la BCV soulève l'exception de la

prescription des prétentions du Fonds de garantie LPP à son égard. Elle soutient que la demande déposée le 12 décembre 2012 serait tardive, dans la mesure où "sa supposée responsabilité serait fondée sur l' art. 52 LPP ", parce que les actes qui lui étaient reprochés - que ce soient en lien avec les "opérations de liquidation de la Fondation J. \_\_\_\_\_" ou les "investissements de la fondation en actions" - "ne seraient pas postérieurs aux années 2000/2001" respectivement "étaient connus avant 2004". Aussi, la prescription de cinq ans aurait été acquise avant le 21 octobre 2009 (date de la signature de la première déclaration de renonciation à se prévaloir de la prescription) respectivement en 2008.

### **E. 6.2**

En tant que la BCV se limite à invoquer les dates auxquelles ont eu lieu les actes considérés comme déterminants par la juridiction cantonale pour admettre sa responsabilité, elle méconnaît que la prescription relative (de cinq ans) de l'action en responsabilité prévue par l' art. 52 LPP - qu'elle invoque - court à partir "du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation" ( art. 52 al. 2 LPP [dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019]). Or le moment auquel ont été commis les actes illicites déterminants ne correspond pas forcément à celui auquel la personne lésée a eu connaissance du dommage. Dès lors que la BCV ne prétend pas, ni n'établit au demeurant, que le Fonds de prévoyance LPP aurait eu connaissance du dommage dans les années 2000/2001 au plus tard, voire avant 2004, ses allégations tombent à faux. Pour le surplus, elle ne s'en prend pas aux considérations convaincantes de la juridiction cantonale quant au respect du délai de prescription de cinq ans reconnu par la jurisprudence en relation avec l'art. 56a al. 1 aLPP (dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004; cf. ATF 141 V 51 consid. 3.2.3; cf. aussi ATF 135 V 163 consid. 5.5). Selon ces considérations, le Fonds de garantie LPP a fait valoir ses prétentions fondées sur cette disposition en temps voulu, à savoir dans les cinq ans dès le versement de ses prestations en garantie

(consid. 6 du jugement attaqué, qui renvoie aux consid. 6 et 7 du jugement incident du 1 er février 2018).

### **E. 6.3**

Il en va de même de l'argumentation relative à la prescription que présente également l'intimé D. \_\_\_\_\_ dans sa réponse au recours du Fonds de garantie LPP, qui conteste l'application du délai de prescription de cinq ans en exprimant son désaccord avec l' ATF 135 V 163 . Il affirme que "les faits susceptibles de fonder la prescription sont antérieurs au 5 septembre 2001" et que la prescription était donc acquise au moment où il a renoncé pour la première fois à se prévaloir de la prescription, le 21 octobre 2009.

Ce faisant, l'intimé D. \_\_\_\_\_ ne présente aucun motif qui justifierait de s'écarter des principes dégagés par le Tribunal fédéral sur le délai de prescription de cinq ans dès le versement des prestations du Fonds de garantie LPP, dans le cadre de l' art. 56a LPP (cf. ATF 135 V 163 ). L'argumentation de l'intimé est mal fondée.

## **IV. Grief formel**

### **E. 7.1**

Dans un second moyen, la BCV se plaint d'une violation de son droit d'être entendue à double titre. En premier lieu, la juridiction cantonale aurait statué "d'avance" sur les questions du dommage et du lien de causalité avec un supposé manquement de la part de la

BCV sans procéder à des mesures d'instruction, alors qu'elle avait prétendu réserver la question du dommage à une seconde phase de la procédure, de sorte que la recourante n'avait pas pu s'exprimer "sur ces sujets". Dans ce contexte, la recourante soutient que le Tribunal cantonal aurait modifié l'objet de la phase du procès sans préavis: alors que les parties étaient informées, le 7 octobre 2020, que le juge cantonal chargé de l'instruction de la cause entendait statuer sur le principe de la responsabilité par un jugement incident, en réservant la détermination de la quotité du dommage - si nécessaire - à une phase ultérieure du procès, le tribunal avait néanmoins procédé, dans le jugement du 23 mars 2022, à des constatations relatives au dommage, en faisant état des montants versés à titre de garantie par le Fonds de garantie.

En second lieu, la recourante reproche à la juridiction cantonale de n'avoir pas donné droit à son souhait - exprimé par un courrier du 14 février 2020 - de disposer d'un délai supplémentaire et d'un accès aux archives de la Fondation pour répondre de manière détaillée à toute question relative à l'exécution de décisions du conseil d'administration portant sur l'utilisation des avoirs de l'institution de prévoyance; le refus de lui accorder l'accès aux archives de la Fondation constituerait une violation de son droit d'être entendue.

#### **E. 7.2.1**

En l'occurrence, par courrier du 7 octobre 2020, les parties ont été informées de l'intention du Juge instructeur de statuer par le biais d'un jugement incident "sur le principe de la responsabilité, la détermination de la quotité du dommage étant laissée, si celle-ci s'avère nécessaire, à une phase ultérieure de la procédure". Le juge cantonal a ajouté qu'il s'en suivait que les réquisitions de preuve formulées notamment par le conseil de la BCV, dont celle relative à la consultation des archives de la Fondation, étaient rejetées, dans la mesure où elles ne concernaient pas la détermination de la quotité du dommage. Un délai au 11 décembre 2020 - non prolongeable - était imparti aux parties pour produire éventuellement un mémoire de droit. Déposant une écriture datée du 11 décembre 2020, la BCV a conclu à la libération de toutes les conclusions prises contre elle par le Fonds de garantie et par toutes autres parties. Tout en indiquant prendre note de "l'avis du 7 octobre 2020 selon lequel le Juge instructeur a l'intention de statuer par le biais d'un jugement incident sur le principe de la responsabilité", la détermination du dommage étant réservée, elle a fait valoir qu'il ne lui apparaissait pas possible, au stade du jugement sur le principe de la responsabilité, "de ne pas examiner s'il y a ou non un lien de causalité adéquate entre l'éventuelle violation d'une obligation contractuelle (ou un acte illicite) et un dommage subi par un lésé titulaire d'un droit d'action" (écriture du 11 décembre 2020, p. 66 ch. 6.3.1). Lors de l'audience du 13 juillet 2021, à l'issue des plaidoiries des parties, le Juge président la Cour des assurances sociales a annoncé qu'une expertise judiciaire sur le calcul du dommage sera mise en oeuvre et qu'un arrêt sur le principe de la responsabilité sera rendu en principe "d'ici la fin de l'automne" (terme repoussé au premier trimestre de l'année 2022 par courrier du 14 décembre 2021 aux parties).

#### **E. 7.2.2**

Lorsque le juge prend la décision de limiter le procès à la question de la responsabilité (contractuelle ou délictuelle) d'une partie, il n'est pas toujours aisé de déterminer s'il a entendu limiter l'instruction et le jugement à la seule question de la violation par cette partie d'une obligation contractuelle (ou la commission d'un acte illicite) ou s'il a entendu qu'après l'examen de cette question soit également tranchée la réalisation d'autres questions de la

responsabilité, telles la faute ou le rapport de causalité. En l'occurrence, il ressort cependant des étapes de la procédure cantonale exposées ci-avant (consid. 7.2.1 supra) qu'en avertissant les parties qu'elle allait statuer sur le principe de la responsabilité, sous réserve de la détermination du dommage, la juridiction cantonale a clairement indiqué les contours de la décision qu'elle entendait rendre: sur les quatre conditions de la responsabilité que sont un acte illicite (la violation des devoirs qui incombent à la personne recherchée en responsabilité), la faute de l'auteur, le dommage et le lien de causalité naturelle et adéquate entre le comportement contraire aux devoirs et le dommage [en lien avec l'art. 56 aLPP, ATF 140 V 405 consid. 2.2]), elle n'a réservé que celle du dommage. La recourante l'a du reste bien compris, puisqu'elle a exprimé l'avis qu'il n'était pas possible selon elle de statuer sur le principe de la responsabilité sans examiner le lien de causalité (adéquate) entre la violation des devoirs en cause et le dommage éventuel. Elle ne saurait dès lors prétendre de bonne foi avoir admis que la question du lien de causalité n'allait être tranchée que dans une phase ultérieure du procès, ni se plaindre avec succès d'un "jugement grossièrement arbitraire dans la mesure où il prétend constater un lien de causalité, sans indiquer si un dommage [...] aurait été causé par les actes reprochés". Son argumentation quant à un prétendu "pré-jugement" de la juridiction cantonale sur ce point, voire à une modification de l'objet du litige au stade de la procédure ayant conduit au jugement entrepris tombe à faux.

Il en va de même en ce qui concerne un soi-disant "pré-jugement" sur la condition du dommage voire une anticipation arbitraire d'une seconde phase de la procédure, dès lors que le jugement entrepris n'aborde cet aspect que sous l'angle - préliminaire - du cadre dans lequel les parties défenderesses peuvent être recherchées: la juridiction cantonale se limite à exposer les principes relatifs à la notion du dommage (jugement entrepris, p. 115 s consid. 7a/aa) puis à constater le montant maximum y relatif sous l'angle de l'art. 56 al. 1 let. b et c LPP en relation avec le rôle spécifique du Fonds de garantie (jugement entrepris, p. 135 ss consid. 8). L'existence concrète et l'éventuelle détermination exacte du dommage font l'objet d'un examen ultérieur, qui a été expressément réservé par la juridiction cantonale.

### **E. 7.2.3**

En définitive, la recourante était parfaitement informée des aspects du litige que les juges cantonaux entendaient aborder et a pu largement s'exprimer sur ceux-ci. Le grief de la violation du droit d'être entendu est mal fondé. Ceci vaut également en ce qui concerne le refus dont elle se plaint de lui accorder l'accès aux archives de la Fondation. Outre le fait que la recourante n'expose pas en quoi ce refus relèverait d'une appréciation anticipée des preuves arbitraire - la violation invoquée se confondant avec le grief d'arbitraire -, elle s'est contentée, le 14 février 2020, de requérir l'accès aux archives de l'institution de prévoyance sans expliquer, ne serait-ce que de manière succincte, en quoi une telle mesure probatoire aurait été pertinente. La seule indication selon laquelle elle entendait ainsi "répondre de manière plus détaillée à toutes questions concernant l'exécution de décisions du Conseil de fondation concernant l'utilisation d'avoirs en compte de la fondation" est trop indéterminée. La recourante n'a du reste pas précisé ultérieurement de quelles questions il s'agissait concrètement, si ce n'est - tardivement - dans ses observations du 21 octobre 2022 en procédure fédérale. La renonciation à une mesure probatoire qui n'apparaît pas pertinente ne contrevient pas à l'art. 29 al. 2 Cst.

### **V. Du principe de la responsabilité de la BCV**

### **E. 8.1**

La juridiction cantonale a reconnu que la responsabilité de la BCV était engagée parce qu'elle avait gravement manqué à son obligation de diligence à l'égard de la Fondation en relation, en premier lieu, avec la mise en place de la stratégie de placement de celle-ci et, en second lieu, avec une opération de réinvestissement d'un montant de 2'850'000 fr. correspondant au prix de la vente de deux parcelles (n° uuu et vvv du cadastre de la commune de T. \_\_\_\_\_) de la Fondation, qu'elle avait menée sans droit.

### **E. 8.2**

Selon les juges précédents, la responsabilité de la BCV est engagée en vertu de l' art. 56a LPP (jugement attaqué, p. 114 consid. 5c/dd). Ce fondement légal n'est pas contesté en tant que tel par la recourante, étant précisé qu'au moment des faits litigieux, l' art. 56a LPP était conçu comme un droit propre et autonome du Fonds de garantie d'agir non seulement contre les organes d'une institution de prévoyance, mais aussi contre d'autres personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance (cf. ATF 139 V 176 consid. 7.4).

#### **E. 8.2.1**

On rappellera qu'en tant que norme générale de responsabilité, l' art. 56a al. 1 LPP présuppose la violation fautive d'une obligation (acte illicite), un dommage, une faute ou une négligence, même légère, ainsi qu'un lien de causalité naturelle et adéquate entre le comportement reproché et le dommage ( ATF 141 V 93 consid. 3.1.2, 3.2.1 et 3.4; 139 V 176 consid. 8; arrêt 9C\_496/2022 du 18 juin 2024 consid. 7.1).

L'illicéité implique une atteinte à un bien juridiquement protégé, qu'il s'agisse de l'atteinte à un droit subjectif absolu (illicéité par le résultat; Erfolgsunrecht) ou de l'atteinte au patrimoine par la violation d'une norme de protection du bien juridiquement atteint (illicéité par le comportement; Verhaltensunrecht). Le patrimoine en soi n'est pas un bien juridique, son atteinte donc pas illicite à elle seule. Les atteintes au patrimoine ne sont par conséquent illicites que si elles découlent d'un comportement proscrit en tant que tel par l'ordre juridique indépendamment de ses effets patrimoniaux (théorie objective de l'illicéité). La condition est que les normes de comportement violées visent la protection contre de telles atteintes. Le comportement exigé par la loi peut consister soit dans une action, soit dans une omission, auquel cas il faut qu'il existe, au moment déterminant, une norme juridique qui sanctionne explicitement l'omission commise ou qui impose de prendre en faveur du lésé la mesure omise (position de garant vis-à-vis du lésé). Les devoirs dont la violation est en cause résultent d'abord de la loi; pour les organes au sens de l' art. 52 LPP sont déterminantes en outre les obligations et prescriptions statutaires et réglementaires, ainsi que les directives des autorités de surveillance et les obligations résultant d'un contrat ( ATF 135 V 373 consid. 2.4 et les références; arrêt 9C\_496/2022, 9C\_503/2022, 9C\_504/2022, 9C\_505/2022 du 18 juin 2024 consid. 7.3 et les références).

#### **E. 8.2.2**

Savoir si un comportement constitue un acte illicite susceptible d'entraîner la responsabilité est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner librement. Pour trancher cette question de droit, il faut cependant se fonder sur le contenu du comportement et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait ( ATF 139 V 176 consid. 8.2; 135 V 373 consid. 2.4; arrêt 9C\_496/2022 du 18 juin 2024 consid. 7.3 et les références).

a) Du chef de responsabilité de la BCV en relation avec les placements

### **E. 8.3.1**

En ce qui concerne l'intervention de la BCV dans le cadre de la mise en place de la stratégie de placement de la Fondation, les juges cantonaux ont retenu que la Fondation et la BCV avaient conclu un contrat de mandat de gestion d'une institution de prévoyance,

le 5 mars 1999, et qu'une somme de 21'140'000 fr. avait été confiée à la BCV (virée le 1<sup>er</sup> mars 1999 sur le compte de placement n° zzz); elles avaient aussi signé, les 18 et 19 janvier 2000, un contrat de mandat de gestion administrative, technique et comptable (avec l'ouverture par la Fondation d'un compte d'exploitation n° xxx auprès de la banque). À compter du 14 février 2000 et jusqu'à la fin de l'année 2000, la recourante avait également endossé la fonction de conseillère en placement, par l'intermédiaire de son collaborateur L.\_\_\_\_\_, dont le rôle avait principalement consisté à définir la grille d'allocation des actifs de la Fondation et, dans ce contexte, à établir une étude de congruence entre les actifs et les passifs, en compagnie d'un autre collaborateur de la BCV, M.\_\_\_\_\_. Par l'intermédiaire de celui-ci, la recourante avait encore assumé la fonction d'experte en matière de prévoyance professionnelle à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2000 jusqu'au 11 août 2004

Pour ce qui avait été de l'exercice concret des différentes fonctions de la BCV, les premiers juges ont constaté que dès le mois de mars 1999, L.\_\_\_\_\_ avait préconisé délibérément une stratégie de

placement particulièrement agressive (part des avoirs en actions située entre 27,5 et 45 %), sur la base d'une analyse manifestement incomplète de la situation économique de la Fondation effectuée par la BCV ("étude de congruence actifs/passifs de novembre 2000"), en raison notamment de l'absence de prise en considération du besoin prévisible de liquidités. Cette stratégie n'était pas en adéquation avec la situation financière objective de la Fondation, caractérisée par un degré de couverture peu élevé (100,21 % au 31 décembre 1999 et 99,92 % au 31 décembre 2000) et une absence de toute réserve permettant d'absorber d'éventuelles variations négatives des marchés financiers/de fluctuation; partant, elle faisait fi de l'impératif de sécurité

et du principe de couverture permanente des engagements. Quant à M.\_\_\_\_\_, en sa qualité d'expert en matière de prévoyance professionnelle ayant participé aux démarches qui avaient conduit, à partir du mois de février 2000, à l'adoption de la stratégie de placement de la Fondation, il aurait été tenu de rendre attentif le Conseil de fondation à ce que la stratégie de placement respecte l'impératif de sécurité et de couverture permanente des engagements voulus par le législateur. Or il avait délibérément

encouragé, avec son collègue L.\_\_\_\_\_, la stratégie de placement particulièrement agressive suivie. Par les manquements combinés de ses deux collaborateurs, la BCV avait suggéré à la Fondation d'adopter une stratégie de placement manifestement déraisonnable au regard de la situation financière de celle-ci, ce qui avait conduit à une exposition en actions de 35,71 % au 31 décembre 2000, de 38,68 % au 31 décembre 2001 et de 33,58 % au 31 décembre 2002. Ce faisant, la recourante avait manqué à son obligation de diligence au sens de l' art. 398 al. 2 CO à l'égard de sa cliente, et ce à double égard: en premier lieu en

sa qualité de conseillère en placement et en second lieu en sa qualité d'experte en matière de prévoyance professionnelle.

