Urteilskopf

139 V 176

26. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit social dans la cause X. en liquidation concordataire et consorts contre Fondation Fonds de garantie LPP (recours en matière de droit public) 9C_400/2012 et autres du 4 avril 2013

Regeste (de):
Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG; Art. 52 und 56a BVG; Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in verantwortlichkeitsrechtlichen Streitigkeiten der beruflichen Vorsorge.

Frage offengelassen, ob Rechtsstreitigkeiten gestützt auf die Verantwortlichkeitsbestimmungen von Art. 52 und 56a BVG Fälle einer Staatshaftung im Sinne von Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG darstellen (E. 2.2). Regeste b Art. 56a BVG (in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung); Verantwortlichkeit bei Zahlungsunfähigkeit einer Vorsorgeeinrichtung; Prüfung der Haftungsvoraussetzungen.

Zu den Haftungsvoraussetzungen (E. 8).

Die Klage des Sicherheitsfonds verhält sich nicht nachrangig zu einer allfälligen Klage nach Art. 52 BVG (E. 9.1).

Ist das Ausmass des Schadens im Zeitpunkt der Klageanhebung weder exakt noch annähernd bestimmbar, weil die Höhe des Erlöses aus der Liquidation der Vorsorgeeinrichtung noch nicht feststeht, kann der Sicherheitsfonds gleichwohl den gesamten Schaden geltend machen, sofern der Liquidationserlös an den Schadensverursacher abgetreten wird (E. 9.2).

Der Schaden entspricht der durch die vorgeworfenen unerlaubten Verhaltensweisen verursachten objektiven Verschlechterung der finanziellen Lage der Vorsorgeeinrichtung. Mit Blick darauf, dass das Vermögen einer Vorsorgeeinrichtung zahlreichen Einflüssen unterliegt, ist jede vorgeworfene Verhaltensweise danach zu beurteilen, ob und wieweit sie zum Schaden der Vorsorgeeinrichtung beigetragen hat (E. 11). Art. 71 Abs. 1 BVG; Art. 49 ff. und 60 BVV 2 (in der bis 31. März 2000 geltenden Fassung); Sanierung einer Vorsorgeeinrichtung; Beurteilung der Zulässigkeit einer Immobilienübertragung zwecks Bezahlung von Beitragsrückständen; Wirkungen der Übertragung.

Bei der Sanierung einer Vorsorgeeinrichtung durfte ein Beitragsrückstand unter den damaligen Umständen selbst dann mittels einer Übertragung von verwertbaren Liegenschaften ausgeglichen werden, wenn dies zu einer vorübergehenden Verletzung von gesetzlichen Vorschriften über die Vermögensanlage der Vorsorgeeinrichtungen führte (E. 12.5).

Mit der Übertragung wurde die Beitragsschuld an Zahlungsstatt beglichen; kausale Verbindungen des Schadens zu Tatsachen, die vor der Übertragung eingetreten sind, wurden dadurch unterbrochen (E. 13.3 und 14.2). Art. 11 BVG; Wirkungen einer Auflösung des Anschlussvertrages zwischen Arbeitgeber und Vorsorgeeinrichtung.

Die Zahlungsunfähigkeit einer Vorsorgeeinrichtung kann sich nur aus Handlungen im Rahmen ihrer Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle ergeben. Die Auflösung des Vorsorgeverhältnisses durch den Arbeitgeber als solche ist nicht geeignet, die Vorsorgeeinrichtung zu schädigen (E. 15.3). Regeste f

Regeste (fr):
Art. 85 al. 1 let. a LTF; art. 52 et 56a LPP; recevabilité du recours en matière de droit public portant sur un litige fondé sur les règles de responsabilité de la prévoyance professionnelle.

Question laissée ouverte de savoir si les litiges fondés sur les règles de responsabilité des art. 52 et 56a LPP constituent des cas de responsabilité étatique au sens de l'art. 85 al. 1 let. a LTF (consid. 2.2). Regeste b Art. 56a LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004); responsabilité en cas d'insolvabilité d'une institution de prévoyance; examen des conditions de la responsabilité.

Rappel des conditions de la responsabilité (consid. 8).

L'action du Fonds de garantie LPP n'est pas subsidiaire par rapport à une éventuelle action fondée sur l'art. 52 LPP (consid. 9.1).

Si, au moment de l'ouverture de l'action, l'ampleur du dommage ne peut pas être mesurée, ni exactement ni approximativement, parce que le bénéfice de la liquidation de l'institution de prévoyance est incertain, le Fonds de garantie LPP peut néanmoins faire valoir l'entier de son préjudice, à la condition que le bénéfice de liquidation soit cédé à l'auteur du dommage (consid. 9.2).

Le dommage doit correspondre à l'aggravation objective de la situation financière de l'institution de prévoyance engendrée par le ou les différents comportements illicites reprochés. La diversité des facteurs susceptibles d'influer sur la fortune d'une institution de prévoyance impose d'examiner pour chaque comportement reproché si et dans quelle mesure il est en relation avec le dommage subi par l'institution de prévoyance (consid. 11). Art. 71 al. 1 LPP; art. 49 ss et 60 OPP 2 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 mars 2000); assainissement d'une institution de prévoyance; appréciation du caractère illicite d'un transfert immobilier à titre de paiement d'un arriéré de cotisations; effets du transfert.

Dans le contexte de l'assainissement d'une institution de prévoyance, il n'était pas illégal à l'époque des faits de compenser un arriéré de cotisations par le transfert d'immeubles à réaliser, quand bien même ce transfert avait pour effet d'entraîner la violation provisoire des règles fixées par le législateur en matière de placement de la fortune d'une institution de prévoyance (consid. 12.5).