### **E. 8.3.2**

Selon la juridiction cantonale, la faute commise par la recourante dans ce contexte était particulièrement grave dès lors qu'elle avait méconnu des principes fondamentaux en matière de conseil bancaire et en matière de prévoyance professionnelle, alors même que le Conseil de fondation de la Fondation, compte tenu de ses qualifications professionnelles et des connaissances limitées de ses membres, pouvait de bonne foi s'attendre à ce qu'on lui proposât une stratégie conforme aux spécificités de la Fondation.

Les juges précédents ont par ailleurs considéré que le lien de causalité entre le dommage, celui-ci dû-t-il être avéré, et les manquements constatés devait être tenu pour établi. Il était en effet indéniable que les conseils inadéquats prodigués par la BCV en matière de placement avaient eu une influence sur l'évolution de la fortune de la Fondation. La situation financière de celle-ci se serait assurément présentée sous un jour différent au moment où elle avait été contrainte de liquider ses positions afin de pouvoir servir les prestations dues aux assurés, si la banque lui avait proposé une stratégie de placement en adéquation avec sa situation financière objective. Il était en outre dans le cours normal des choses et conforme à l'expérience générale de la vie que des placements dans des titres particulièrement volatiles exposassent l'investisseur au risque de fluctuations des cours et de perte de valeur des titres. De surcroît, il n'y avait pas lieu de considérer que la chute massive des cours boursiers ou la liquidation impromptue des positions de la Fondation constituaient des faits interruptifs de la causalité, dans la mesure où il appartenait justement à la BCV, dans le cadre de ses conseils, de tenir compte de ces paramètres au moment de définir une allocation des actifs en adéquation avec la capacité de risque de la Fondation. De plus, contrairement à ce que la recourante avait soutenu au cours de la procédure, la situation dans laquelle s'était retrouvée la Fondation ne pouvait pas uniquement être imputée à des motifs conjoncturels, mais résultait également de facteurs inhérents à la stratégie de placement que celle-ci avait adoptée.

### **E. 8.3.3**

En conclusion, selon les juges précédents, la responsabilité de la BCV était, sous réserve de l'existence d'un dommage, engagée quant à son principe à la suite de la stratégie de placement inadéquate suggérée à la Fondation.

### **E. 8.4**

À l'encontre de ce raisonnement, la BCV fait valoir avant tout que la juridiction cantonale aurait constaté de manière arbitraire que la Fondation était exposée de manière importante aux risques, qu'elle aurait fait fi de l'impératif de sécurité et du principe de couverture permanente et que la Fondation ne disposait pas, compte tenu du degré de couverture en 1999 et en 2000, de réserve permettant d'absorber des variations négatives. La juridiction cantonale aurait également procédé à une constatation manifestement arbitraire en ayant retenu qu'avant le tournant du siècle, il n'était pas contesté que les actions étaient admises pour autant que d'importantes réserves de fluctuation aient été préalablement constituées. En outre, la BCV n'aurait pas adopté de stratégie de placement "agressive", voire "particulièrement agressive", contrairement à ce que le Tribunal cantonal avait retenu.

La BCV conteste également avoir violé l' art. 398 CO , voire les art. 52 ou 56a LPP . En présence d'un taux de couverture suffisant (qu'elle détermine par exemple à 105 % à la fin de l'année 2000), le pourcentage d'actions dans l'allocation des actifs qu'elle avait proposé ne violerait aucune norme; à cet égard, le pourcentage d'investissement de 35,71 % en actions au 31 décembre 2000 ne pouvait par exemple pas être considéré contraire aux obligations de l'institution de prévoyance. Elle allègue en outre qu'aucun texte légal n'obligeait alors l'institution de prévoyance à constituer des réserves de fluctuation et que de telles réserves auraient été contraires au droit comptable. Sur cet aspect, l' ATF 143 V 19 - cité par les juges cantonaux - en tant qu'il se rapportait à la constitution de réserves ne serait pas applicable: d'une part, il avait été rendu 16 ans après les années pour lesquelles elle était en relation contractuelle avec l'institution de prévoyance et d'autre part, il concernait une situation spécifique.

### **E. 8.5**

Il convient en premier lieu de rappeler les principes qui étaient applicables en matière de gestion de la fortune d'une institution de prévoyance durant les périodes en cause (à partir de la constitution de la Fondation en décembre 1998), soit au moment où ont eu lieu les faits déterminants sous l'angle de la responsabilité de la recourante (cf. ATF 138 V 176 consid. 7.1).

#### **E. 8.5.1**

En vertu de 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' art. 71 LPP constitue la disposition majeure en matière de placements pour la prévoyance professionnelle, dans le sens d'une norme de type programmatique comprenant les principes déterminants en matière de placements, qui ont été concrétisés aux art. 49 à 60 OPP 2, par exemple par un catalogue des placements autorisés et des limites par type de placement ( ATF 146 V 341 consid. 8.4.1 et les références).

#### **E. 8.5.2**

Conformément à l'art. 50 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831.441.1; dans sa teneur en vigueur du 1er avril 2000 [RO 2000 1265] jusqu'au 31 décembre 2009), l'institution de prévoyance doit notamment choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère (al. 1), tout en veillant, lors du placement de fortune, à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance. La sécurité doit être évaluée spécialement en tenant compte de la totalité des actifs et des passifs, de la situation financière effective, ainsi que de la structure et de l'évolution future prévisible de l'effectif des assurés (al. 2, 1re phrase). Lors du placement de sa fortune, elle doit respecter les principes d'une répartition appropriée des risques; les disponibilités doivent, en particulier, être réparties entre différentes catégories de placements ainsi qu'entre plusieurs régions et secteurs économiques (al. 3).

Selon le commentaire relatif à la modification des dispositions de l'OPP 2 relatives aux placements de la fortune de l'institution de prévoyance (entrées en vigueur au 1er avril 2000), le devoir de diligence décrit à l' art. 50 al. 1 OPP 2 revêt une importance toute spéciale dès lors qu'il s'agit de fonds confiés à l'institution. Il présuppose des connaissances du métier, un engagement et une circonspection appropriés. Outre une manière de procéder

adéquate et conforme aux règles du métier, le devoir de diligence commande également la transparence et la clarté des réflexions faites et des décisions prises dans les cas d'espèce. Une gestion prudente au sens de cette disposition réglementaire a pour but la mise en oeuvre optimale d'une stratégie de placement par une exploitation conforme au marché des possibilités de rendement. Elle implique un processus de gestion des placements pertinent, qui corresponde aux conditions et possibilités réelles de l'institution de prévoyance (OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 50 du 8 avril 2000, Commentaire, ch. 3.1 p. 6 ss).

Afin de garantir la sécurité quant à la réalisation des buts de prévoyance au sens de l'art. 50 al. 2 OPP 2, l'institution de prévoyance doit placer la fortune globale en fonction de sa capacité de risque. Par capacité de risque, il faut comprendre la capacité de l'institution de compenser les fluctuations de la fortune globale découlant des conditions changeantes du marché, ainsi que le fait de disposer de moyens liquides et non liquides en suffisance pour honorer les obligations futures (comme par exemple le paiement des rentes et les prestations de libre passage). La capacité de prendre des risques et la sécurité sont deux notions correspondantes. Pour en juger, on ne partira ni du placement individuel ni des engagements à l'égard des destinataires individuels, mais de la situation globale telle qu'elle ressort par exemple du degré de couverture d'une institution de prévoyance. Toujours dans le cadre de la gestion de la fortune, la tâche de gestion inclut aussi une réflexion sur les besoins futurs en liquidités et sur l'amplitude des fluctuations de valeur possibles de la fortune. Il découle du devoir de diligence que l'on doit former des réserves correspondantes aux fluctuations de fortune escomptées au sens de l'article 49a OPP 2. La capacité de prendre des risques dépend dans une mesure essentielle de ces réserves. En outre, l'appréciation de la capacité de prendre des risques doit également tenir compte dans tous les cas des perspectives quant à l'évolution de l'effectif des assurés, autrement dit des engagements. Il y a lieu en particulier de garantir que la capacité de prendre des risques soit préservée même en cas de changements fondamentaux, par exemple à la suite d'un changement du plan de prévoyance, à des liquidations (partielles) ou à des fusions d'institutions de prévoyance (OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 50 du 8 avril 2000 Commentaire, ch. 3.1 p. 7 s.).

Enfin et au sujet du principe fondamental de la diversification posée par l'art. 50 al. 3 OPP 2, un des aspects à la base d'une répartition adéquate du risque est notamment la réduction des risques spécifiques à chaque titre. Il s'agit par là de prévenir des fluctuations perturbatrices et difficiles à évaluer dans le développement de la fortune, qui dépasseraient la capacité de prendre des risques d'une institution de prévoyance. Il est difficile d'établir des pronostics fiables sur l'évolution des rendements de certaines catégories de placement et de placements individuels. En application du devoir de diligence, il s'agira donc de veiller à répartir la fortune de prévoyance entre différentes catégories de placement selon l'article 53 OPP 2 et, à l'intérieur de ces catégories, sur des titres ou des positions individuels tout en tenant compte de la capacité de prendre des risques de l'institution de prévoyance. Il est décisif, pour une répartition adéquate des risques, d'établir dans quelle mesure les fluctuations des rendements des différents placements se déroulent en parallèle, indépendamment l'une de l'autre ou en sens contraire (cf. ATF 132 II 144 consid. 2.4; OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 50 du 8 avril 2000 p. 8).

### **E. 8.5.3**

En matière de placement de la fortune de l'institution de prévoyance, un comportement contraire au droit consiste en premier lieu en une violation des dispositions légales et réglementaires (consid. 8.2.1 supra). La diligence dont l'organe d'une institution de prévoyance doit faire preuve de façon générale en matière de placement dépend toutefois de la position qu'il a à l'intérieur de l'institution et des attributions qui lui ont été confiées. Cela étant, le niveau d'exigence requise doit rester dans le cadre de ce qui est objectivement et raisonnablement exigible dans le domaine des placements financiers. Il convient en particulier de tenir compte du fait que toute décision en matière de gestion de fortune est empreinte d'une incertitude inhérente à l'évolution des marchés; l'insuccès d'un placement ne saurait par conséquent fonder à lui tout seul un chef de responsabilité ( ATF 138 V 235 consid. 4.3 et la référence à MARTIN EISENRING, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, thèse Zurich 1999, p. 196 ss).

#### **E. 8.5.4**

On précisera encore que sous le titre marginal "limites des placements", l' art. 54 let . d OPP 2 prévoyait - dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008 (RO 1984 543, 559) - qu'une limite de 30 pour cent est applicable aux actions, titres assimilables à des actions, et autres participations à des sociétés dont le siège est en Suisse, mais à raison de 10 pour cent au plus par société. L' art. 55 let . c OPP 2 (dans sa teneur en vigueur du 1er janvier 1993 au 31 décembre 2008 [RO 1992 2234]) précisait que la limite globale de 50 pour cent était applicable aux placements au sens de l' art. 54 let . d et g OPP 2, soit en particulier aux actions et titres assimilables à des actions d'une société dont le siège est à l'étranger (cf. art. 54 let . e OPP 2).

#### **E. 8.6.1**

En ce qui concerne tout d'abord les griefs de la BCV tirés de constatations manifestement inexactes et arbitraires des faits par la juridiction cantonale, il suffit de relever pour la plupart d'entre eux que la recourante ne démontre pas que les juges précédents auraient établi les faits en violation des art. 95 let. a et 97 LTF . Ainsi, lorsqu'elle soutient en lien avec le passage du jugement attaqué selon lequel la Fondation avait été "fortement exposée sur le marché des actions" que ces termes "paraissent inappropriés", on ne discerne pas une critique fondée sur le caractère arbitraire d'une constatation de fait. Il en va de même en ce qui concerne le reproche que l'exposé du jugement entrepris sur les difficultés financières du groupe J.\_\_\_\_\_ "est subtilement faux et induit le lecteur à l'erreur", alors que la recourante décrit elle-même la quasi cessation des activités de J.\_\_\_\_\_ SA à la fin de l'année 2003. La recourante manque ensuite d'indiquer concrètement en quoi la correction des faits qu'elle demande aurait une influence sur le sort du litige (cf. art. 97 al. 2 LTF ). Tel est le cas, par exemple, du fait que l'effondrement des marchés boursiers ne serait pas survenu (seulement) en 2001 mais aussi en 2002 et 2003 ou de sa critique de "l'expression selon laquelle la fondation aurait 'subi de plein fouet l'effondrement des marchés boursiers'" puisque "les baisses n'ont pas eu un caractère massif et soudain et que les marchés ont continué à être actifs". Il en est également ainsi des allégués relatifs aux "constatations manifestement fausses du jugement" concernant un contrat de mandat du 4 mars 1999 que la Rentenanstalt aurait conclu en son propre nom avec la BCV (et non à titre fiduciaire pour la Fondation), dès lors que la banque ne met pas en évidence en quoi ce fait aurait été pris en considération par la juridiction cantonale pour en tirer une conclusion concrète quant aux manquements qu'elle lui a reprochés en relation avec la stratégie de placement des avoirs de la Fondation, voire aurait une répercussion sur l'issue du litige, tel que circonscrit par le

jugement partiel attaqué.

Quant au reproche selon lequel la restructuration du groupe J. \_\_\_\_\_ n'aurait pas eu pour "effet collatéral" - qualificatif utilisé par la juridiction cantonale dans la partie "Introduction" de son jugement - le départ de la très grande majorité des assurés de la Fondation, mais un "effet direct" sur la "liquidation de la Fondation et de ses investissements", il n'est pas pertinent en tant que tel. Il n'est en effet pas nécessaire, sous l'angle de la causalité (qui sera traitée sous consid. 9 infra), que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat ( ATF 143 III 242 consid. 3.7; 139 V 176 consid. 8.4.1) et les juges précédents ont pris en considération la "liquidation impromptue des positions de la Fondation" (en lien avec le départ des assurés) sans y voir un acte interruptif de la causalité (consid. 10b/cc, p. 213 du jugement entrepris). En tant que la recourante invoque encore des "fausses constatations du jugement concernant des avis exprimés à la fin du 20ème, début du 21ème siècle", elle expose des extraits de commentaires doctrinaux en tirant d'autres déductions que la juridiction cantonale; son argumentation ne relève dès lors pas d'un aspect factuel mais se situe sur le plan juridique et devra être examinée dans ce cadre (consid. 8.7 infra).

### **E. 8.6.2**

Toujours sur le plan des faits, la BCV reproche au Tribunal cantonal d'avoir effectué des "calculs grossièrement faux concernant les taux de couverture LPP et les engagements de prévoyance". La juridiction cantonale aurait à tort pris en considération des provisions techniques pour calculer le degré de couverture de l'institution de prévoyance. Par exemple, pour le taux de couverture au 31 décembre 2000, elle a mis en rapport la fortune de la Fondation (42'613'103 fr. 50) avec les engagements de prévoyance (42'646'781 fr. 24) pour fixer le taux de couverture à 99,92 % (soit  $42'613'103 \text{ fr. } 50 / 42'646'781 \text{ fr. } 24 \times 100$ ). Cependant, pour calculer les engagements de la prévoyance, la cour cantonale a tenu compte, outre des capitaux de prévoyance, de "provisions techniques" à hauteur de 1'762'033 fr. 39, ce qu'elle n'aurait pas été en droit de faire, selon la BCV. Ces "provisions techniques" ne se rapporteraient en effet pas toutes à de "véritables provisions techniques" mais à des provisions "pour mesures spéciales" et à des "provisions pour prestations extra-réglementaires", qui ne devraient pas être prises en considération dans le calcul du taux de couverture.

#### **E. 8.6.2.1**

Dans la mesure où la BCV se limite à critiquer certains éléments du calcul du taux de couverture de la juridiction cantonale pour les années 1999 à 2003 (à savoir de 100,21 % au 31 décembre 1999, de 99,92 % au 31 décembre 2000, de 90,58 % au 31 décembre 2001 et de 78,13 % au 31 décembre 2002), sans opposer au résultat respectif un taux différent qui résulterait de calculs précis, on peut douter si la recourante présente une argumentation suffisante pour mettre en évidence une constatation manifestement inexacte des faits. Alléguer à cet égard qu'"une correction (...) s'impose" en ne prenant pas en compte les provisions en cause et renvoyer au "moyen en procédure de première instance" en n'exposant pas à quel taux de couverture la juridiction cantonale aurait dû parvenir relève d'une argumentation qui devrait être considérée comme appellatoire.

#### **E. 8.6.2.2**

En tout état de cause, le point de vue de la recourante ne peut pas être suivi. Les deux postes dont elle se prévaut (provisions pour mesures spéciales et provisions pour prestations

extra-réglementaires) avaient manifestement trait, pour les années concernées, à des provisions pour risques, constituées notamment pour couvrir les engagements incertains (conformément à l' art. 669 al. 1 CO , dans sa teneur en vigueur durant les années litigieuses, pertinent pour l'établissement des comptes selon les principes d'évaluation du CO). On constate que l'art. 22 des statuts de la Fondation prévoit que "la fondation gère pour l'oeuvre de prévoyance un fonds qui sert à financer les mesures spéciales prévues par la LPP" (état au 4 avril 1999). Partant, il n'y a rien à redire à la constitution d'une provision correspondante, dont la recourante se limite à affirmer qu'elle ne correspondait pas à un engagement à couvrir sans en expliquer la fonction. Une telle provision n'était pas considérée comme des fonds non liés (cf. OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 24 du 23 décembre 1992, ch. 148, p. 9 s.) de sorte qu'elle s'apparentait à une provision destinée à couvrir des engagements de l'institution de prévoyance et non pas à des fonds libres; elle pouvait dès lors être prise en considération pour le calcul du taux de couverture. La cour cantonale n'a pas davantage versé dans l'arbitraire en ayant tenu compte, pour l'année 2000, de la somme de 421'603 fr. 54 qui est décrite dans les explicatifs relatifs aux comptes de l'année 2000 comme "fortune de prestations non réassurées", puisque la provision correspondante s'apparente à un type de provision technique qui pouvait être prise en considération dans le cadre du calcul des engagements de prévoyance pour déterminer le taux de couverture. Il s'agissait en effet de provisions relatives à des prestations promises par l'institution de prévoyance qui n'étaient pas, ou insuffisamment, couvertes par les cotisations réglementaires ou par des contrats de réassurance (cf. aussi SYLVIE PÉTREMAND, Les paramètres des prestations dans la prévoyance professionnelle: qu'est-ce qui pourrait ou devrait être changé à l'avenir?, in REAS 2020 p. 96; cf. aussi le Fachwörterbuch für die berufliche Vorsorge, 2015, p. 166).

### **E. 8.6.2.3**

En définitive, les provisions techniques prises en compte par la cour cantonale afin de déterminer le taux de couverture avaient trait à certains risques et avaient été constituées conformément au règlement et aux dispositions du CO (dans leur teneur en vigueur pendant les années en question), ce que la recourante ne remet du reste pas véritablement en question en se prévalant de l'application de l' art. 44 al. 1 OPP 2 dans sa teneur en vigueur à partir du 1er juillet 2003 (RO 2003 1725), soit postérieurement à la période ici considérée. On remarquera que c'est à partir de cette date seulement que la notion de découvert a été définie de manière uniforme par la norme réglementaire (Commentaires des modifications de l'OPP 2 et de l'ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle [OEPL], ad art. 44 OPP 2 , in OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 68 du 10 juin 2003, p. 5). Partant, la juridiction cantonale n'a pas constaté les faits de manière arbitraire en déterminant les taux de couverture en incluant les provisions litigieuses dans ses calculs.

### **E. 8.6.3**

La BCV se plaint ensuite de constatations manifestement inexactes des faits en lien avec l'étude de congruence actifs/passifs (ci-après: étude CAP) réalisée par ses soins.

#### **E. 8.6.3.1**

Le Tribunal cantonal a constaté que l'étude CAP réalisée par la BCV - qui constituait notamment le fondement de la proposition de l'allocation des avoirs de la caisse de prévoyance - était lacunaire, entre autres raisons parce qu'elle n'avait jamais porté sur les

actifs globaux de la Fondation mais uniquement sur les avoirs confiés à la gestion de la banque; la problématique du besoin prévisible de liquidités avait été absente des réflexions de la BCV et celle-ci n'avait jamais intégré dans ses propositions à la Fondation le montant des liquidités nécessaires à la gestion courante de l'institution de prévoyance.

Quoi qu'en dise la recourante en se référant à certains tableaux figurant dans l'étude CAP (document intitulé "Fondation de prévoyance pour le personnel de J. \_\_\_\_\_ SA et sociétés affiliées, Conseil de Fondation, novembre 2000", p. 6 et 22), il n'y a pas lieu de s'écarter des constatations y relatives de la juridiction cantonale. On ne voit pas que la mention, comme "Allocations proposées", d'une part de 9,1 % d'"Imm.[obilier]" refléterait "l'immobilier en direct effectivement détenu" par la Fondation, voire permettrait de se faire une idée de la valeur de l'actif correspondant, ni que les tableaux respectivement "Recettes et Dépenses" et "Réserves et fortune", sous forme uniquement de diagrammes, relèveraient d'une analyse dûment expliquée et commentée des recettes et dépenses prévues entre 2000 et 2009, ainsi que des réserves et de la fortune de la Fondation attendues pour cette période. Par ailleurs, s'il est possible de déduire du second diagramme - auquel la recourante se réfère en lien avec le degré de couverture de la Fondation ("tableau du centre de la page 22 de l'étude") - que la fortune totale avait été légèrement supérieure aux "Réserves de prévoyance" en 1999 et 2000 et qu'une augmentation positive de l'écart entre les deux valeurs était attendue par la suite, il n'est cependant pas possible d'en tirer un taux chiffré qui reposerait sur un calcul détaillé. De même, les juges cantonaux ont considéré sans arbitraire que la problématique du besoin prévisible de liquidités (primes de réassurance et dépenses courantes de l'institution de prévoyance) avait été absente des réflexions de la BCV. Cette appréciation n'est pas remise en cause par l'argument de la recourante, selon laquelle la Fondation ne devait pas être en mesure de verser à tout moment les prestations de libre passage de tous les assurés. Elle ne s'en prend par ailleurs pas de manière circonstanciée à la constatation cantonale selon laquelle elle n'avait jamais intégré le montant des liquidités nécessaires à la gestion courante de la Fondation dans les propositions qu'elle lui avait faites, en indiquant que la gestion des liquidités par la banque était "permanente" et donnait lieu notamment à des flux de fonds entre les comptes de la fondation auprès d'elle. À défaut d'une mise en évidence et d'une analyse des liquidités nécessaires, l'étude en question ne donnait aucune indication circonstanciée sur les besoins en liquidités à court ou à plus long terme de la Fondation.

#### **E. 8.6.3.2**

S'agissant de l'aspect relatif à l'analyse du risque, la juridiction cantonale a constaté que dans l'étude CAP, la BCV n'avait à aucun moment mentionné le degré de couverture de la Fondation, de sorte que cette étude ne comprenait aucune analyse de l'aptitude au risque de l'institution de prévoyance. En lien avec la nécessité de la création d'une réserve de fluctuation, l'autorité judiciaire cantonale a par ailleurs retenu que la BCV avait pris en considération dans l'étude une probabilité de "shortfall" (soit, pour les juges cantonaux, "une probabilité mathématique de subir une perte sur portefeuille") entre 33 % et 18 % sur les cinq premières années. D'ailleurs, un des représentants de la BCV avait indiqué qu'en l'absence de réserve de fluctuation, l'allocation des actifs devait être plus sûre que dans le cas où l'institution de prévoyance disposait d'une telle réserve. Les juges cantonaux en ont déduit que la BCV avait le devoir, au regard de la situation, de veiller à ce que l'institution de prévoyance limitât son exposition en actions dans une mesure compatible avec ses capacités à compenser d'éventuelles fluctuations de valeur. Or tel n'avait pas été le cas au vu

de la stratégie proposée par la banque.

À l'encontre de ces constatations, la recourante allègue que la cour cantonale aurait retenu à tort que les pourcentages de "shortfall" auraient trait à un risque de subir une perte puisqu'en réalité, cet indicateur "déterminer[ait] en pourcentages les pertes de fortune et les découverts qui pourraient se produire au cas où une liquidation aurait lieu la première année d'exploitation ou chacune des neuf années suivantes".

### **E. 8.6.3.3**

Une étude de congruence des actifs et des passifs (ou "Asset/Liability Management") a pour objectif d'accorder le comportement de placement (de l'institution de prévoyance) à la nature et à la structure des engagements contractés au niveau des prestations (ERNST RÄTZER/PETER SCHNIDER, Die Abstimmung der Aktiv- auf die Passivseite, Prévoyance professionnelle 7/2000 p. 551 [avec traduction, p. 553]). Elle devrait avoir pour point de départ le relevé exact de la situation financière effective de l'institution de prévoyance et inclure le côté passif, en se fondant sur une analyse des provisions actuarielles (RÄTZER, Qu'apporte une étude Asset/Liability?, Prévoyance Professionnelle Suisse 7/2000 p. 557). En recourant à la statistique et au calcul des probabilités, une telle étude permet ensuite de définir le niveau de risque (volatilité, "shortfall risk") que l'institution de prévoyance a comme objectif dans ses placements (GRAZIANO LUSENTI, Les outils du conseil de fondation, Prévoyance Professionnelle Suisse 10/1996 p. 570). De manière générale, le but de la mesure du risque est de pouvoir représenter par un chiffre réel une incertitude ou une grandeur dont la valeur est inconnue, à l'aide d'un étalon de mesure adéquat, de manière à pouvoir exprimer l'exposition au risque de cette grandeur. L'une de ces mesures du risque s'appelle l'"expected shortfall" (sur cette définition, cf. Test suisse de solvabilité - Document technique - Office fédéral des assurances privées, version du 25 avril 2007 p. 9).

Quand bien même, avec la recourante, il apparaît que la cour cantonale ne s'est pas appuyée sur la notion ainsi déterminée pour définir le "shortfall" mentionné dans l'étude CAP de la BCV, il n'en demeure pas moins que la conclusion à laquelle elle est parvenue, soit que la probabilité de "shortfall" comprise entre 33 % et 18 % rendait en substance nécessaire une stratégie qui limitât l'exposition de la Fondation en actions en l'absence de réserves de fluctuation, échappe à toute critique. En effet, on doit admettre avec les juges cantonaux qu'une mesure du risque comprise entre 33 % et 18 % commandait une certaine prudence en lien avec l'exposition aux actions. Or, selon la cour cantonale, la BCV avait suggéré à l'institution de prévoyance d'autoriser un investissement entre 27,5 % et 45 % des avoirs confiés en actions (suisses et étrangères). Il en avait résulté, après que les gestionnaires désignés par le Conseil de fondation ont mis en oeuvre la stratégie communiquée par celui-ci, un investissement en actions suisses et étrangères de 35,71 % au 31 décembre 2000, de 38,68 % au 31 décembre 2001 et de 33,58 % au 31 décembre 2002.

### **E. 8.6.4**

Sous couvert encore de l'établissement manifestement inexact des faits, la recourante soutient, au sujet des réserves de fluctuations, que le droit alors applicable n'exigeait pas la création de réserves "correspondant aux fluctuations escomptées" de sorte que cet aspect n'était pas déterminant pour définir la stratégie d'allocation d'actifs, et ce contrairement à ce que le Tribunal cantonal avait retenu. Cette critique tombe à faux, comme il ressort de ce qui suit (consid. 8.7 infra).

### **E. 8.7.1**

Sous l'angle des griefs de la BCV fondés sur une violation du droit fédéral (consid. 8.4 supra), il convient de retenir, en premier lieu, que le grief de la BCV tiré d'une violation de l' art. 73 LPP en lien avec l' art. 398 CO , selon lequel le Tribunal cantonal n'aurait pas été compétent pour juger de l'action dirigée contre elle, une responsabilité pour violation de la disposition du CO mentionnée relevant de "la compétence des tribunaux ordinaires", est mal fondé. La banque recourante omet en effet que la demande du Fonds de garantie LPP est fondée sur l' art. 56a LPP , qui prévoit un cercle très large des personnes susceptibles de tomber sous le coup de la responsabilité prévue. Dès lors que la BCV a été chargée de la gestion d'une partie des avoirs de la Fondation, elle a été chargée d'une tâche ressortissant au domaine de la prévoyance professionnelle. Le Fonds de garantie LPP peut se prévaloir de la violation du contrat conclu entre celle-ci et la BCV pour établir un manquement de sa part (cf. ATF 141 V 112 consid. 5.1; 135 V 373 consid. 3.4; cf. aussi, sous l'angle de l' art. 52 LPP , Thomas Gächter, Übertragung von Pensionskassenaufgaben an Dienstleistungsunternehmen [Outsourcing], PJA 1/2003 p. 46 ss; Rolf H. Weber, Outsourcing durch Vorsorgeeinrichtungen, Prévoyance professionnelle suisse, 4/2003 p. 47 ss).

### **E. 8.7.2**

C'est le lieu de constater par ailleurs que sur un plan strictement formel, la stratégie proposée par la BCV ne contrevenait pas aux limites fixées par les art. 55 let . d et g et 55 let. c OPP 2 en matière de placements de la fortune d'une institution de prévoyance dans leur teneur durant les périodes déterminantes (consid. 8.5.3 supra), ainsi que le relève la recourante à juste titre. Cela ne suffit toutefois pas pour nier toute violation, par la recourante, de ses obligations contractuelles et légales. Dès lors, en effet, que les principes de la sécurité et de la répartition des risques lors du placement de la fortune de l'institution de prévoyance ne souffrent aucune exception ( ATF 132 II 144 consid. 2.2), la capacité de risque de celle-ci peut être considérée comme dépassée, alors même que les limites de placement légales et réglementaires sont respectées. Dans le même sens, s'il y a violation d'un principe énoncé à l' art. 71 LPP , la question d'un éventuel dépassement des valeurs limites prévues aux art. 54 ss OPP 2 n'est plus déterminante (cf. ATF 143 V 19 consid. 6.1.6 et les références; 132 II 133 consid. 2.4).

### **E. 8.7.3**

En soutenant qu'aucune règle légale ne fixait en 2000 (ni du reste postérieurement) un degré d'investissement en actions à partir duquel les institutions de prévoyance auraient été tenues de disposer d'une réserve de fluctuation de valeurs, la BCV perd de vue la notion de garantie de la sécurité des placements au sens de l' art. 71 al. 1 LPP en lien avec celle de la garantie de la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance au sens de l' art. 50 al. 2 OPP 2 (consid. 8.5.1 et 8.5.2 supra). À cet égard, la notion d'aptitude au risque de l'institution de prévoyance au sens de l' art. 50 al. 2 OPP 2 , en vigueur durant les périodes litigieuses, comprenait la capacité de l'institution de compenser les fluctuations de la fortune globale découlant des conditions changeantes du marché, ainsi que le fait de disposer de moyens liquides et non liquides en suffisance pour honorer les obligations futures (comme par exemple le paiement des rentes et des prestations de libre passage). Par conséquent, la recourante ne saurait rien tirer du fait que les considérations du Tribunal fédéral publiées in ATF 143 V 19 (consid. 6.1.5) relatives à la constitution de réserves de fluctuations, auraient été énoncées 16 ans après la période déterminante en l'espèce. Ce d'autant plus que ces

considérations ont été faites au sujet de la situation d'une institution de prévoyance et des placements de celle-ci durant la période courant de décembre 2000 à mars 2003, similaire à celle ici en cause. À cet égard, le Tribunal fédéral a retenu qu'à cette époque (déjà), il était incontesté, au sein de la doctrine, que des investissements dans des placements à risque ou des placements volatiles comme des actions n'étaient admissibles que si d'importantes réserves de fluctuations avaient été créées. Dans le sens d'une "règle fondamentale" prônée par des gérants et des experts, des placements en actions ne devaient être réalisés que dans la mesure où les moyens disponibles, qui pouvaient être utilisés au besoin pour compenser les pertes de valeur du côté des actifs, correspondaient au moins à un tiers environ de ces investissements (OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 8 du 30 mars 1988 ch. 48 p. 9; MARTIN EISENRING, op. cit., p. 135; plus restrictif, ERNST RÄTZER, Anlagepolitik, Portefeuille-Management und Performance von Vorsorgeeinrichtungen, in Die berufliche Vorsorge in der Praxis, 1989, p. 60; cf. aussi VINCENT STUDER/BRUNO CHRISTEN, Die Bemessung des Wertschwankungsrisikos einer Vorsorgeeinrichtung, in L'expert comptable suisse 2000, p. 499; ATF 143 V 19 consid. 6.1.5). La constitution de réserves de fluctuation faisait dès lors partie de la notion d'aptitude au risque de l'institution de prévoyance au sens de l' art. 50 al. 2 OPP 2 .