Ce transfert valait extinction de la dette de cotisations par paiement et entraînait la rupture de tout lien de causalité entre le dommage et l'ensemble des faits survenus antérieurement au transfert (consid. 13.3 et 14.2). Art. 11 LPP; effets de la résiliation du contrat d'affiliation liant un employeur à une institution de prévoyance.

L'insolvabilité d'une institution de prévoyance ne peut résulter que d'actes commis dans le cadre de l'administration, de la gestion et du contrôle de celle-ci. La résiliation par l'employeur des rapports de prévoyance n'est pas de nature en soi à causer un dommage à l'institution de prévoyance (consid. 15.3). Regeste f

Regesto (it):
Art. 85 cpv. 1 lett. a LTF; art. 52 e 56a LPP; ricevibilità del ricorso in materia di diritto pubblico in una controversia fondata sulle regole di responsabilità della previdenza professionale.

Lasciata aperta la questione se le controversie fondate sulle regole di responsabilità degli art. 52 e 56a LPP costituiscano dei casi di responsabilità statale ai sensi dell'art. 85 cpv. 1 lett. a LTF (consid. 2.2). Regesto b Art. 56a LPP (nel suo tenore in vigore fino al 31 dicembre 2004); responsabilità in caso di insolvenza di un istituto di previdenza; esame dei presupposti della responsabilità.

Richiamo dei presupposti della responsabilità (consid. 8).

L'azione del Fondo di garanzia LPP non è sussidiaria rispetto a un'eventuale azione fondata sull'art. 52 LPP (consid. 9.1).

Se al momento della promozione dell'azione non si può stabilire l'entità del danno, né con esattezza né in

maniera approssimativa, poiché il ricavo dalla liquidazione dell'istituto di previdenza è incerto, il Fondo di garanzia LPP può nondimeno fare valere l'intero suo pregiudizio, a condizione che l'utile della liquidazione sia ceduto al responsabile del danno (consid. 9.2).

Il danno deve corrispondere all'aggravamento oggettivo della situazione finanziaria dell'istituto di previdenza causato dal o dai differenti comportamenti illeciti rimproverati. La diversità dei fattori suscettibili di influire sulla sostanza di un istituto di previdenza impone di esaminare per ogni comportamento rimproverato se e in quale misura esso è correlato al danno subito dall'istituto di previdenza (consid. 11). Art. 71 cpv. 1 LPP; art. 49 segg. e 60 OPP 2 (nel suo tenore in vigore fino al 31 marzo 2000); risanamento di un istituto di previdenza; apprezzamento della natura illecita di un trasferimento immobiliare a titolo di pagamento di un arretrato contributivo; effetti del trasferimento.

Nell'ambito del risanamento di un istituto di previdenza, all'epoca dei fatti la compensazione di un arretrato contributivo mediante il trasferimento di immobili realizzabili non era illegale, sebbene anche questo trasferimento comportasse la violazione provvisoria delle regole fissate per legge in materia di investimento patrimoniale di un istituto di previdenza (consid. 12.5).

Questo trasferimento significava l'estinzione del debito contributivo mediante pagamento e comportava l'interruzione di ogni nesso causale tra il danno e l'insieme dei fatti intervenuti precedentemente al trasferimento (consid. 13.3 e 14.2). Art. 11 LPP; effetti della disdetta del contratto di affiliazione che lega un datore di lavoro a un istituto di previdenza.

L'insolvenza di un istituto di previdenza può risultare solo da atti commessi nell'ambito della sua amministrazione, della sua gestione e del suo controllo. La disdetta da parte del datore di lavoro non è in sé di natura tale da causare un danno all'istituto di previdenza (consid. 15.3). Regesto f

Regeste b

Art. 73 BVG; Klageverfahren vor dem zuständigen kantonalen Vorsorgegericht. Zu Grundsätzen der erstinstanzlichen Rechtspflege im Bereich der beruflichen Vorsorge (E. 5).
Regeste c

Art. 56a BVG (in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung); Verantwortlichkeit bei Zahlungsunfähigkeit einer Vorsorgeeinrichtung; Prüfung der Haftungsvoraussetzungen. Zu den Haftungsvoraussetzungen (E. 8).
Die Klage des Sicherheitsfonds verhält sich nicht nachrangig zu einer allfälligen Klage nach Art. 52 BVG (E. 9.1). Ist das Ausmass des Schadens im Zeitpunkt der Klageanhebung weder exakt noch annähernd bestimmbar, weil die Höhe des Erlöses aus der Liquidation der Vorsorgeeinrichtung noch nicht feststeht, kann der Sicherheitsfonds gleichwohl den gesamten Schaden geltend machen, sofern der Liquidationserlös an den Schadensverursacher abgetreten wird (E. 9.2). Der Schaden entspricht der durch die vorgeworfenen unerlaubten Verhaltensweisen verursachten objektiven Verschlechterung der finanziellen Lage der Vorsorgeeinrichtung. Mit Blick darauf, dass das Vermögen einer Vorsorgeeinrichtung zahlreichen Einflüssen unterliegt, ist jede vorgeworfene Verhaltensweise danach zu beurteilen, ob und wieweit sie zum Schaden der Vorsorgeeinrichtung beigetragen hat (E. 11).
Regeste d