Enfin, l'argumentation de la BCV tirée du principe de sincérité du droit comptable, selon laquelle la constitution de réserves de fluctuation serait contraire à ce droit puisque cela "donnerait lieu à une forme de lissage des bénéfices et de pertes sur plusieurs années" n'est pas pertinente. En effet, le principe de sincérité du droit comptable interdit notamment d'omettre un actif dans les comptes pour créer une réserve latente ou encore de taire ou d'escamoter des éléments essentiels (sur ce principe, cf. par exemple arrêt 2C\_508/2014 du 20 février 2015 consid. 5.3.2 et les références). Ce principe ne s'oppose dès lors aucunement à la création de réserves de fluctuation et on ne voit pas en quoi il aurait été violé, ce que la recourante n'explique pas plus précisément.

#### **E. 8.7.4**

La banque recourante conteste ensuite que deux de ses collaborateurs aient encouragé une stratégie de placement considérée à tort comme "particulièrement agressive" par les juges cantonaux et que dite stratégie n'aurait pas été en adéquation avec la situation financière objective de la Fondation J.\_\_\_\_\_ et se serait caractérisée par un degré de couverture peu élevé et une absence de réserve de fluctuation. Elle soutient qu'elle n'aurait pas fait fi de l'impératif de couverture permanente des engagements de l'institution de prévoyance. Elle allègue également que le jugement déféré ne contiendrait aucune "critique concrète" sur l'achat d'actions plutôt que d'autres.

##### **E. 8.7.4.1**

Compte tenu de l'exigence découlant de l' art. 50 OPP 2 selon laquelle la décision de structurer la fortune globale de l'institution de prévoyance devait être prise conformément à la capacité de risque de celle-ci, c'est en vain que la BCV soutient avoir "rapporté la preuve que l'ampleur des placements en action de la Fondation J.\_\_\_\_\_ était proche de la moyenne des institutions de prévoyance de droit privé en Suisse à l'époque des faits". Cet argument n'est pas pertinent puisque la stratégie d'investissement de la Fondation devait se faire uniquement en relation avec les paramètres et les indicateurs propres à celle-ci, au regard de sa capacité de risque. Il n'y a dès lors rien à redire au fait que le Tribunal cantonal a analysé la stratégie d'investissement en cause à l'aune des circonstances propres à la

situation de la Fondation. Dans ce contexte, la banque recourante affirme en vain que "selon les données d'expérience, l'aptitude au risque d'une fondation de prévoyance n'est pas - en tout cas pas principalement - déterminée par son taux de couverture mais plutôt par le grand nombre d'assurés actifs et en particulier d'assurés jeunes dont les cotisations pourraient être augmentées". Le degré de couverture d'une institution de prévoyance, qui correspond au rapport entre le capital de prévoyance actuariel nécessaire et la fortune de prévoyance disponible (cf. à partir du 1er juillet 2003 art. 44 al. 1 OPP 2 ), est un indicateur important à prendre en considération lors de l'examen de la stratégie de placements en lien avec la nécessité de créer des réserves suffisantes pour remédier à une capacité de risque insuffisante. En cas de découvert mis en lumière par un degré de couverture inférieur à 100 %, l'institution de prévoyance doit se confronter à la question de sa capacité de risque, soit sa capacité à rétablir alors la situation par ses propres moyens (Roger Baumann, Conséquences pour le conseil de fondation [commentaire de l'arrêt 9C\_752/2015 du 28 octobre 2016, publié in ATF 143 V 19 ], Prévoyance professionnelle 6/2017 p. 111).

On ne saurait davantage suivre la recourante lorsqu'elle prétend que la cour cantonale aurait considéré arbitrairement que l'institution de prévoyance devait avoir une couverture permanente de ses engagements. D'une part, conformément à l' art. 65 al. 1 LPP (applicable au moment des faits déterminants), selon lequel les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements, l'existence d'un découvert temporaire n'était pas autorisée et le respect de cette norme exigeait la mise en oeuvre rapide de mesures destinées à éviter la survenance de tout découvert (cf. arrêt 2A.562/2005 du 28 juin 2006 consid. 3.4).

D'autre part, la juridiction cantonale a tenu compte des considérations exprimées au cours des travaux préparatoires relatifs à l'évolution législative, intervenue entre-temps, en ce qui concerne la capacité de risque des institutions de prévoyance, auxquelles se réfère également la BCV. Depuis le 1er janvier 2005, un découvert limité dans le temps est autorisé à certaines conditions, comme le prévoit l' art. 65c al. 1 LPP . Pour le législateur, l'exigence de l' art. 65 al. 1 LPP s'avérait trop rigoureuse au regard de l'évolution des marchés des actions, son application à la lettre rendant pratiquement impossible les placements sur des marchés aussi volatils que ceux des actions ou de l'immobilier car l'ampleur des fluctuations et l'impact de ces dernières sur le montant des réserves à constituer n'étaient pas prévisibles (Message du 19 septembre 2003 concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle, FF 2003 5840, ch. 1.3.1). Pour le législateur, il convenait de reconnaître que certains engagements dans des placements volatils pouvaient rendre impossible le maintien d'une sécurité permanente. Il ne s'agissait cependant pas d'atténuer l'exigence selon laquelle si la garantie en tout temps peut être compromise pendant un certain temps, l'institution de prévoyance doit toujours avoir pour but de la rétablir si elle n'est pas assurée (message cité, FF 2003 3853, ch. 2.1.3). Au regard de ces explications du Conseil fédéral, les juges précédents ont considéré qu'il n'y avait pas lieu de faire une interprétation trop rigide de l' art. 65 al. 1 LPP et qu'il fallait reconnaître une certaine marge de manoeuvre aux institutions de prévoyance dans le cadre de la définition de leur politique de placement, la mise en oeuvre de cette marge ne devant toutefois pas conduire à des situations susceptibles de mettre gravement en danger la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance. Or la stratégie de placements suggérée par la BCV avait précisément conduit à une exposition en actions de la Fondation qui n'était plus compatible avec la capacité de celle-ci à compenser d'éventuelles fluctuations de

valeurs et à garantir la sécurité des buts de prévoyance. En sa qualité de conseillère en placement, la BCV - par le biais de L. \_\_\_\_\_ - avait le devoir de renseigner la Fondation, de manière exacte, compréhensible et complète, sur tous les éléments importants pour la formation de sa volonté, ce qui impliquait, au préalable, que le collaborateur prénommé se renseignât sur la situation économique de la Fondation et, notamment, sur le degré de risque que celle-ci était en mesure d'assumer. L. \_\_\_\_\_, qui ne disposait pas de connaissances spécifiques en matière de gestion d'une institution de prévoyance, avait préconisé, sur la base d'une analyse manifestement incomplète de la situation économique de l'institution de prévoyance, une stratégie de placement "particulièrement agressive" qui n'était pas en adéquation avec la situation financière objective de la Fondation, faisant fi de l'impératif de sécurité et du principe de couverture permanent des engagements.

#### **E. 8.7.4.2**

En définitive, avec la cour cantonale, on doit considérer que la stratégie de placement proposée par la BCV (soit pour elle ses auxiliaires [cf. art. 101 CO ; ATF 149 III 105 consid. 4.2]), qui comprenait une allocation comprise entre 27,5 % et 45 % d'actions, n'était pas en adéquation avec la situation financière objective de la Fondation. Celle-ci était en effet caractérisée par un degré de couverture relativement peu élevé (de 100,21 % au 31 décembre 1999 et de 99,92 % au 31 décembre 2000 - puis clairement insuffisant de 90,58 % au 31 décembre 2001 et de 78,13 % au 31 décembre 2002 -, ainsi que par l'absence de toute réserve de fluctuation, qui aurait permis d'amortir une baisse, voire un choc brutal, sur le marché des actions.

À cet égard, l'affirmation de la BCV selon laquelle "l'ampleur des fluctuations [des placements] et l'impact de ces dernières sur le montant des réserves à constituer ne seraient pas prévisibles" ne lui est d'aucun secours. En effet, il n'est pas reproché en l'occurrence à la BCV d'avoir estimé, au regard de l'allocation des actifs proposés, une réserve de fluctuation trop faible ou inadaptée, mais bien d'avoir établi une stratégie de placement fortement exposée en actions sans que l'institution de prévoyance ne disposât de quelque réserve de fluctuation. La structuration de l'investissement de la fortune de l'institution de prévoyance, telle que proposée par la BCV (et qui a ensuite été mise en oeuvre avec une allocation en actions suisses et étrangères de 35,71 % au 31 décembre 2000, de 38,68 % au 31 décembre 2001 et de 33,58 % au 31 décembre 2002) ne respectait pas la capacité de risque que pouvait supporter l'institution de prévoyance, au cours de la période temporelle en cause. On doit en conclure qu'il n'existait aucune proportion raisonnable entre l'absence de réserve de fluctuation et la stratégie de placement, qui était fortement orientée vers l'investissement en actions, alors même qu'en cas d'augmentation des placements en actions il est du devoir des personnes responsables pour l'institution de prévoyance de veiller absolument à ce que les réserves de fluctuation nécessaires soient à disposition ( ATF 143 V 19 consid. 6.1.5). Il importe peu, dans ce contexte, que la BCV ne pouvait pas prévoir les chutes successives des cours boursiers ou encore "l'attentat à New York du 15 septembre 2001", comme elle le fait valoir, puisque la stratégie proposée reposait d'emblée sur une analyse insuffisante de la situation de la Fondation. Partant, les juges cantonaux ont considéré à bon droit que la stratégie proposée par la BCV était "manifestement déraisonnable". Au sujet de ce qualificatif utilisé par le Tribunal cantonal pour décrire la stratégie litigieuse, nul n'est besoin d'examiner s'il a versé dans l'arbitraire en ayant également constaté que la BCV avait suggéré une stratégie de placement "particulièrement agressive". En effet, en proposant une stratégie "manifestement déraisonnable" mise en oeuvre par la suite, la BCV a contrevenu à

son devoir de diligence en lien avec les art. 71 al. 1 LPP et 50 OPP 2 et la convention de gestion, conclue entre la BCV et la Fondation (les 18 janvier 2000, 21 février 2000 et 9 mars 2002), qui renvoyait à ces dispositions, compte tenu de l'ensemble des circonstances dûment prises en considération par la juridiction cantonale.

b) Du chef de responsabilité de la BCV en relation avec le réinvestissement de 2'850'000 fr.

#### **E. 8.8.1**

La juridiction de première instance a également admis la responsabilité de la recourante en relation avec le réinvestissement de la somme de 2'850'000 fr. provenant de la vente de deux parcelles de la Fondation, que la banque avait transférée successivement du compte d'exploitation n° xxx sur le compte de placement n° yyy. Elle a retenu que ni le contrat de mandat de gestion administrative, technique et comptable (des 18 et 19 janvier 2000), ni le contrat de gestion (des 18 janvier 2000, 21 février 2000 et 9 mars 2001) n'autorisaient la BCV, en sa qualité de gestionnaire administrative, technique et comptable, à transférer, à retirer et à disposer

des fonds qui avaient été confiés à son service de gestion de fortune. En sa qualité de gestionnaire de fortune, la banque avait "le droit d'opérer des modifications dans les placements du mandant, mais non pas de retirer des actifs" (la somme lui ayant été confiée pour des investissements s'étant élevée au final à 21'140'000 fr.). Si cette faculté semblait aller de soi pour la recourante, au regard des déclarations de L. \_\_\_\_\_

, elle ne correspondait pas à la volonté de la Fondation, comme il ressortait du procès-verbal du Conseil de fondation relatif à la séance du 26 février 2002. Aussi en effectuant les actes de gestion en cause, la BCV avait outrepassé les compétences qui lui avaient été attribuées par la Fondation. Ces actes n'entraient par ailleurs pas dans le cadre d'une gestion d'affaires au sens des art. 419 ss CO, ni n'avaient été ratifiés postérieurement par la Fondation: une ratification par acte concluant ou silence qualifié n'entraîne pas en ligne de compte, alors qu'une ratification formelle du réinvestissement opéré ne pouvait être admise étant donné la réprobation exprimée à ce sujet par le Conseil de fondation au cours d'une séance du 26 février 2002. En conséquence, les premiers juges ont conclu que la BCV s'était substituée sans droit, en l'absence de disposition contractuelle correspondante, aux prérogatives du Conseil de fondation en procédant unilatéralement à plusieurs transferts entre le compte d'exploitation et le compte de placement de la Fondation en 2001 et 2002. La BCV avait dès lors violé de manière caractérisée les contrats de mandat conclus avec la Fondation, de sorte que l'existence d'une faute devait être admise, sans autre examen. De plus, à défaut d'avoir été informée, la Fondation ne pouvait se voir reprocher une éventuelle faute concomitante.

#### **E. 8.8.2**

À

l'encontre de ce raisonnement, la BCV allègue en substance qu'il serait "exclu de retenir que la Fondation J. \_\_\_\_\_ aurait déterminé de manière immuable la partie de sa fortune qui pourrait faire l'objet de placements par [son] intermédiaire" et que le montant litigieux "pouvait et devait être réinvesti conformément à la grille d'allocation", ce qu'elle avait fait. Elle soutient également qu'elle disposait d'une "totale liberté", lorsqu'elle le jugeait utile, de transférer des fonds du compte de placement BCV yyy sur le compte d'exploitation BCV xxx et vice-versa. Il était donc "évident" que le produit de la vente du 2 juillet 2001 (bien immobilier de T. \_\_\_\_\_, "N. \_\_\_\_\_"), viré sur le second compte puis transféré sur le

premier, devait être réinvesti "dans le cadre du pouvoir d'administration et de gestion" qui lui avait été conféré par la Fondation, le prix des actions entrant en ligne de compte ayant été "assez bas" pour pouvoir compter sur "de notables plus-values dans le terme de dix ans pris en considération pour les allocations stratégiques".

### **E. 8.8.3**

L'argumentation de la banque recourante repose sur des affirmations péremptoires qui ne sont pas susceptibles de mettre en évidence en quoi la juridiction cantonale aurait procédé à des constatations manifestement inexactes ou aurait violé le droit. La BCV ne s'en prend pas concrètement à l'appréciation des juges précédents quant à l'étendue du mandat de gestion administrative, technique et comptable, ainsi que du mandat de gestion de fortune qu'elle avait conclus avec la Fondation. Elle se contente d'exposer sa propre appréciation de l'étendue de ceux-ci, sans remettre pertinemment en cause (consid. 3 supra) celle de la juridiction cantonale. En particulier, à la différence du Tribunal cantonal, la recourante ne se réfère à aucune disposition des contrats en cause qui appuierait ses allégations d'une délégation de la gestion patrimoniale de l'ensemble des fonds de l'institution de prévoyance qui lui avaient été confiés. Comme le relève par ailleurs à juste titre le Fonds de garantie LPP, le point de savoir si le placement opéré par la BCV du produit de la vente de l'immeuble (en 2001) était conforme aux intérêts de la Fondation, n'est pas déterminant. Seul importe dans ce cadre le point de savoir si la banque recourante était en droit de l'effectuer, ce que la juridiction cantonale a nié - en réservant l'existence d'un dommage à la suite du réinvestissement du 27 juillet 2001 -, sans que le Tribunal fédéral n'ait de motif de s'écarter de son appréciation.

De plus, selon les constatations cantonales, le Conseil de fondation n'a pas été en mesure de prendre une décision au sujet du produit de la vente des deux parcelles, puisqu'il a été placé devant le "fait accompli" en ce qui concerne l'investissement réalisé de manière unilatérale par la BCV, et n'a pu qu'exprimer son désaccord quant à cette manière de procéder. À cet égard, la BCV ne parvient pas à remettre en cause cette constatation sous l'angle de l'arbitraire lorsqu'elle allègue que le Conseil de fondation a approuvé le "décompte consécutif à la vente immobilière", lors de sa séance du 28 janvier 2002, puisque le Conseil de fondation a expressément renvoyé à la séance suivante le fait de "déterminer si les 2,85 mio de la vente de la parcelle uuu sont libres". Lors de la séance suivante, tenue le 26 février 2002, le Conseil de fondation a pris acte du fait que la BCV avait disposé de fonds libres "sans une règle", en critiquant une telle intervention. C'est en vain que la banque recourante tente de minimiser l'expression de la réprobation du Conseil de fondation, en soutenant, sans aucun élément concret à l'appui de son affirmation, que "le témoin F. \_\_\_\_\_ qui assistait pour la première fois à une séance de conseil de la Fondation J. \_\_\_\_\_ a manifesté quelque surprise pour certains des sujets traités parce que venant d'être engagée".

Dans ces circonstances, il n'y a pas à s'écarter des considérations de la juridiction cantonale, selon lesquelles il n'appartenait pas à la BCV de réaffecter les montants en cause, sans en avoir référé au préalable au Conseil de fondation (cf. art. 71 al. 1 LPP et 50 al. 1 OPP 2), ce qui constituait une violation des contrats de mandat la liant à la Fondation pour la gestion administrative, technique et comptable de celle-ci.

c) Du chef de responsabilité de la BCV au regard d'autres manquements allégués par le Fonds recourant

i) Des "autres actes de disposition"

### **E. 8.9.1**

La juridiction cantonale a constaté que son instruction avait mis en évidence que la recourante, en sa qualité de gestionnaire administrative, technique et comptable de la Fondation, avait opéré sans droit plusieurs autres actes de disposition sur les avoirs déposés sur le compte d'exploitation n° xxx, en plus de l'intervention en lien avec les deux ventes immobilières. Faute de griefs soulevés sur ce point par le Fonds de garantie LPP, les juges précédents ont toutefois renoncé à examiner si la recourante répondait également de ces actes de disposition.

Le Fonds de garantie LPP conteste ce raisonnement. En particulier, il fait valoir qu'il aurait mentionné deux prélèvements de 500'000 fr. chacun effectués par la banque sur le compte d'exploitation de la Fondation J. \_\_\_\_\_ dans le cadre de sa demande. Il soutient aussi que la BCV, contrairement à la décision prise par le Conseil de fondation lors de sa séance du 26 février 2002, n'avait pas réduit les placements sous sa gestion; en 2002, elle aurait ainsi conservé sous gestion 23'000'000 fr. au lieu de 13'000'000 fr. Selon lui, il aurait ainsi exposé (aux allégués 225 à 239 de sa demande) que la BCV n'avait pas exécuté ses obligations de gestion des liquidités et des placements de la Fondation, de sorte que les juges cantonaux auraient dû traiter ces points dans le cadre de l'instruction soumise à la maxime inquisitoire.

### **E. 8.9.2**

On rappellera que la procédure d'action selon l' art. 73 LPP ne fait pas suite à une procédure administrative aboutissant à une décision de l'institution de prévoyance professionnelle au sens de l' art. 5 PA (RS 172.021), susceptible de recours devant une autorité juridictionnelle. À l'instar des actions civiles, une telle procédure nécessite l'exposé de tous les faits et moyens de preuve déterminants sous l'angle juridique quant à l'ensemble des conditions fondant la prétention, soit les faits et preuves pertinents pour pouvoir juger, sur le fond, du droit ou de la créance invoquée. S'il est vrai que le principe inquisitoire vaut également dans le cadre de la procédure en matière de prévoyance professionnelle ( art. 73 al. 2 LPP ), ce principe se trouve limité par l'obligation de collaborer des parties. Ces dernières doivent présenter les faits pertinents, ce qui implique que les allégations y relatives, voire la contestation de certains faits, doivent figurer dans leurs écritures ( ATF 138 V 86 consid. 5.2.3 et les références; arrêt 9C\_274/2021 du 22 février 2022 consid. 4.1 et les références).

### **E. 8.9.3**

Le Fonds de garantie LPP ne saurait être suivi dans son argumentation. À la lecture des allégués 225 à 239 de sa demande du 24 décembre 2012, auxquels il se réfère en instance fédérale, on constate qu'il a exposé des faits relatifs, par exemple, à la décision du Conseil de fondation de confier une partie des fonds de la Fondation à UBS SA (en juillet 2002) ou à la part de la fortune de la Fondation confiée à la BCV, cette part ayant bénéficié de deux apports de fonds de 500'000 fr. Il a également exposé que "la part de la fortune de la Fondation J. \_\_\_\_\_ confiée à la gestion de la Banque Cantonale Vaudoise représentait Fr. 23'609'598.22 au 31 décembre 2001 (...) et n'a pas été ramené à Fr. 13'000'000.- courant 2002 comme cela avait été décidé par le conseil de la Fondation J. \_\_\_\_\_ le 26 février 2002" (allégués 227 et 228 de la demande) ou encore qu'"au 31 décembre 2001, la part de la fortune de la Fondation J. \_\_\_\_\_ confiée à O. \_\_\_\_\_ & Cie représentait Fr. 7'420'945.-" (allégué 234 de la demande).

Le Fonds de garantie n'a toutefois nullement indiqué à la juridiction cantonale en quoi ces faits auraient été pertinents au regard de la responsabilité éventuelle de la BCV; son exposé ne met ainsi pas en évidence en quoi les circonstances invoquées auraient été en relation avec un quelconque manquement de ses devoirs de la part de la BCV. En particulier, en ce qui concerne les transferts respectifs de 500'000 fr. entre les deux comptes auprès de la BCV - tels que constatés par la juridiction cantonale -, le Fonds recourant a simplement allégué qu'en 2002 la fortune de la Fondation confiée à la BCV n'avait pas baissé, comme l'aurait décidé le Conseil de fondation, mais avait bénéficié de deux apports. Ce n'est qu'en instance fédérale qu'il se prévaut de la "prise d'initiatives par la BCV quant à des prélèvements qu'elle a opérés sur le compte d'exploitation" ou de la "non-exécution par la BCV d'instructions" du Conseil de fondation sur la gestion des liquidités et des placements.

ii) De l'absence de conseils adéquats quant au taux de rémunération des avoirs de prévoyance (exercice 2000)

#### **E. 8.10.1**

La juridiction cantonale n'a pas retenu de violation du devoir de diligence de la BCV dans le cadre des recommandations que celle-ci avait faites à la Fondation en matière de rémunération des avoirs de prévoyance. Singulièrement, la banque avait implicitement validé, par le biais de ses représentants L. \_\_\_\_\_ et M. \_\_\_\_\_, l'application d'un taux de 5 % pour rémunérer les capitaux des assurés pour l'année 2000; elle n'avait pas émis de réserve quant à ce taux au moment où le Conseil de fondation l'a fixé. Pour les juges cantonaux, le fait d'offrir une rémunération à hauteur de 5 % pour l'année 2000 n'avait rien d'illicite en soi, compte tenu du taux de 4 % prévu alors par l' art. 12 OPP 2 . Si, a posteriori, ce choix "pouvait sembler inopportun" compte tenu du taux de couverture et du besoin de créer des réserves de fluctuation, le fait que la BCV ne l'avait pas remis en cause ne constituait pas un manquement de sa part, au vu du très léger découvert présenté par la Fondation (99,92 %).

#### **E. 8.10.2**

Le Fonds recourant conteste cette appréciation et fait valoir en substance qu'il n'y avait aucune réserve ni fonds libres "pour servir une rémunération aussi généreuse" , supérieure au minimum légal, de sorte que le Conseil de fondation, conseillé par la BCV, n'aurait pas dû décider d'un taux de 5 %, lors de la séance du 28 novembre 2000, alors que les comptes du premier exercice de la Fondation (au 31 décembre 1999) n'avaient pas encore été bouclés

. Il soutient par ailleurs que, selon les constatations cantonales, le Conseil de fondation avait pris voire entériné la décision d'allouer un taux d'intérêt de 5 % sur les avoirs de prévoyance, le 28 janvier 2002, à un moment où le réviseur de la Fondation avait mis en exergue que les "mauvaises performances boursières enregistrées durant l'année 2001 vont augmenter le découvert de manière significative". Dans ce contexte, les juges cantonaux avaient constaté que la BCV avait dispensé à l'organe dirigeant de la Fondation J. \_\_\_\_\_ des conseils qui avaient eu une influence sur les choix en matière de rémunération des avoirs . Il en découlait donc qu'en violation de l'obligation de la Fondation d'offrir en tout temps la garantie de pouvoir remplir ses engagements prévue par l' art. 65 LPP ,

"la BCV a[vait] laissé, sans aucune protestation, voire en formulant des encouragements, le conseil de fondation servir sur l'exercice 2000 une rémunération subobligatoire des avoirs de prévoyance, tout en sachant déjà qu'un découvert supplémentaire significatif, certes non encore chiffré, s'était creusé durant l'exercice 2001". En d'autres termes, il aurait appartenu

à la BCV de formuler une recommandation selon laquelle le Conseil de fondation devait faire modifier les comptes de l'année 2000 présentés le 28 janvier 2002, en ce sens que devait y être intégré un taux d'intérêt de 4 % et non de 5 %.

### **E. 8.10.3**

Selon les constatations de la juridiction cantonale, qui ne sont pas remises en cause par les parties, le Conseil de fondation n'avait pas établi de procédure ni fixé des critères objectifs permettant de définir le taux de rémunération à pratiquer sur les avoirs de prévoyance (pour la prévoyance plus étendue; pour la prévoyance obligatoire, voir l' art. 15 al. 2 LPP , ainsi que l' art. 12 OPP 2 respectivement l' art. 12 let. a OPP 2 [dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 et à partir du 1er janvier 2003; RO 2002 3904]). Le principe du taux de rémunération était prévu par l'art. 11 al. 2 du Règlement de prévoyance de la Fondation, selon lequel à la fin de chaque année civile, le compte de vieillesse est crédité des intérêts calculés, au taux fixé par le Conseil de fondation, sur l'avoir de vieillesse à la fin de l'année précédente. Le règlement ne précise pas à quel moment le Conseil de fondation devait fixer le taux d'intérêt rémunérateur, mais au regard de la teneur de la disposition, rien n'interdisait au Conseil de fondation de le déterminer avant la "fin de l'année civile" correspondante. Quoi que dise le Fonds de garantie LPP à cet égard, le fait que le Conseil de fondation a fixé celui-ci à l'avance, le 28 novembre 2000, soit avant la clôture définitive des comptes pour l'exercice comptable 2000 ne saurait dès lors être considéré comme "un principe saugrenu" en tant que tel (comp. arrêt 2A.562/2005 du 28 juin 2006 consid. 5.1).

S'il est vrai ensuite que l' art. 65 al. 1 LPP n'autorisait pas l'existence d'un découvert temporaire dans les années 2000 (consid. 8.7.4.1 supra), le taux de couverture constaté par la cour cantonale (de 99,92 %) au 31 décembre 2000 correspondait à un découvert minime de 0,08 %. Au regard de ce chiffre, avec les juges précédents, on ne saurait considérer que les recommandations de la BCV respectivement son absence de réaction quant au taux d'intérêt rémunérateur de 5 % confirmé par le Conseil de fondation au moment d'adopter les comptes pour l'exercice 2000, le 28 janvier 2002, correspondaient à une violation de son obligation de diligence. Elles ne relevaient certainement pas d'un conseil opportun au vu de la nécessité d'assurer l'équilibre financier de la Fondation, mais le Conseil de fondation a réagi aux indications de l'organe de révision à ce sujet en ramenant le taux en cause à 4 % pour les années suivantes, 2001 et 2002. Le grief du Fonds recourant est mal fondé sur ce point, étant relevé que l'impact d'une modification antérieure du taux de rémunération aurait été limité. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'argumentation de la BCV, dans ce cadre, selon laquelle la Fondation ne présentait pas de découvert pour l'exercice 2000 (mais un taux de couverture de 105 %).

iii) De l'absence de conseils adéquats en matière d'assainissement

### **E. 8.11.1**

Le Tribunal cantonal n'a pas non plus suivi l'argumentation du Fonds de garantie LPP selon laquelle la BCV aurait été tenue, dès le 26 février 2002, de

conseiller de manière éclairée la Fondation s'agissant de définir sans attendre des mesures d'assainissement au moment où était apparue une situation de sous-couverture significative à la fin de l'année 2001. Il a constaté que, par l'intermédiaire de M. \_\_\_\_\_, la BCV avait, avec le Conseil de fondation le 4 octobre 2002, examiné dans le détail différentes mesures destinées à résorber le découvert (augmentation de 1 % des cotisations des salariés, réduction des prestations de risque invalidité et décès, ou encore abaissement du taux de

rémunération des avoirs et du taux de conversion s'agissant de la part surobligatoire des prestations de vieillesse). Qualifiant le découvert de conjoncturel plutôt que de structurel, la banque avait estimé que la situation n'appelait qu'à des mesures limitées dans le temps; elle avait recommandé d'attribuer en 2003 le taux minimal LPP de 3,25 % par an, conformément à l'art. 12 OPP 2, sur tous les capitaux d'épargne, au lieu du taux de 4 % appliqué au 31 décembre 2001, ainsi que d'augmenter les cotisations, sous réserve de l'accord des employeurs. Selon les juges précédents, l'ensemble des personnes "qui se sont penchées sur la situation de la Fondation" avait admis que le découvert qu'elle présentait était de nature conjoncturelle - et par conséquent temporaire -, lié à l'évolution des marchés financiers.

La juridiction cantonale a retenu qu'à l'inverse de ce qu'alléguait le Fonds de garantie LPP, la BCV n'avait pas eu une position de garant à l'égard de la Fondation, do

nt le Conseil de fondation était en premier lieu chargé d'examiner les éventuelles mesures destinées à résorber le découvert de la Fondation. Par ailleurs, compte tenu des marges de manoeuvre très limitées offertes par la situation des employeurs et des employés ou par le plan de prévoyance, la Fondation n'avait guère été en mesure d'entreprendre des mesures d'assainissement et de résorber le déficit créé par la chute des marchés financiers, hormis la décision de suspendre le versement d'intérêts sur les comptes individuels des assurés pour l'année 2003. Étant donné que ces mesures n'auraient eu, au mieux, qu'un impact marginal sur la situation financière de la Fondation, il y avait lieu de nier un lien de causalité entre les recommandations faites par la BCV en matière d'assainissement de la Fondation et le préjudice subi par le Fonds de garantie LPP. Aussi, la BCV n'avait-elle pas violé son devoir de diligence à l'égard de la Fondation dans le cadre de la définition et de la mise en oeuvre de mesures d'assainissement destinées à absorber le découvert de l'institution de prévoyance.

### **E. 8.11.2**

Le Fonds de garantie LPP allègue que la BCV, en sa qualité de "gestionnaire technique/administrative/comptable et comme expert agréé de la Fondation J. \_\_\_\_\_", devait veiller au bon équilibre financier de cette institution et "conseiller adéquatement l'organe dirigeant de celle-ci à ce titre et donc fournir aux dirigeants de la Fondation des conseils adéquats sur les mesures d'assainissement à prendre". Or la banque n'avait présenté qu'en octobre 2002 des mesures qu'elle se serait empressée de déconseiller d'adopter. En ayant su dès janvier 2002 au plus tard que le découvert était "significatif", la BCV aurait dû comme "experte" faire prendre par l'institution de prévoyance toutes les mesures permettant de restreindre le découvert. Cela était d'autant plus vrai, de l'avis du Fonds recourant, que le découvert était en premier lieu dû à une cause structurelle - et non conjoncturelle en lien avec la baisse des cours de la bourse -, soit la prise de risques excessifs par la Fondation en lien avec les placements en 2000

, à laquelle s'ajoutait la faiblesse financière du groupe d'employeurs qui était lié à l'institution de prévoyance et les sorties de la caisse de pension dues à une baisse du nombre de salariés chez ces employeurs affiliés.

De plus, le Fonds de garantie LPP soutient que les juges cantonaux avaient considéré à tort que les effets des éventuelles mesures d'assainissement auraient été "marginiaux", car le jugement ne contenait rien ou presque rien sur les montants que l'une ou l'autre des mesures d'assainissement aurait pu procurer à la Fondation. À cet égard, le Fonds recourant allègue que la question de savoir dans quelle ampleur la non-prise de mesures d'assainissement

aurait causé un dommage relève de l'établissement de celui-ci et donc d'une instruction séparée. Selon lui, la BCV aurait dû présenter et recommander de mettre en oeuvre les mesures d'assainissement proportionnées suivantes, qui auraient pu conduire respectivement à des économies significatives sur les engagements de prévoyance et un financement supplémentaire: la non-rémunération ou la rémunération partielle des avoires de prévoyance par un intérêt pour l'année 2001 et 2002 (soit que la Fondation n'applique l'intérêt minimal de 4 % qu'à l'avoire de vieillesse minimal LPP conformément à l' art. 15 LPP ), l'exigence de cotisations supplémentaires et la diminution des prestations d'invalidité.