Art. 71 Abs. 1 BVG; Art. 49 ff. und 60 BVV 2 (in der bis 31. März 2000 geltenden Fassung); Sanierung einer Vorsorgeeinrichtung; Beurteilung der Zulässigkeit einer Immobilienübertragung zwecks Bezahlung von Beitragsrückständen; Wirkungen der Übertragung. Bei der Sanierung einer Vorsorgeeinrichtung durfte ein Beitragsrückstand unter den damaligen Umständen selbst dann mittels einer Übertragung von verwertbaren Liegenschaften ausgeglichen werden, wenn dies zu einer vorübergehenden Verletzung von gesetzlichen Vorschriften

über die Vermögensanlage der Vorsorgeeinrichtungen führte (E. 12.5). Mit der Übertragung wurde die Beitragsschuld an Zahlungsstatt beglichen; kausale Verbindungen des Schadens zu Tatsachen, die vor der Übertragung eingetreten sind, wurden dadurch unterbrochen (E. 13.3 und 14.2).
Regeste e

Art. 11 BVG; Wirkungen einer Auflösung des Anschlussvertrages zwischen Arbeitgeber und Vorsorgeeinrichtung. Die Zahlungsunfähigkeit einer Vorsorgeeinrichtung kann sich nur aus Handlungen im Rahmen ihrer Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle ergeben. Die Auflösung des Vorsorgeverhältnisses durch den Arbeitgeber als solche ist nicht geeignet, die Vorsorgeeinrichtung zu schädigen (E. 15.3).
Regeste f

Kantonales Verwaltungsrechtspflegeverfahren; Parteientschädigungsanspruch von mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Körperschaften; Kantonalbank. Als Anstalt des öffentlichen Rechts hat sich die Neuenburger Kantonalbank nicht notwendigerweise in der Eigenschaft einer mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Körperschaft am Verfahren beteiligt. Natur und Tragweite ihrer Verfahrensbeteiligung müssen im Einzelfall konkret geprüft werden (E. 17).
Sachverhalt ab Seite 180

BGE 139 V 176 S. 180

A.

A.a La société en nom collectif X. exploitait une entreprise de construction et de génie civil active principalement dans le canton de Neuchâtel. Les associés de la société étaient F. et G. Le personnel de l'entreprise était assuré pour la prévoyance professionnelle auprès de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel cadre de l'entreprise X. (ci-après: la Fondation du personnel cadre) et auprès de la Fondation en faveur du personnel d'exploitation de l'entreprise X. (ci-après: la Fondation du personnel d'exploitation). F. et G. siégeaient dans les conseils de fondation de ces deux institutions de prévoyance, le premier en qualité de président. L'organe de contrôle de ces institutions de prévoyance était la société Y. SA.

A.b A la fin des années 1980, X. a commencé à rencontrer des difficultés financières. Dans ce contexte, la société n'a plus versé régulièrement les cotisations de prévoyance dues aux deux institutions de prévoyance auprès desquelles son personnel était assuré. D'après les rapports de contrôle établis par Y. SA à compter de l'exercice 1991, les montants des créances des institutions de prévoyance auprès de l'employeur ne respectaient pas les normes légales admissibles en matière de placement chez l'employeur. Au 31 décembre 1996, le montant de la dette à l'égard de la Fondation du personnel cadre s'élevait à 4'883'547 fr. 95 sur un total du bilan de 8'021'074 fr. 30, tandis que le montant de la dette à l'égard de la Fondation du personnel d'exploitation s'élevait à 1'947'432 fr. 16 sur un total du bilan de 2'687'874 fr. 81; les liquidités disponibles semblaient par ailleurs insuffisantes pour le règlement des engagements à court terme et des prestations de libre passage.

A.c Propriétaire d'un important parc immobilier dans le canton de Neuchâtel, X. a proposé au début de l'année 1995, dans le but d'éteindre par compensation ses dettes de cotisations, de transférer aux institutions de prévoyance l'un de ses immeubles. Après avoir initialement exprimé son opposition à une telle opération, l'Autorité de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations de la République et canton de Neuchâtel (ci-après: l'autorité de surveillance)

a donné son accord au transfert de propriété au mois d'avril 1996. L'opération a toutefois échoué en raison du refus signifié par la banque créancière hypothécaire.

A.d Vu la situation préoccupante dans laquelle se trouvaient les institutions de prévoyance, l'autorité de surveillance a, par décision du 25 novembre 1996, relevé les membres des deux conseils de fondation de leurs fonctions et désigné la société Z. SA en qualité de curatrice. Dans le prolongement de cette mesure, les responsables de X., les créanciers bancaires et hypothécaires, la curatrice des institutions de prévoyance, la société Y. SA (en exécution d'un mandat d'assistance technique et de coordination) ainsi que des représentants de la République et canton de Neuchâtel ont élaboré un plan de sauvetage de l'entreprise X. incluant notamment l'assainissement des deux institutions de prévoyance. Dans ses grandes lignes, la solution adoptée comprenait la reprise, avec effet au 1 er janvier 1997, de l'exploitation de l'entreprise de construction (y compris les obligations courantes en matière de prévoyance professionnelle incombant précédemment à X.) par une nouvelle société dénommée X. SA et le transfert aux deux institutions de prévoyance, à titre de paiement des dettes de cotisations, d'un certain nombre d'immeubles appartenant à X.

A.e Le 24 novembre 1997, X., X. SA et la Fondation du personnel cadre ont conclu une convention - dont le contenu avait été préalablement approuvé par l'autorité de surveillance - aux termes de laquelle X. s'engageait notamment à transférer à l'institution de prévoyance des biens immobiliers (garages et terrains à bâtir) pour une valeur de 4'883'547 fr. 95 en compensation de la dette qu'elle avait à son égard. Le même jour, une convention similaire portant sur une valeur de 1'640'072 fr. 16 a été passée avec la Fondation du personnel d'exploitation. Les engagements respectifs des parties ont été complétés par une convention additionnelle conclue le 17 février 1998.

A.f X. a déposé une demande de sursis concordataire le 25 février 1998, qui a abouti à l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs le 7 juin 1999. La procédure de liquidation n'est à ce jour pas terminée.

A.g Le 3 novembre 2000, l'autorité de surveillance a déposé auprès du Ministère public de la République et canton de Neuchâtel une dénonciation pénale portant sur la gestion de la Fondation du personnel cadre et de la Fondation du personnel d'exploitation. Une information a été ouverte à l'encontre de F. et de M., ancien directeur

financier de X., pour faits de gestion déloyale. Par ordonnance du 7 juin 2004, le Ministère public a prononcé un non-lieu pour motifs de droit et insuffisance de charges.

B.

B.a X. SA a mis un terme avec effet au 31 décembre 1998, respectivement au 31 décembre 2000 aux rapports de prévoyance avec la Fondation du personnel d'exploitation (courriers des 30 septembre et 17 décembre 1998) et la Fondation du personnel cadre (courrier du 8 décembre 2000). Par deux décisions du 12 mars 2001, l'autorité de surveillance a constaté la dissolution des deux institutions de prévoyance, prononcé leur mise en liquidation, relevé Z. SA de son mandat de curatrice et désigné deux liquidateurs. La procédure de liquidation des deux fondations n'est à ce jour pas terminée.

B.b En réponse à une demande des liquidateurs de la Fondation du personnel cadre, le Fonds de garantie LPP a, par décision du 26 juin 2002, accepté de verser la somme de 5'235'000 fr. à titre de garantie des prestations légales et réglementaires en faveur des assurés de l'institution de prévoyance.

C. La Fondation du personnel cadre et la Fondation du personnel d'exploitation ont ouvert devant le Tribunal administratif de la République et canton de Neuchâtel (depuis le 1 er janvier 2011: la Cour de droit public du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel) des actions en responsabilité contre Z. SA (le 14 février 2006), Y. SA (le 17 février 2006), M. (le 5 mai 2006), la République et canton de Neuchâtel, en qualité d'autorité répondant des actes commis par l'autorité de surveillance (le 14 novembre 2006), et X. (le 8 mai 2007). Le traitement de ces actions a été tacitement ajourné en attendant que la juridiction cantonale se prononce sur l'action introduite dans l'intervalle par le Fonds de garantie LPP.

D. Par mémoire du 5 avril 2006, le Fonds de garantie LPP a ouvert action devant le Tribunal administratif de la République et canton de Neuchâtel contre la République et canton de Neuchâtel, la Banque cantonale neuchâteloise (en qualité de banque hypothécaire et commerciale), Y. SA, X., F., G., X. SA et Z. SA, en concluant à ce que les défendeurs soient condamnés solidairement à lui payer la somme de 5'234'387 fr. 05 avec intérêt de 5 % dès le 26 juin 2002, sous déduction du produit de la liquidation de la Fondation du personnel cadre revenant au Fonds de garantie LPP, ou, à titre subsidiaire, à ce qu'ils soient condamnés solidairement à lui verser un montant équitable à fixer par le Tribunal.

La juridiction cantonale a ordonné le 29 octobre 2010 la jonction des causes et requis la production de divers dossiers et documents, puis refusé le 23 septembre 2011 l'administration de preuves supplémentaires. Le 5 avril 2012, le Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel a rendu l'arrêt suivant: LA COUR DE DROIT PUBLIC
1. Condamne la République et canton de Neuchâtel, Y. SA, X. en liquidation concordataire et X. SA, solidairement, à payer à la Fondation Fonds de garantie LPP le montant de 5'234'387.05 francs plus intérêts à 5 % dès le 26 juin 2002, sous déduction du produit éventuel de la liquidation des deux fondations de prévoyance en faveur du personnel de l'entreprise X. revenant à la Fondation Fonds de garantie LPP. 2. Rejette la demande dans la mesure où elle était dirigée contre la Banque cantonale neuchâteloise, F., G. et Z. SA en liquidation. 3. Dit qu'il n'est pas perçu de frais de justice.
4. Alloue à la Fondation Fonds de garantie LPP une indemnité de dépens de 399'150 francs, solidairement à la charge des quatre défendeurs condamnés. 5. Alloue à Z. SA en liquidation une indemnité de dépens de 317'000 francs à la charge de la Fondation Fonds de garantie LPP. 6. Alloue à F. et à G. une indemnité de dépens globale de 285'772 francs à la charge de la Fondation Fonds de garantie LPP.

E. Le Tribunal fédéral a été saisi de cinq recours en matière de droit public interjetés contre l'arrêt du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel du 5 avril 2012: X. en liquidation concordataire a conclu à la réforme du jugement attaqué dans le sens du rejet des conclusions prises par le Fonds de garantie LPP. A titre subsidiaire, elle a demandé l'annulation du jugement et le renvoi de la cause à la juridiction cantonale (cause 9C_400/2012). X. SA a conclu à la réforme du jugement attaqué dans le sens du rejet de la demande dirigée contre elle par le Fonds de garantie LPP et, en tant que besoin, au renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision sur les dépens (cause 9C_407/2012). La Banque cantonale neuchâteloise a conclu à la réforme du jugement attaqué dans le sens de l'allocation d'une indemnité de dépens de 316'209 fr. 05 à la charge du Fonds de garantie LPP. A titre subsidiaire, elle a demandé l'annulation du jugement et le renvoi de la

cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants (cause 9C_411/2012). La République et canton de Neuchâtel a conclu à la réforme du jugement attaqué dans le sens du rejet de la demande dirigée contre elle par le Fonds de garantie LPP et au renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision sur les dépens (cause 9C_412/2012). Y. SA a conclu à la réforme du jugement attaqué dans le sens du rejet de la demande dirigée contre elle par le Fonds de garantie LPP. A titre subsidiaire, elle a demandé l'annulation du jugement et le renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants (cause 9C_422/2012).