### **E. 8.11.3**

En ce qui concerne le rôle de la BCV pour conseiller la Fondation s'agissant de mesures d'assainissement, il convient de relever que le Fonds de garantie LPP entend lui imputer des tâches qu'elle n'avait alors pas.

#### **E. 8.11.3.1**

En invoquant tout d'abord la position de la BCV en tant qu'experte, à savoir experte en matière de prévoyance professionnelle, le Fonds recourant perd de vue que les "conseils adéquats sur les mesures d'assainissement à prendre" ne relevaient pas, à l'époque des faits déterminants, des tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle selon le droit alors applicable

.

L' art. 52e al. 2 let. b LPP , qui prévoit que l'expert en matière de prévoyance professionnelle soumet des recommandations à l'organe suprême de l'institution de prévoyance concernant notamment les mesures à prendre en cas de découvert, a été introduit au 1<sup>er</sup>

janvier 2012 (RO 2011 3393). De même, les "tâches particulières en cas de découvert d'une institution de prévoyance" de l'expert en matière professionnelle ont été introduites par l' art. 41a al. 2 OPP 2 à partir du 1<sup>er</sup>

janvier 2005 (RO 2004 4643); selon l'al. 1 de cette disposition, l'expert indique notamment dans le rapport actuariel si les mesures prises par l'organe compétent pour résorber le découvert correspondent aux conditions énoncées à l' art. 65d LPP (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup>

janvier 2005 également [RO 2004 4635]) et dans quelle mesure elles ont été efficaces (sur les obligations de l'expert en vertu des dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 , cf. ATF 141 V 71 consid. 6.1).

Auparavant, l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle était chargé, selon l'ancien art. 53 al. 2 LPP (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011) de déterminer périodiquement si l'institution de prévoyance offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements (let. a) et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales (let. b). Les dispositions réglementaires précisant l' art. 53 LPP figuraient aux art. 37 à 41 OPP 2. Or, si l' art. 65 al. 1 LPP n'autorisait pas encore l'existence d'un découvert temporaire et que son respect exigeait la mise en oeuvre rapide de mesures à éviter la survenance de tout découvert de la part de l'institution de prévoyance (arrêt 2A.562/2005 du 28 juin 2006

consid. 3.4), il ne découlait pas de l' art. 53 al. 2 LPP ou des dispositions réglementaires correspondantes alors applicables aux années en cause (2000 à 2003) que l'expert en matière de prévoyance professionnelle avait l'obligation de présenter des mesures d'assainissement ou d'encourager l'institution de prévoyance à prendre de telles mesures. Celui-ci avait avant tout une fonction de contrôle sous l'angle de la technique d'assurance ("versicherungstechnische Kontrolle", cf. HANS MICHAEL RIEMER, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Berne 1985, n° 67 p. 71; CARL HELBING, Personalvorsorge und BVG, 7e éd. 2000, p. 596 ss.).

#### **E. 8.11.3.2**

On constate en outre que de telles obligations ne ressortaient pas des lignes directrices édictées par la Chambre Suisse des Experts en Caisses de Pensions (cf. art. 8 des "Grundsätze und Richtlinien 2000 für Pensionsversicherungsexperten"; chapitre III des "Grundsätze und Richtlinien 1990 für Pensionsversicherungsexperten", reproduites dans CARL HELBING

, op. cit., p. 766 ss; sur les obligations de l'expert en général selon l'ancien droit, cf. arrêt 9C\_421/2009 du 29 septembre 2009 consid. 5.3 et les références, SVR 2010 BVG n° 5 p. 17).

Par ailleurs, conformément à l'art. 7 des statuts de la Fondation, l'expert en matière de prévoyance professionnelle était chargé par le Conseil de fondation "d'effectuer un examen périodique de l'institution de prévoyance". Cet examen correspond à la tâche prévue par l'ancien art. 53 al. 2 LPP, qui ne comprenait alors pas celle de conseiller la Fondation sur d'éventuelles mesures d'assainissement (consid. 8.12.3.1 supra). Selon les constatations de la juridiction cantonale, non contestées par les parties, aucun contrat écrit n'avait été signé par la Fondation et la BCV à propos du mandat d'expert en matière de prévoyance professionnelle, et le Fonds de garantie LPP ne se prévaut du reste pas d'une disposition contractuelle dans ce contexte.

#### **E. 8.11.3.3**

En tant que le Fonds recourant se prévaut ensuite de la fonction de "gestionnaire technique/administrative/comptable" de la BCV, il ne s'en prend pas aux constatations des juges précédents sur l'étendue des tâches résultant du contrat signé à cet égard les 18 et 19 janvier 2000. Ces tâches impliquaient notamment "toutes correspondances, démarches ou relations ayant trait à l'administration courante d'une fondation de prévoyance" et la "tenue de la comptabilité générale", sans qu'on puisse y voir un quelconque lien avec d'éventuelles mesures d'assainissement de l'institution de prévoyance.

En conséquence, la juridiction cantonale a considéré à juste titre que la BCV ne pouvait se voir reprocher une violation de la loi

en lien avec la mise en oeuvre de mesures d'assainissement destinées à résorber le découvert de la Fondation. Partant, il n'y a pas lieu d'examiner les mesures d'assainissement dont se prévaut le Fonds recourant ou encore son grief dirigé contre le raisonnement des juges cantonaux sur le lien entre ces mesures d'assainissement et le dommage. Le recours du Fonds de garantie LPP est mal fondé sur ce point.

d) Des griefs de la BCV relatifs au lien de causalité

#### **E. 9.1**

Le Tribunal cantonal s'est également prononcé sur le lien de causalité entre le (potentiel) dommage et les manquements de la BCV, relatifs respectivement à la violation du devoir de diligence en lien avec la stratégie de placement (consid. 8.3.2 supra) et au réinvestissement du produit de la vente immobilière (parcelles n° uuu et vvv du cadastre de la commune de T. \_\_\_\_\_; consid. 10c/cc, p. 219 de l'arrêt entrepris). S'agissant en particulier du premier manquement - seul en cause ici, compte tenu des griefs de la BCV -, il a constaté so

us l'angle de la causalité naturelle que les conseils inadéquats prodigués par la banque en matière de placement avaient eu une influence sur l'évolution de la fortune de la Fondation. En ce qui concernait la causalité adéquate, il a retenu qu'il était dans le cours ordinaire des choses et conforme à l'expérience générale de la vie que des placements dans des titres particulièrement volatils exposaient l'investisseur au risque de fluctuations des cours et de perte de valeur des titres. En outre, la chute des cours boursiers ne pouvait pas être considérée comme un motif interruptif du lien de causalité.

## **E. 9.2**

La BCV reproche à la cour cantonale d'avoir

établi les faits de manière manifestement inexacte en rapport avec le lien de causalité et conteste que celui-ci fût donné en l'espèce. À cet égard, elle se réfère à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral (du 23 novembre 2007; consid. A.b supra). Il en résulterait que la "condition sine qua non de la situation de la Fondation", à la date du 1<sup>er</sup>

janvier 2003 à laquelle le tribunal avait fixé rétroactivement la liquidation de l'institution de prévoyance, n'était pas une répartition de sa fortune à raison de 38,68 % en actions, mais la réduction drastique du nombre de ses assurés et la situation "au bord de la faillite" dans laquelle se trouvaient les ex-employeurs (affiliés), de sorte qu'il n'y avait plus d'assurés ni d'employeurs susceptibles de payer des cotisations d'assainissement. En d'autres termes, pour la BCV, c'était le démantèlement du groupe J. \_\_\_\_\_ qui avait constitué la condition sine qua non de l'impossibilité dans laquelle s'était trouvée la Fondation de poursuivre ses activités ; le pourcentage des investissements en actions et les pertes subies en lien avec ceux-ci ne jouaient aucun rôle décisif. De plus, la banque prétend que si la Fondation avait disposé d'une réserve de fluctuation d'un tiers de la valeur de ses actions au 31 décembre 2000, cette réserve aurait été entièrement absorbée avant le 31 décembre 2002, de sorte que "la situation n'aurait pas été différente de ce qu'elle a été". Selon elle, l

a correction des constatations cantonales ferait "disparaître toute possibilité de lien de causalité entre les conseils de la BCV et la liquidation de la fondation pour cause d'insolvabilité".

### **E. 9.3.1**

L'argumentation de la BCV est mal fondée. C'est en vain tout d'abord qu'elle entend déduire de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23 novembre 2007 une quelconque constatation relative à la causalité entre les faits qu'elle allègue (réduction drastique du nombre de ses assurés; situation "au bord de la faillite" des ex-employeurs) et le (potentiel) dommage, constatation qui serait susceptible de la libérer sous cet angle. Cet arrêt porte sur le point de savoir si la Fondation devait être soumise à une liquidation partielle ou totale; il comprend donc des constatations sur les opérations de restructuration du groupe J. \_\_\_\_\_ en relation avec les conditions d'une liquidation partielle ou totale de la Fondation, ainsi que la date à laquelle doit être réalisée la liquidation totale admise en fin de

compte. On cherche en revanche en vain des constatations susceptibles de fonder l'affirmation de la BCV sur "la condition sine qua non de la situation de la Fondation", qu'elle manque d'étayer davantage.

### **E. 9.3.2**

La banque recourante ne s'en prend ensuite pas de manière suffisante aux constatations du Tribunal cantonal sur le lien de causalité naturelle, en se limitant à invoquer leur caractère arbitraire, sans le démontrer. Elle se contente en effet d'affirmations qui reviennent à opposer sa propre appréciation des faits à celle des juges cantonaux, au lieu de mettre en évidence en quoi ceux-ci auraient procédé à des constatations manifestement inexacts. Ainsi, il ne suffit pas d'indiquer que la situation n'aurait pas été différente si le pourcentage des investissements en actions avait été inférieur à celui constaté par l'autorité de première instance ou si la Fondation avait disposé d'une réserve de fluctuation.

Par ailleurs, lorsque la BCV allègue que c'est uniquement le départ des assurés causé par la restructuration des groupes d'employeurs et une conjoncture défavorable au moment où les prestations de sortie des assurés en question étaient devenues exigibles qui avaient entraîné la liquidation de la Fondation - l'exposition aux actions y étant en somme étrangère -, elle énumère des faits qui ont pu également concourir à augmenter le dommage. Toutefois, les affirmations de la banque ne sauraient remettre en cause la constatation convaincante des juges cantonaux, selon laquelle la situation financière de la Fondation se serait "assurément présentée sous un jour différent" au moment où elle a été contrainte de liquider ses positions afin de pouvoir servir les prestations dues à ses assurés si la BCV lui avait proposé une stratégie de placement appropriée à sa situation financière objective, singulièrement à sa faible capacité de faire face à certains risques, en l'absence de réserves de fluctuation de valeur suffisantes. La mesure dans laquelle les manquements de la BCV ont contribué, sous l'angle du dommage, à l'insolvabilité de la Fondation, avec d'autres éventuelles causes de celui-ci, devra être déterminée dans un deuxième temps, selon la voie procédurale choisie par le Tribunal cantonal (consid. 7.2.1 supra). On rappellera, dans ce contexte, qu'un dommage peut résulter de plusieurs causes différentes, sans qu'il soit nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat ( ATF 143 III 242 consid. 3.7; 139 V 176 consid. 8.4.1).

### **E. 9.3.3**

On ne saurait davantage s'écarter du raisonnement du Tribunal cantonal sur l'absence d'élément interruptif de la causalité (sur la notion de l'événement extraordinaire ou exceptionnel déterminant à ce sujet, ATF 143 III 242 consid. 3.7). Il est vrai que la BCV ne pouvait effectivement pas prédire certains événements qu'elle énumère (notamment l'attentat du 11 septembre 2001 à New York en tant qu'élément extraordinaire). En revanche, il ne fait pas de doute que la chute possible des cours de la bourse faisait partie des éléments dont elle avait à se soucier en conseillant à la Fondation d'investir ses fonds dans des actions, en lien avec l'établissement d'une stratégie d'allocation d'actifs. En ce sens, la baisse de cours de bourse ne constitue pas, dans ce contexte, un cas fortuit qui aurait été impossible, d'un point de vue objectif, de prévoir - indépendamment de la survenance de l'événement précité - dans l'enchaînement concret des circonstances et ne saurait être constitutif d'un acte permettant d'interrompre le lien de causalité. Il suffit de relever à cet égard, sous le seul angle de l'interruption du lien de la causalité, que le Secrétariat d'État à l'économie (Seco) avait rendu attentif au danger d'un "atterrissage

brutal" de la conjoncture aux États-Unis et d'un effondrement possible du cours des actions, qui pouvait se répercuter en Europe ( ATF 143 V 19 consid. 6.1.5) ou que les crises financières des années passées n'ont pas été considérées comme extraordinaires ("einzigartig"), selon une comparaison historique ( ATF 138 V 366 consid. 5.2).

e) Grievs de la BCV relatifs au dommage

#### **E. 9.4**

Il convient encore de préciser, en réponse à certains griefs de la BCV, qu'elle ne pourra être tenue pour responsable d'un éventuel dommage - qui doit être encore déterminé par la cour cantonale - qu'en lien avec les chefs de responsabilité dont elle répond (consid. 8.3 à 8.8 supra). Partant, son argumentation selon laquelle "aussi longtemps que le dommage n'est pas établi, il est grossièrement arbitraire de retenir qu'il est causé par un comportement d'une partie" doit être écarté; il appartiendra en effet à la cour cantonale de déterminer le dommage en fonction des violations commises par la banque.

En outre, il n'y a pas à examiner le grief de la banque, selon lequel le Fonds recourant n'aurait pas subi de dommage car ce dernier n'aurait effectué des paiements en faveur de la Fondation J. \_\_\_\_\_ qu'en "vertu d'une reprise de dette". Il s'agit à nouveau d'un motif relatif au dommage, qui sort du cadre de l'objet du litige dans la mesure où le Tribunal cantonal statuera à ce sujet (consid. 2.3.1 et 7.2 supra).

Pour la même raison, il n'est pas nécessaire d'examiner le grief de la BCV selon lequel le Tribunal cantonal aurait préjugé de la question de l'attribution d'intérêts compensatoires en faveur du Fonds de garantie, puisque la cour cantonale, même si elle a rappelé des éléments théoriques à ce sujet, n'a pas appliqué ces principes; elle a en effet expressément réservé la suite de la procédure sur l'existence d'un dommage et, le cas échéant, sur la détermination du montant exact de celui-ci. C'est donc dans le cadre de cette deuxième étape de la procédure que la banque aura le loisir de contester le principe et la quotité des intérêts qui pourraient être dus en faveur du Fonds de garantie LPP.

VI. De la responsabilité des membres du Conseil de fondation

#### **E. 10.1**

Examinant les griefs du Fonds de garantie LPP contre les membres du Conseil de fondation, la juridiction cantonale a constaté tout d'abord que la constitution de la Fondation en tant qu'institution de prévoyance semi-autonome avait obéi essentiellement à des considérations de réduction des coûts administratifs et de recherche de meilleurs rendements. Une telle forme institutionnelle impliquait la gestion par l'institution de prévoyance des avoirs de vieillesse avec les risques que cela comprenait; la gestion requérait alors une expertise élevée compte tenu de la complexité de la réglementation en matière de prévoyance professionnelle et les risques en matière de responsabilité, ce qui supposait la mise en place d'instruments de gestion et de contrôle adaptés à la structure et aux besoins de l'institution de prévoyance, ainsi qu'un accompagnement par des experts confirmés, dont l'expert en matière de prévoyance professionnelle. Dans ce contexte, les juges cantonaux ont constaté que les membres du Conseil de fondation avaient été parfaitement conscients qu'ils ne disposaient que de connaissances limitées en matière de prévoyance professionnelle et qu'ils avaient besoin d'être accompagnés de façon professionnelle dans le cadre de la gestion de la Fondation, que ce soit en matière de gestion de fortune ou sur le plan technique, administratif et comptable. Ils ont retenu qu'indépendamment des compétences réelles des

différents intervenants, le Conseil de fondation avait apporté un soin particulier à s'entourer de personnes qualifiées, en choisissant la BCV pour l'accompagner dans la phase de la création et de la mise en place de la Fondation, puis pour la gestion technique, administrative et comptable, ainsi que comme expert agréé en matière de prévoyance professionnelle, la banque disposant d'un service spécialisé dans la gestion et l'administration des institutions de prévoyance. Pour la juridiction cantonale, compte tenu du profil présenté par les conseillers de la BCV et de la réputation des mandataires auxquels certaines tâches avaient été déléguées, le Conseil de fondation pouvait raisonnablement croire qu'il était accompagné de personnes qui disposaient de toutes les compétences, professionnelles et personnelles requises en matière de prévoyance professionnelle. Partant, il avait adopté le comportement que l'on était en droit d'attendre de lui au vu des connaissances limitées dont il disposait dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

Les juges précédents ont considéré en revanche que le Conseil de fondation n'avait pas instruit les délégataires, n'avait pas exercé la haute surveillance sur les activités exercées par ceux-ci - n'ayant pas davantage pris de mesures lorsque les circonstances l'exigeaient -, n'avait pas exercé les tâches intransmissibles qui lui incombait en sa qualité d'organe suprême de la Fondation et avait fait preuve d'une grave négligence à l'égard de celle-ci. Pour autant, le Conseil de fondation n'avait pas, par un acte ou par une omission, causé tout ou partie du dommage dont la réparation était demandée s'agissant en particulier des éléments suivants: la mise en place de la stratégie de placement (consid. 10.3 infra), l'achat et la vente des parcelles n° uuu et vvv du cadastre de la commune de T.\_\_\_\_\_ (consid. 10.4 infra), la rémunération des avoirs de prévoyance (consid. 10.5 infra) et l'absence de mesures d'assainissement (consid. 10.6 infra).