F. Le Fonds de garantie LPP a conclu au rejet des recours dans la mesure de leur recevabilité, tandis que l'Office fédéral des assurances sociales n'a pas déposé d'observations. Les parties recourantes ont renoncé à déposer des observations complémentaires.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2.

2.2 En matière de responsabilité étatique, le recours en matière de droit public n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 30'000 fr. (art. 85 al. 1 let. a LTF). En cas de recours contre une décision finale, cette valeur est déterminée par les conclusions - recevables - restées litigieuses devant l'autorité précédente juste avant que celle-ci prononce le jugement (art. 51 al. 1 let. a LTF). Lorsque la valeur litigieuse est inférieure au montant déterminant, le recours en matière de droit public est néanmoins recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF). Le Tribunal fédéral n'a pas encore été amené à se prononcer sur la recevabilité de recours en matière de droit public portant sur des litiges fondés sur les règles de responsabilité des art. 52 et 56a LPP dont la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., singulièrement sur la question de savoir si de tels litiges constituent des cas de responsabilité étatique au sens de l'art. 85 al. 1 let. a LTF (sur la notion de "responsabilité étatique", cf. ATF 137 V 51 consid. 4 p. 54; ATF 135 V 98 consid. 5 p. 101; MÉLANIE FRETZ, La responsabilité selon l'art. 52 LAVS: une comparaison avec les art. 78 LPGA et 52 LPP, REAS 2009 p. 249). La question peut demeurer indécise, car les conclusions restées litigieuses sur le fond devant l'autorité précédente juste avant que celle-ci

ne prononce le jugement s'élevaient à 5'234'387 fr. 05, de sorte que la valeur litigieuse atteint en tout état de cause le seuil de 30'000 fr. fixé à l'art. 85 al. 1 let. a LTF. (...) (...)

5. (...)

5.1 D'après l'art. 73 LPP, la procédure en matière de prévoyance professionnelle doit être simple, rapide et,

en principe, gratuite. Lorsque le litige porte sur une contestation opposant le Fonds de garantie LPP aux personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés (art. 73 al. 1 let. d LPP), l'action est ouverte à l'initiative du premier nommé par une écriture qui doit désigner les personnes recherchées, contenir des conclusions ainsi qu'une motivation; c'est elle qui déclenche l'ouverture de la procédure et détermine l'objet du litige et les parties en cause (maxime de disposition; ATF 129 V 450 consid. 3.2 p. 453 et la référence). Dans les limites de l'objet du litige tel qu'il a été déterminé par les conclusions de la demande et les faits invoqués à l'appui de celle-ci, le juge de première instance n'est toutefois pas lié par les prétentions des parties; il peut ainsi adjuger plus ou moins que demandé à condition de respecter leur droit d'être entendues (ATF 135 V 23 consid. 3.1 p. 26; voir également arrêt 4A_487/2007 du 19 juin 2009 consid. 7.1).

5.2 Conformément à l'art. 73 al. 2, 2 e phrase, LPP, la maxime inquisitoire est applicable à la procédure en matière de prévoyance professionnelle. En vertu de ce principe, il appartient au juge d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires. En principe, les parties ne supportent ni le fardeau de l'allégation ni celui de l'administration des preuves. Cette maxime doit cependant être relativisée par son corollaire, soit le devoir de collaborer des parties, lequel comprend l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués (ATF 138 V 86 consid. 5.2.3 p. 97; ATF 125 V 193 consid. 2 p. 195). Si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas du fardeau de la preuve, dans la mesure où, en cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences, sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à la partie adverse. Cette règle ne s'applique toutefois que s'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait qui

correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 117 V 261 consid. 3b p. 264 et les références; voir également MEYER/UTTINGER, in LPP et LFLP, Commentaire, Schneider/Geiser/Gächter [éd.], 2010, n°94 ad art. 73 LPP).

5.3 Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde généralement sa décision sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 135 V 39 consid. 6.1 p. 45 et les références; voir également arrêt 9C_717/2009 du 20 octobre 2009 consid. 3.3). (...)

7. Le Fonds de garantie LPP a, sur la base des art. 56 al. 1 let. b et c et 56a al. 1 LPP, garanti les prestations légales et réglementaires dues par la Fondation du personnel cadre devenue insolvable, puis exercé son droit de recours à l'encontre des personnes qu'il jugeait responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance.

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

nance, le Fonds de garantie LPP avait, dans les limites des prestations garanties, un droit de recours contre les personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance.

7.2 Afin de consacrer le droit de recours du Fonds de garantie LPP dans une règle de niveau législatif, le législateur a adopté l'art. 56a al. 1 LPP, disposition qui est entrée en vigueur le 1 er janvier 1997 (RO 1996 3067; voir le rapport du 24 août 1995 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national en réponse

à l'initiative parlementaire Rechsteiner, FF 1996 I 528; voir également arrêt du Tribunal fédéral des assurances B 10/05 du 30 mars 2006 consid. 8.2.3.4, in SVR 2006 BVG n°34 p. 131). En vertu de cette disposition, le Fonds de garantie LPP disposait, à concurrence des prestations garanties, d'un droit de recours contre des personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés.