#### **E. 10.2.1**

Le Fonds de garantie LPP reproche tout d'abord à la juridiction cantonale d'avoir établi les faits de manière (manifestement) inexacte, en qualifiant l'ensemble des membres du Conseil de fondation de personnes inexpérimentées, du moins en matière de prévoyance professionnelle et de placements; certains de ces membres disposaient d'une expérience certaine en matière de gestion d'entreprise et étaient directeurs, voire copropriétaires d'un groupe d'entreprises de taille très importante.

Les affirmations très générales du Fonds recourant ne conduisent pas la Cour de céans à rectifier l'état de faits, comme il le demande. Elles ne suffisent en effet pas à mettre en évidence que les constatations des juges précédents sur le "profil" de chacun des membres du Conseil de fondation et l'appréciation qu'ils ont faite des témoignages recueillis au cours de leur instruction seraient manifestement inexactes voire arbitraires. La juridiction cantonale a retenu, en particulier, les fonctions de E.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ au sein du groupe J.\_\_\_\_\_ ou de A.\_\_\_\_\_ au sein de P.\_\_\_\_\_ SA, mais nié de façon convaincante l'absence de connaissances spécifiques en matière de gestion d'une institution de prévoyance des membres du Conseil de fondation.

#### **E. 10.2.2**

Le Fonds recourant fait ensuite grief aux membres du Conseil de fondation d'avoir failli à leur cura in eligendo: ils auraient "créé une situation de conflit d'intérêt" en ayant fait appel au même cocontractant, soit la BCV, pour la gestion technique/administrative/comptable d'une part et pour les tâches relatives à l'expert agréé en prévoyance professionnelle d'autre part. Selon lui, en effet, la loi prévoyait l'indépendance de l'expert, en particulier s'agissant

de l'absence de soumission à des directives de la part des gestionnaires ou des administrateurs de l'institution de prévoyance ( art. 40 OPP 2 ), alors que le Conseil de fondation se serait privé "d'un éclairage extérieur indépendant et d'une force de propositions distincte de celle du gestionnaire courant" de la Fondation. L'indépendance requise aurait précisément fait défaut, ainsi que le Tribunal cantonal l'aurait constaté.

L'argumentation du Fonds de garantie LPP ne saurait être suivie. La cour cantonale a effectivement considéré qu'il ne semblait pas qu'il existait au départ une vision claire de la portée des mandats confiés à la BCV, que différents éléments confirmaient "le flou dans lequel la BCV gérait les mandats qui lui avaient été confiés par la Fondation J. \_\_\_\_\_" et que cette situation offrait un terrain propice aux conflits d'intérêts, situation qui avait cependant été améliorée par la suite. Le Fonds recourant ne fait toutefois pas valoir, pas plus qu'il ne le démontre, que l'expert en prévoyance professionnelle choisi par le Conseil de fondation, M. \_\_\_\_\_, n'aurait pas disposé, dans une perspective globale, des compétences professionnelles nécessaires à l'exécution de son mandat. À cet égard, le Tribunal cantonal a retenu que le Conseil de fondation avait pris le soin de s'entourer d'un collaborateur de la BCV qui, titulaire du diplôme d'expert fédéral en assurance de pension et exerçant la fonction d'expert en prévoyance professionnelle au sein de la banque, était à même de conseiller la Fondation dans ce domaine, les membres du Conseil de Fondation n'ayant eu aucune raison de mettre en doute les compétences de M. \_\_\_\_\_. Le Fonds de garantie LPP ne met pas davantage en évidence que l'expert en prévoyance aurait été soumis concrètement, au sein de la BCV, à des directives de collaborateurs responsables de la gestion ou de l'administration de l'institution de prévoyance. En définitive, il n'apparaît pas que le Conseil de fondation aurait manqué à ses devoirs de diligence en lien avec le choix de l'expert en prévoyance.

Dans ce contexte, le Fonds recourant allègue encore que selon le Tribunal cantonal, l'existence d'un contrat portant sur des conseils en matière de placement entre la Fondation et la BCV ne serait pas établie au-delà de l'automne 2000 et "que si c'était correct", le Conseil de fondation aurait manqué à partir de ce moment-là de consulter un spécialiste en matière de placements afin d'apprécier "la qualité du déploiement" de l'allocation stratégique des actifs par chaque gestionnaire. Dans la mesure déjà où cette argumentation est fondée sur des allégations sans aucune référence concrète aux constatations de fait de la juridiction cantonale, qui lient en principe le Tribunal fédéral (consid. 3 supra), et obligerait celui-ci à vérifier sur quels faits exactement le Fonds recourant entend s'appuyer, alors qu'il se borne à des suppositions à cet égard, elle n'a pas à être examinée plus avant.

#### **E. 10.2.3.1**

S'agissant ensuite de la stratégie de placement, la cour cantonale a considéré qu'en l'absence d'indices concrets laissant penser que les renseignements et les assurances données par les représentants de la BCV n'étaient pas adéquats, le Conseil de fondation pouvait raisonnablement s'y fier. Dans ce contexte, le Conseil de fondation avait prêté le soin commandé par les circonstances en suivant les conseils de spécialistes disposant des qualifications professionnelles requises ainsi que les recommandations de ces derniers. En procédant de la sorte, il avait agi comme l'aurait fait une personne consciencieuse et raisonnable occupant la même fonction et placée dans des circonstances identiques. En outre, vu les garanties données par la BCV, le Conseil de fondation ne pouvait pas "décevement" se rendre compte que la stratégie de placement qu'il avait adoptée méconnaissait un principe fondamental de la prévoyance professionnelle (à savoir la

garantie, entière et en tout temps, des engagements de l'institution de prévoyance), reposait sur une analyse lacunaire de la situation financière de la Fondation et n'était pas adaptée au profil économique de celle-ci.

#### **E. 10.2.3.2**

Le Fonds recourant conteste en substance que le Conseil de fondation "eût pu simplement se reposer sur les assurances données par la BCV quant au caractère prétendument/faussettement conservateur de l'allocation stratégique des actifs". Pour lui, les organes de la Fondation J. \_\_\_\_\_ - singulièrement six membres du Conseil de Fondation (A. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_ et I. \_\_\_\_\_) - auraient été tenus de procéder à leur propre analyse de l'opportunité de l'allocation stratégique proposée par la banque. Il allègue également qu'un homme consciencieux et raisonnable (au sens dégagé par la jurisprudence [ ATF 141 V 51 consid. 6.1]) n'aurait pas choisi cette allocation stratégique des actifs; le Conseil de fondation se serait fié aveuglément et à tort aux propositions d'un seul interlocuteur. De l'avis du Fonds de garantie LPP, si le Conseil de fondation n'était pas apte à définir lui-même une allocation correcte des actifs, il "devait faire appel à un spécialiste des placements indépendant, pour obtenir un éclairage pertinent". En somme, le Conseil de fondation aurait violé ses curae in eligendo et instruendo.

#### **E. 10.2.3.3**

C'est le lieu de rappeler que la responsabilité, dans le domaine de la prévoyance professionnelle, est déjà engagée par un comportement constitutif d'une négligence légère. Commet une telle négligence celui qui, de façon même légère, manque à son devoir de diligence. La diligence requise dans le cas concret correspond à ce qu'un homme consciencieux et raisonnable, appartenant au même cercle que le responsable, tiendrait pour exigible dans des circonstances identiques; pour en juger, il ne faut pas se fonder sur un critère individuel mais sur un critère objectif, qui tienne compte des circonstances concrètes. Déterminer dans le cas concret si un comportement doit être qualifié de négligence relève d'un jugement de valeur et repose largement sur l'appréciation du juge. En pareil cas, le Tribunal fédéral fait preuve de retenue et n'intervient que si le juge a abusé de son pouvoir d'appréciation, en se référant à des critères dénués de pertinence ou en ne tenant pas compte d'éléments essentiels, ou lorsque la décision, dans son résultat, est manifestement inéquitable ou heurte de manière choquante le sentiment de justice ( ATF 139 V 176 consid. 8.3).

#### **E. 10.2.3.4**

Contrairement à ce que prétend le Fonds recourant, le Conseil de fondation n'a pas délégué des compétences inaliénables en lien avec l'allocation stratégique des actifs. Selon les constatations de la juridiction cantonale - qui ne sont pas remises en cause par les affirmations de nature appellatoire du Fonds de garantie LPP -, ledit conseil avait décidé d'adopter une allocation stratégique conservatrice et ses membres avaient eu la conviction que l'allocation proposée par les représentants de la BCV correspondait à une stratégie conservatrice vu les assurances données à ce sujet. Le Conseil de fondation avait suivi les conseils des spécialistes disposant des qualifications professionnelles requises, sans qu'il eût dû douter de l'inadéquation de leurs recommandations. On ne saurait donc lui reprocher d'avoir manqué de prendre lui-même les décisions portant sur les contours de la stratégie de placement, comme le prévoient les exigences légales en la matière (sur celles-ci, cf. aussi,

MARTIN EISENRING, op. cit., p. 99 ss). On ne voit pas ensuite que dans les circonstances mises en évidence par les juges précédents, dont notamment le fait que les membres du Conseil de fondation étaient conscients de leur absence d'expérience en matière de prévoyance professionnelle et de la nécessité de se faire accompagner dans leur démarche par un spécialiste, les intimés concernés auraient été tenus de faire vérifier la conception et la mise en place de l'allocation stratégique des actifs, telles que proposées par la BCV, par "un spécialiste des placements indépendant". Les membres du Conseil de fondation ont précisément fait appel aux services de la BCV en matière de prévoyance professionnelle pour se faire conseiller par des personnes compétentes.

En outre, il n'apparaît pas en l'occurrence, au regard des constatations cantonales correspondantes, que le Conseil de fondation aurait manqué de diligence en ayant souhaité adopter une stratégie d'allocation d'actifs conservatrice, ce qu'il avait pensé faire en se fiant de bonne foi - et non pas "aveuglément", comme l'allègue le Fonds recourant - aux assurances et aux renseignements des collaborateurs de la BCV, cette stratégie s'étant par la suite relevée inadaptée au profil économique de la Fondation. Enfin, le Fonds recourant ne met pas en évidence que la cour cantonale aurait excédé, dans son raisonnement relatif à la négligence des membres du Conseil de fondation, son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'analyse des critères pertinents. Les juges cantonaux n'ont en effet pas omis un élément ou pris en compte un fait dénué de pertinence et le résultat auquel ils sont parvenus n'apparaît pas choquant.

### **E. 10.3.1**

Au sujet du réinvestissement de la somme de 2'850'000 fr. provenant de la vente des parcelles n° uuu et vvv du cadastre de la commune de T. \_\_\_\_\_ par la BCV, les juges cantonaux ont considéré que celle-ci, en sa qualité de gestionnaire administrative, financière et comptable, avait procédé sans droit, depuis le mois d'avril 2001, à des actes de disposition sur la fortune de la Fondation qui pouvaient être préjudiciables aux intérêts de l'institution de prévoyance. Le Conseil de fondation aurait pu et dû s'en rendre compte s'il avait exercé un contrôle régulier des flux financiers au sein de la Fondation. Ce contrôle, qui faisait partie des devoirs dudit conseil, devait être exercé une fois au cours de l'année, en plus de la prise de connaissance des comptes annuels de l'institution de prévoyance; il comprenait également l'examen concret de la manière dont la BCV exerçait son mandat. Un "contrôle constant" n'était cependant pas exigé. Les juges précédents en ont déduit que les actes de disposition opérés par la BCV depuis avril 2001 n'auraient pas pu être repérés par le Conseil de fondation, au degré de la vraisemblance prépondérante, avant que la banque ne décidât de réinvestir la somme de 2'850'000 fr., le 27 juillet 2001. Partant, le Conseil de fondation n'avait pas violé son devoir de diligence à l'égard de la Fondation dans le cadre du réinvestissement de la somme litigieuse par la BCV.

### **E. 10.3.2**

Le Fonds recourant reproche en substance au Conseil de fondation de ne pas avoir mis en place des processus corrects de suivi des flux de trésorerie et des placements de la Fondation et de ne pas avoir donné d'instructions générales à la banque dépositaire au sujet des fonds litigieux. Il voit dans ces manquements une violation de la cura in instruendo.

En premier lieu, il n'y a rien à redire au raisonnement de la cour cantonale selon lequel le Conseil de fondation devait exercer au moins une fois par année son devoir de surveillance (comp. arrêt 9C\_786/2013 du 18 décembre 2014 consid. 6.3). La cour cantonale en a donc

déduit à juste titre que le Conseil de fondation n'aurait pas été en mesure de remarquer les opérations effectuées par la banque, en l'absence d'un contrôle constant, qui n'était précisément pas exigé.

Ensuite, dans la mesure où le Fonds recourant reproche au Conseil de fondation de ne pas avoir donné d'instructions précises à la banque au sujet de l'investissement de la somme de 2'850'000 fr., il s'écarte des constatations cantonales selon lesquelles il n'existait aucun document contractuel autorisant la BCV à transférer ou à retirer des fonds qui avaient été confiés à son service de gestion. L'argumentation du Fonds de garantie LPP selon laquelle "la BCV n'aurait pas été tentée d'auto-attribuer à sa gestion des placements ces liquidités nouvellement disponibles" si des instructions générales avaient existé relève d'une simple affirmation et ne saurait être suivie. Dans ce contexte, le Fonds de garantie LPP ne soulève aucun grief qui justifierait de s'écarter des constatations de la juridiction cantonale sur ce point, en particulier celles selon lesquelles le Conseil de fondation avait été placé devant "un fait accompli" par les actes de disposition de la BCV relatifs au réinvestissement, même si deux membres de ce conseil avaient été impliqués dans la vente des parcelles en cause.

#### **E. 10.4.1**

En ce qui concerne la rémunération des avoirs de prévoyance, la cour cantonale a examiné si le Conseil de fondation avait pris des décisions préjudiciables pour l'institution de prévoyance en allouant un taux d'intérêt de 5 % au lieu de 4 % pour l'année 2000, ainsi qu'un taux de 4 % au lieu de 0 % pour l'année 2002. Elle a nié une violation du devoir de diligence des membres dudit conseil pour l'année 2000, au vu du très léger découvert de 99,92 % que présentait la Fondation de prévoyance au 31 décembre 2000. Quant au taux de rémunération pour l'année 2002, elle a constaté que les marges de manoeuvre de la Fondation semblaient limitées par les dispositions légales applicables ainsi que par les recommandations de l'OFAS, selon lesquelles un intérêt de 4 % au moins devait être versé jusqu'au 31 décembre 2002. En particulier, l'OFAS avait indiqué que la loi prévoyait une rémunération avec un intérêt annuel d'au moins 4 %, un intérêt inférieur "par suite de mauvaises conditions boursières" n'étant pas admissible au regard des droits acquis de la prévoyance et de la loi (OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 65 du 31 octobre 2002). Pour les juges cantonaux, le fait qu'il avait été admis, peu de temps après, qu'un taux d'intérêt nul pouvait être appliqué selon le principe d'imputation importait peu, dans la mesure où la situation prévalant à l'époque des faits était loin d'être claire et la question d'une application rétroactive de ce principe n'apparaissait nullement évidente. Au vu du contexte particulier de l'époque, ils ont conclu que le Conseil de fondation n'avait pas violé son devoir de diligence en appliquant un taux de rémunération de 4 % pour l'année 2002 sur les avoirs de prévoyance.