7.3 Dans sa teneur applicable depuis le 1 er janvier 2005, l'art. 56a al. 1 LPP prévoit que le Fonds de garantie LPP peut, vis-à-vis des personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou du collectif d'assurés (depuis le 1 er janvier 2012: de la caisse de pension affiliée [RO 2011 3385]), participer aux prétentions de l'institution au moment du versement des prestations garanties et jusqu'à concurrence de celles-ci. Le Fonds de garantie LPP est désormais subrogé aux droits de l'institution de prévoyance à concurrence des prestations garanties (BEAT CHRISTEN, in LPP et LFLP, Commentaire, Schneider/Geiser/Gächter [éd.], 2010, n°6 ad art. 56a LPP).

7.4 Le Fonds de garantie LPP a fondé ses prétentions sur des faits qui étaient antérieurs au 31 décembre 2004. Au regard de la réglementation applicable au moment des faits litigieux, le Fonds de garantie LPP n'était pas subrogé aux droits de l'institution de prévoyance, mais disposait d'un droit propre et autonome non seulement contre les organes de celle-ci, mais aussi - à la différence de la responsabilité réglée à l'art. 52 LPP - contre d'autres personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance, telles que l'autorité de surveillance ou la société de réassurance (ATF 135 V 163 consid. 5.2 p. 168; ATF 130 V 277 consid. 2.1 p. 280; voir également arrêt précité B 10/05 du 30 mars 2006 consid. 8.1, ainsi qu'ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, 1996, p. 254).

8. En tant que norme générale de responsabilité, l'art. 56a al. 1 LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004) présuppose la violation fautive d'une obligation (acte illicite); une négligence, même légère, suffit. Il faut également que le lésé ait subi un dommage ainsi que l'existence d'un lien de causalité naturel et adéquat entre le comportement reproché et le dommage (ATF 135 V 373 consid. 2.3 p. 375 et les références).

8.1

8.1.1 Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le

montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471; ATF 132 III 359 consid. 4 p. 366 et les références). Dans le cas particulier, celui-ci consiste dans le montant pris en charge par le Fonds de garantie LPP au titre des prestations qui auraient normalement dû être allouées par l'institution de prévoyance si celle-ci n'était pas devenue insolvable (ATF 135 V 373 consid. 2.3 p. 375 et les références).

8.1.2 Selon une jurisprudence constante, le lésé a également droit, en plus du montant en capital de l'indemnité réparatrice, à l'intérêt compensatoire de ce capital. L'intérêt compensatoire a pour but de placer le lésé dans la situation où il se trouverait si le dommage, respectivement ses conséquences économiques, avaient été réparés au jour de l'acte illicite. Cet intérêt, dont le taux s'élève en principe à 5 % (art. 73 al. 1 CO; ATF 122 III 53 consid. 4b p. 54), est dû dès le moment où les conséquences économiques du fait dommageable se sont produites et court jusqu'au paiement de l'indemnité (ATF 131 III 12 consid. 9.1 p. 22 et les références).

8.1.3 Dire s'il y a eu dommage et quelle en est la quotité est une question de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 et 2 LTF). C'est en revanche une question de droit (art. 106 al. 1 LTF) de dire si la notion juridique du dommage a été méconnue et de déterminer si l'autorité cantonale s'est fondée sur des principes de calcul admissibles pour le fixer (ATF 132 III 359 consid. 4 p. 366; ATF 130 III 145 consid. 6.2 p. 167 et les références).

8.2 L'illicéité implique une atteinte à un bien juridiquement protégé, qu'il s'agisse de l'atteinte à un droit subjectif absolu (illicéité par le résultat; Erfolgsunrecht) ou de l'atteinte au patrimoine par la violation d'une norme de protection du bien juridiquement atteint (illicéité par le comportement; Verhaltensunrecht). Le patrimoine en soi n'est pas un bien juridique, son atteinte donc pas illicite à elle seule. Les atteintes au patrimoine ne sont par conséquent illicites que si elles découlent d'un comportement proscrit en tant que tel par l'ordre juridique indépendamment de ses effets patrimoniaux (théorie objective de l'illicéité). La condition est que les normes de comportement violées visent la protection contre de telles atteintes. Le comportement exigé par la loi peut consister soit dans une action, soit dans une omission - auquel cas il faut qu'il existât, au moment déterminant,

une norme juridique qui sanctionnait explicitement l'omission commise ou qui imposait de prendre en faveur du lésé la mesure omise (position de garant vis-à-vis du lésé). Les devoirs dont la violation est en cause résultent d'abord de la loi; pour les organes au sens de l'art. 52 LPP sont déterminantes en outre les obligations et prescriptions statutaires et réglementaires, ainsi que les directives des autorités de surveillance et les obligations résultant d'un contrat (ATF 135 V 373 consid. 2.4 p. 376 et les références). 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.