#### **E. 10.4.2**

S'agissant du taux d'intérêt de 5 % adopté dans le cadre des comptes pour l'année 2000, le Fonds recourant soutient qu'une personne consciencieuse et raisonnable n'aurait pas pris cette décision, alors que les fonds nécessaires pour financer ce "taux d'intérêt trop généreux" n'étaient pas disponibles. Selon lui, il aurait fallu au moins attendre de connaître les premiers comptes de la Fondation, au 31 décembre 1999.

Avec la cour cantonale, on peut admettre que le Conseil de fondation n'a pas violé son devoir de diligence en fixant à 5 % le taux rémunérateur pour l'année 2000. Comme il a déjà été mis en évidence (consid. 8.10.3 supra), la Fondation de prévoyance ne présentait

qu'un très léger découvert de 99,92 % au 31 décembre 2000, ce que le Fonds de garantie LPP, qui se borne à qualifier de "trop généreux" un intérêt de 5 %, ne conteste pas.

#### **E. 10.5.1**

En lien avec les mesures d'assainissement qu'aurait dû prendre le Conseil de fondation selon le Fonds de garantie LPP, les juges précédents ont ensuite constaté que le 12 février 2002, l'Autorité de surveillance avait adressé un courrier consécutif à la remarque de l'organe de révision de la Fondation figurant sur les comptes de l'année 2000, selon laquelle les mauvaises performances boursières durant l'année 2001 allaient augmenter de manière significative le découvert, qualifié de conjoncturel. Elle y avait rappelé notamment que l'institution de prévoyance devait, en vertu de l'art. 44 OPP 2, résorber les découverts et les signaler à l'Autorité de surveillance avec les mesures prises pour les éliminer. Malgré ce courrier et la situation particulièrement critique au regard des pertes subies à la suite de la chute des marchés financiers, le Conseil de fondation n'avait réagi que le 18 septembre 2002, lors de la présentation des comptes 2001, en envisageant pour la première fois de prendre des mesures d'assainissement afin de résorber le découvert. Le laps de temps écoulé entre les mois de février et septembre 2002, respectivement entre octobre 2002 et février 2003 s'expliquait cependant par la volonté du Conseil de fondation de rencontrer préalablement l'Autorité de surveillance afin de connaître son avis, celle-ci n'ayant cependant pas donné suite à la requête correspondante de la Fondation. Pour les juges cantonaux, la question d'un comportement contraire au devoir de diligence des membres du Conseil de fondation pouvait rester indécise. En effet, compte tenu des marges de manoeuvre très limitées offertes par la situation des employeurs et des employés ou par le plan de prévoyance, le Conseil de fondation n'avait guère été en mesure, hormis la décision de suspendre le versement d'intérêts sur les avoirs de prévoyance pour l'année 2003, d'entreprendre des mesures d'assainissement et de résorber activement le déficit créé par la chute des marchés financiers. De plus, aux yeux des juges précédents, étant donné que ces mesures n'auraient eu qu'un impact marginal sur la situation financière de la Fondation, le lien de causalité entre le comportement du Conseil de fondation et le dommage devait être nié.

#### **E. 10.5.2**

En se limitant à relever que le Conseil de fondation n'aurait pris aucune mesure avant septembre 2002 (pour l'année 2003) alors que la lettre de l'Autorité de surveillance du 12 février 2002 "était parfaitement intelligible", qu'il se serait "complu dans son attitude préférée de totale passivité" et que tout organe consciencieux et raisonnable aurait pris diverses mesures d'assainissement, le Fonds recourant ne met pas en évidence que la juridiction cantonale aurait établi les faits de manière manifestement inexacte ou aurait apprécié arbitrairement ceux-ci. En particulier, il ne s'en prend pas aux constatations cantonales sur la marge de manoeuvre très limitée du Conseil de Fondation au vu de la structure de l'institution de prévoyance et de la situation financière des employeurs, ainsi que sur l'absence de lien de causalité entre le comportement des membres du Conseil de fondation et le dommage qui a suivi. Partant, son grief ne mérite aucun plus ample développement.

#### **E. 10.6**

En conséquence de ce qui précède, les conclusions du Fonds recourant concernant la responsabilité des membres du Conseil de fondation sont entièrement mal fondées.

## VII. Des prétentions reconventionnelles

### E. 11.1

Examinant finalement les demandes reconventionnelles des anciens membres du Conseil de fondation concernés, les juges cantonaux ont constaté que compte tenu de l'engagement présumé du Conseil de fondation dans l'insolvabilité de la Fondation, le Fonds de garantie LPP n'avait pas versé le solde de 20 % des prestations de libre passage qui était encore dû à A.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ et I.\_\_\_\_\_. Le Fonds recourant avait en effet refusé d'assurer les prestations de libre passage dues aux anciens membres du Conseil de fondation de la Fondation en se prévalant de l' art. 56 al. 5 LPP ; selon cette disposition, en cas d'abus, le Fonds de garantie LPP n'assure aucune garantie des prestations.

La juridiction cantonale a laissé ouverte la question de savoir si le Fonds de garantie LPP pouvait se fonder sur cette norme pour valablement refuser de garantir les prestations normalement dues à un assuré qui, dans le cadre de ses fonctions dirigeantes exercées au sein de l'institution de prévoyance, avait violé son devoir de diligence et conduit celle-ci à l'insolvabilité, étant donné l'issue de la procédure concernant les membres du Conseil de fondation. Elle a intégralement admis les conclusions reconventionnelles des intimés prénommés (tendant au transfert du solde de la prestation de libre passage, en capital et intérêts, aux institutions de prévoyance concernées). Elle s'est fondée sur le principe du transfert obligatoire de la prestation de sortie à la nouvelle institution de prévoyance au sens de l' art. 3 LFLP (RS 831.42) et sur le devoir de l'administration de la faillite ou de la liquidation d'une institution de prévoyance de transmettre les ressources reçues à titre de garantie par le Fonds de garantie LPP à la nouvelle institution de prévoyance de l'assuré ou à une institution au sens de l' art. 4 LFLP , prévu par l'art. 26 al. 3, 2e phrase, de l'ordonnance du 22 juin 1998 sur le "fonds de garantie LPP" (OFG; RS 831.432.1). Elle a considéré que, par économie de procédure, les soldes respectifs des prestations de sortie dues aux demandeurs reconventionnels, assortis d'intérêts, devaient être transférés directement par le Fonds de garantie aux institutions de prévoyance concernées, sans qu'ils ne transitassent par la Fondation.

### E. 11.2

En se référant aux arrêts du Tribunal fédéral 9C\_293/2014 du 16 octobre 2014 et 9C\_616/2011 du 5 avril 2012, le Fonds de garantie LPP soutient ne pas avoir la légitimation passive en lien avec les demandes reconventionnelles litigieuses: d'une part, il appartient à l'institution de prévoyance en liquidation de faire appel à la garantie des prestations légales dans la mesure prévue par l' art. 56 al. 2 LPP , de sorte que l'assuré doit agir contre celle-ci; d'autre part, la voie de droit ouverte pour exercer une prétention à son égard consiste à solliciter une décision de sa part, qui peut être attaquée devant le Tribunal administratif fédéral par un éventuel recours. Contrairement à ce que fait valoir l'intimé A.\_\_\_\_\_, on ne saurait reprocher au Fonds recourant de faire preuve de "formalisme excessif" ou d'abus de droit lorsqu'il conteste ne pas disposer de la légitimation passive en lien avec les demandes reconventionnelles des intimés concernés. Comme le principe de la responsabilité des demandeurs reconventionnels a été nié par la juridiction cantonale, le Fonds de garantie LPP était en droit de contester cet aspect du litige devant le Tribunal fédéral et de s'opposer à l'obligation reconnue par les juges précédents de verser le solde des prestations de libre passage aux intimés concernés, sans que cette démarche ne relève d'un

formalisme excessif ou doit être considérée comme abusive.

#### **E. 11.3.1**

Conformément à l' art. 56 al. 1 LPP , le Fonds de garantie LPP assume notamment la tâche de garantir les prestations légales dues par des institutions de prévoyance devenues insolvable ou, lorsqu'il s'agit d'avoirs oubliés, par des institutions liquidées (let. b) et de garantir les prestations réglementaires qui vont au-delà des prestations légales et qui sont dues par des institutions de prévoyance devenues insolvable, pour autant que ces prestations reposent sur des rapports de prévoyance auxquels la LFLP est applicable (let. c).

#### **E. 11.3.2**

Selon l' art. 26 al. 1 OFG , le Fonds de garantie est engagé jusqu'à concurrence du montant permettant à l'institution de prévoyance de remplir ses engagements légaux ou réglementaires. Il peut accorder des avances jusqu'à la clôture de la procédure de faillite ou de liquidation. Cela signifie que le Fonds de garantie LPP prend uniquement en charge la somme manquant à l'institution de prévoyance insolvable et qui permettra à cette dernière d'honorer ses engagements légaux et réglementaires. En revanche, le Fonds de garantie LPP ne se substitue pas à une institution de prévoyance devenue insolvable, celle-ci restant seule et unique débitrice des prestations dues aux assurés (arrêt 9C\_616/2011 du 5 avril 2012 consid. 3.6.1 et les références).

À cet égard, d'après l' art. 24 al. 1 OFG , seule l'institution de prévoyance devenue insolvable ou le détenteur des droits du collectif d'assurés devenu insolvable peut déposer une demande directe de prestations du Fonds de garantie, à l'exclusion de la personne assurée (voir également BEAT CHRISTEN, in Commentaire LPP et LFLP, 2010, n. 7 ad art. 56 LPP ). De son côté, la personne concernée peut saisir en justice l'institution de prévoyance au bénéfice de la couverture du Fonds de garantie LPP en ouvrant une action au sens de l' art. 73 LPP (qui doit être distinguée de l'action en responsabilité en cas d'insolvabilité d'une institution de prévoyance selon l' art. 56a al. 1 LPP [arrêt 9C\_293/2014 du 16 octobre 2014 consid. 2.4]). Le cas échéant, il appartient alors à l'institution de prévoyance de faire valoir une exception à l'encontre de la prétention de l'intéressé (par exemple une action en responsabilité à l'encontre de l'intéressé; arrêt 9C\_293/2014 du 16 octobre 2014 consid. 3.2.1).

#### **E. 11.4**

Selon les constatations de la juridiction cantonale, qui ne sont pas remises en cause par les parties et lient le Tribunal fédéral (consid. 3 supra), le Fonds de garantie LPP a, par décision du 7 mars 2008, accepté de garantir les prestations légales et réglementaires encore dues en faveur des assurés de la Fondation étant sortis de ladite fondation dans le cadre de la procédure de liquidation partielle alors encore pendante. Le "contrat de reprise" des 2 février et 12 mars 2012 concernait les prestations de rentes garanties par le Fonds recourant à partir du 1er janvier 2008 (en relation avec la liste des bénéficiaires de rentes annexées au contrat). Le Fonds de garantie LPP n'a en revanche pas versé le solde de 20 % encore dû aux membres du Conseil de fondation prénommés, compte tenu de l'engagement présumé de leur responsabilité dans l'insolvabilité de la Fondation.

Vu l'issue de la demande en dommages-intérêts du Fonds de garantie LPP contre les anciens membres du Conseil de fondation concernés par le défaut de versement du solde de prestations qui leur sont dues, la juridiction cantonale a reconnu à juste titre que l'exception

correspondante ne peut pas être opposée aux intimés en cause et que la prestation garantie par le Fonds de garantie LPP doit être transférée, par l'intermédiaire de l'administration de la liquidation, à la nouvelle institution de prévoyance, laquelle doit l'accepter même tardivement. En revanche, le principe de l'économie de procédure, sur lequel les juges précédents ont fondé l'obligation du Fonds recourant de verser directement le solde aux intimés concernés, ne justifie pas de passer outre les règles légales sur la garantie au titre d'insolvabilité d'une institution de prévoyance prévues par l'OFG (conformément à la délégation de compétence de l' art. 56 al. 4 LPP ). En vertu de l' art. 24 al. 1 OFG , respectivement les intimés concernés et défendeurs reconventionnels en première instance ne disposent pas de la légitimité active pour réclamer directement le solde dû par l'institution de prévoyance en liquidation au Fonds de garantie LPP. Ils n'ont pas de moyen d'agir directement contre le Fonds recourant par une action en justice, mais doivent faire valoir leur prétention à l'égard de la Fondation en liquidation (consid. 11.3.2 supra), qui, contrairement à ce qu'allègue D. \_\_\_\_\_, n'est pas définitivement liquidée, de sorte qu'il n'est pas impossible de lui réclamer les prestations de libre passage encore dues. En conséquence, la juridiction cantonale aurait dû rejeter les demandes reconventionnelles. Le recours du Fonds de garantie LPP doit donc être admis dans cette mesure, sans qu'il apparaisse dès lors nécessaire de se prononcer sur son argumentation tirée de la violation de l' art. 29 al. 2 Cst. L'admission du recours dans cette mesure vaut également à l'égard des successions des intimés feus H. \_\_\_\_\_ et I. \_\_\_\_\_, même si, comme ils l'avaient fait remarquer dans leur recours respectif, le Fonds recourant n'avait pas formellement requis la réforme respectivement des ch. XV et XVII du dispositif de l'arrêt entrepris. Une telle conclusion ressortait toutefois suffisamment du ch. VII du recours, interprété à la lumière de ses motifs (cf. ATF 136 V 131 consid. 1.2), l' art. 107 al. 1 LTF n'entrant pas en considération à cet égard.

Nonobstant l'admission du recours dans cette mesure, la Cour de céans appelle les parties, en particulier le Fonds de garantie LPP, à régler le plus rapidement possible cet aspect du litige en incluant dûment l'administration de la liquidation de la Fondation, étant précisé que le Fonds recourant n'est plus en droit d'opposer aux intimés en cause une exception en lien avec d'éventuelles créances en sa faveur en raison de leur responsabilité, précisément niées en l'espèce.

#### VIII. Conclusion, frais et dépens

##### **E. 12**

Il suit de ce qui précède que le recours de la BCV est entièrement mal fondé. Le recours du Fonds de garantie LPP est également mal fondé en ce qui concerne les conclusions prises contre la BCV quant à d'autres manquements allégués en plus de ceux admis par le Tribunal cantonal, ainsi que s'agissant des conclusions en responsabilité contre les (anciens) membres du Conseil de fondation. Seules les conclusions du Fonds de garantie LPP visant à rejeter les demandes reconventionnelles contre lui sont bien fondées. Par conséquent les ch. V à XIX du dispositif du jugement entrepris doivent être réformés en ce sens que les demandes reconventionnelles de A. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_ et I. \_\_\_\_\_ sont rejetées. Le recours est mal fondé pour le reste.

##### **E. 13**

Vu l'issue de la cause 9C\_242/2022, les frais de procédure y relatifs doivent être mis à la charge de la BCV, qui succombe entièrement ( art. 66 al. 1 LTF ). Les participants à la procédure au sens de l' art. 102 al. 1 LTF ne peuvent être tenus de verser des frais judiciaires, à moins de s'être comportés comme des parties, notamment en prenant des conclusions propres (arrêt 2G\_2/2024 du 2 octobre 2024 consid. 3.2 et les références); tel n'est pas le cas en l'espèce puisque les intéressés ont renoncé à se déterminer ou s'en sont remis à justice. Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens au Fonds de garantie LPP intimé ( art. 68 al. 3 LTF ).

En ce qui concerne les frais judiciaires pour la procédure 9C\_274/2022, ils sont mis entièrement à la charge du Fonds de garantie LPP, dont les conclusions en responsabilité contre la BCV et les anciens membres du Conseil de fondation sont rejetées, alors qu'il n'obtient gain de cause que dans une moindre mesure quant aux conclusions relatives aux prétentions reconventionnelles ( art. 66 al. 1 LTF ). Il versera une indemnité de dépens à la BCV, ainsi qu'à G. \_\_\_\_\_ et, dans une mesure réduite, à A. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_, à l'hoirie de feu H. \_\_\_\_\_ et à la succession de feu I. \_\_\_\_\_ ( art. 68 al. 1 LTF ). B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_, qui ne sont pas représentés par un mandataire professionnel ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ), n'ont pas droit à des dépens.

Avec le jugement entrepris, la juridiction cantonale a statué uniquement sur les dépens de la procédure antérieure portant sur une décision partielle; au ch. XXVII du dispositif, elle a dit que les frais suivaient le sort de la cause au fond. Partant, la cause sera renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision uniquement sur les dépens de la procédure antérieure ( art. 68 al. 5 LTF ).

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