8.3 La responsabilité est déjà engagée par un comportement constitutif d'une négligence légère. Commet une telle négligence celui qui, de façon même légère, manque à son devoir de diligence. La diligence requise dans le cas concret correspond à ce qu'un homme consciencieux et raisonnable, appartenant au même cercle que le responsable, tiendrait pour exigible dans des circonstances identiques; pour en juger, il ne faut pas se fonder sur un critère individuel mais sur un critère objectif, qui tienne compte des circonstances concrètes. Déterminer dans le cas concret si un comportement doit être qualifié de négligence relève d'un jugement de valeur et repose largement sur l'appréciation du juge (ATF 128 V 124 consid. 4e p. 132; voir également UELI KIESER, in LPP

et LFLP, Commentaire, Schneider/Geiser/Gächter [éd.], 2010, n°27 ad art. 52 LPP). 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 (arrêt 5C.18/2006 du 18 octobre 2006 consid. 7.1 in fine et les références, in SJ 2007 I 238).

8.4 Enfin, pour que le dommage doive être réparé, il faut qu'il existe entre l'insolvabilité et le comportement reproché au responsable un lien de causalité naturelle et adéquate.

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

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

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

8.4.3 L'existence d'un lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est une question de fait (ATF 130 III 591 consid. 5.3 p. 601). En revanche, la méconnaissance du concept même de la causalité naturelle ainsi que l'existence d'un rapport de causalité adéquate constituent des questions de droit que le Tribunal fédéral examine librement (ATF 123 III 110 consid. 2 p. 111 et les références).

8.5 Si deux ou plusieurs personnes sont tenues de réparer le même dommage, il y a responsabilité plurale. La théorie générale de la pluralité de responsables consacrée par le Tribunal fédéral distingue entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite (ATF 115 II 42 consid. 1b p. 45; ATF 104 II 225 consid. 4 p. 229). Dans les cas où plusieurs responsables ont commis une faute commune, le préjudice causé est

logiquement imputable à chacun d'eux (solidarité parfaite). Dans les cas où les différents responsables ont agi indépendamment les uns des autres, chacun d'entre eux répond certes de la totalité du préjudice qu'il a personnellement causé, mais pas au-delà (solidarité imparfaite). Si une personne n'a causé qu'une partie du préjudice, elle doit donc répondre de celle-ci, mais non du préjudice dans son entier; il en va du respect des règles de la causalité, en vertu desquelles nul n'est tenu de réparer un préjudice qu'il n'a pas causé. La solidarité n'existe donc que dans la mesure de la responsabilité préalable de chacun (ATF 130 III 362 consid. 5.2 p. 369; ATF 127 III 257 consid. 5a p. 262 et les références citées; voir également FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 2 e éd. 2011, p. 457 ch. 1627 ss).

9. (...)

9.1 On ne saurait suivre les recourantes lorsqu'elles soutiennent, en se fondant sur un arrêt rendu le 17 septembre 2009 par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Fribourg (causes 605 2009-179 et 605 2009-180), que les actions en responsabilité fondées sur l'art. 56a al. 1 LPP (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004) seraient subsidiaires à celles fondées sur l'art. 52 LPP. Leur argumentation ne repose sur aucun fondement légal ou jurisprudentiel et méconnaît manifestement le caractère propre et autonome de l'action fondée sur l'art. 56a al. 1 LPP, tel que la jurisprudence l'a consacré (cf. supra consid. 7.4). Malgré les difficultés procédurales engendrées par la juxtaposition d'actions ouvertes par une institution de prévoyance sur la base de l'art. 52 LPP et par le Fonds de garantie LPP sur la base de l'art. 56a al. 1 LPP, il n'y a pas lieu de remettre en cause ce principe.

9.2 Il n'en est pas moins vrai que le dommage effectif subi par le Fonds de garantie LPP était encore incertain au moment où celui-ci a ouvert action. Selon la jurisprudence, lorsque le dommage ne peut pas, vu l'incertitude planant par exemple sur le dividende d'une faillite ou le bénéfice d'une liquidation, être exactement déterminé ou du moins ne peut pas l'être d'une manière suffisamment fiable, le lésé peut néanmoins faire valoir l'entier de son préjudice supposé dans le cadre d'une action en responsabilité, à la condition que le dividende de faillite ou le bénéfice de liquidation soit cédé à l'auteur du dommage. Cette solution, retenue en droit public (ATF 108 Ib 97 consid. 1c p. 100) et en droit civil (ATF 111 II 164 consid. 1b p. 167), puis étendue en matière d'assurances sociales (ATF 113 V 180

consid. 3b p. 183), doit également être reprise dans le cadre du droit de recours du Fonds de garantie LPP contre les personnes responsables de l'insolvabilité d'une institution de prévoyance. Il serait contraire en effet aux intérêts des parties d'ajourner indéfiniment l'exercice de créances en dommages-intérêts, notamment lors de liquidations compliquées. Cette manière de procéder respecte par ailleurs mieux le but des règles en matière de responsabilité. Elle permet de remettre le lésé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il n'avait pas été victime du comportement illicite de l'auteur du dommage et, indirectement, d'exclure qu'il se trouve, en raison de l'intrication des procédures, surindemnisé. Il paraît en outre plus équitable que ce soit l'auteur du dommage qui supporte en définitive les conséquences dues à l'incertitude planant sur le résultat définitif de la liquidation (voir également ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, 1996, p. 134).

9.3 Il résulte de ce qui précède que le Fonds de garantie LPP était en droit, quand bien même son dommage réel ne pouvait pas, compte tenu des circonstances, être chiffré ou ne pouvait pas l'être avec une précision suffisante, d'ouvrir, moyennant cession du dividende de la liquidation de l'institution de prévoyance en faveur des auteurs du dommage, une action en réparation du dommage pour le montant total de son préjudice supposé.

Sous réserve des précisions apportées au présent considérant, la juridiction cantonale n'a par conséquent pas violé le droit fédéral en entrant en matière sur l'action ouverte par le Fonds de garantie LPP. (...)

11. Comme on l'a vu (cf. supra consid. 8.4), un responsable n'est tenu de réparer que le dommage qui se trouve dans un rapport de causalité naturelle et adéquate avec le comportement qui fonde sa responsabilité. Contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, le préjudice indemnisé ne saurait simplement résulter de la somme allouée par le Fonds de garantie LPP, mais doit correspondre à l'aggravation objective de la situation financière de l'institution de prévoyance engendrée par le ou les différents comportements illicites reprochés. Viole donc le droit fédéral, car contraire au principe de la causalité, le raisonnement de la juridiction cantonale consistant, par exemple, à condamner la République et canton de Neuchâtel à payer la somme de 5'234'387 fr. 05 au motif que l'autorité de surveillance aurait négligé son devoir de diligence en laissant augmenter sans réagir le montant des placements auprès de l'employeur jusqu'à la

somme de 4'883'547 fr. 95 (cf. infra consid. 13). Par ailleurs, c'est le lieu de préciser qu'une institution de prévoyance peut essuyer des pertes pour de multiples motifs: actes illicites, violation de devoirs contractuels, non-paiement des cotisations de l'employeur ou des travailleurs, rendements insuffisants, perte sur placements, frais de gestion (interne ou externe) exorbitants, retraits importants d'avoirs de libre passage, etc. Il n'est ainsi pas impossible que tout ou partie d'une perte soit imputable à des facteurs non liés à un comportement individuel, comme par exemple une conjoncture économique défavorable. Au regard de la diversité des facteurs pouvant influer sur la fortune d'une institution de prévoyance, il y a lieu d'examiner pour chaque comportement reproché si et dans quelle mesure il est en relation avec l'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Cela présuppose une analyse chronologique détaillée de l'activité de l'institution de prévoyance (à la lumière de l'évolution de la fortune, du personnel assuré, des rendements réalisés, etc.) et de l'impact concret sur la fortune de chaque décision prise et de chaque omission commise. Faute de savoir de quels éléments se composait la perte de la Fondation du personnel cadre, la juridiction cantonale n'était raisonnablement pas en mesure de se prononcer sur la responsabilité des parties recherchées. Pour ce motif, il se justifierait d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle rende un nouveau jugement sur le fond.

12. La juridiction cantonale a retenu que X., X. SA, la République et canton de Neuchâtel et Y. SA avaient pris une part active dans l'établissement de la convention passée le 24 novembre 1997, laquelle contenait, à son avis, une solution inconciliable avec les exigences de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831.441.1) et propre à mettre en péril le but de prévoyance. Elles auraient commis ainsi un acte illicite ayant entraîné l'insolvabilité de la Fondation du personnel cadre et l'intervention du Fonds de garantie LPP.

12.1 Plus précisément, la juridiction cantonale a examiné la question de savoir s'il était admissible de procéder à l'assainissement de la Fondation du personnel cadre par le truchement d'un transfert d'immeubles. Si la dette de la société fondatrice (X.) avait été entièrement amortie, permettant de mettre fin à la situation contraire à l'OPP 2 consistant dans le dépassement de la limite admissible pour les placements chez l'employeur, le transfert d'immeubles avait néanmoins créé à son tour une situation non conforme aux exigences de l'OPP 2.

A la suite dudit transfert, la fortune immobilière de la Fondation atteignait plus de 97 % des actifs au bilan à fin 1997, situation qui ne s'était guère modifiée au cours des années suivantes. La plupart des immeubles cédés, à savoir essentiellement des terrains à bâtir, n'avaient aucun rendement; ils ne pouvaient procurer des liquidités à la Fondation que dans les limites des possibilités offertes par leur mise en gage et leur vente, vente qui ne pouvait guère être espérée dans un avenir proche compte tenu du marché immobilier défavorable. Ce dernier élément avait très probablement été la raison pour laquelle X. - acculée à la faillite et désireuse d'assurer rapidement sa survie - ne les avait pas vendus elle-même. La solution consacrée par la convention comportait donc clairement l'intention de favoriser le sauvetage de la société fondatrice, et n'aurait vraisemblablement pas été acceptée par l'autorité de surveillance s'il s'était agi uniquement d'empêcher la survenance d'un dommage à l'encontre de l'institution de prévoyance (ou de ses assurés). Le manque de liquidités de la Fondation pour faire face aux engagements à court terme, relevé par les organes de contrôle successifs, ne pouvait pas être ignoré et le risque que cette situation perdure était patent. A cela s'ajoutait le fait que l'assainissement de la Fondation était censé se dérouler sur plusieurs années, ce qui impliquait le maintien d'une situation contraire aux exigences légales et réglementaires en matière de prévoyance professionnelle pendant une longue période. De plus, la restructuration de la société fondatrice - si elle présentait peut-être de bonnes chances de succès, lesquelles semblaient s'être vérifiées depuis lors - n'offrait pas encore la garantie d'une remise à flot durable de la Fondation. En conséquence, le concept même qu'incorporait la convention de 1997 constituait une solution non seulement inconciliable avec les exigences de l'OPP 2, mais également propre à causer le dommage invoqué par le Fonds de garantie LPP. En d'autres termes, il n'était pas possible de considérer que la solution prévue par la convention de 1997 ne mettait pas en péril le but de prévoyance et que sa justification était suffisante, puisque celle-ci résidait dans une large mesure dans la volonté d'assurer la poursuite des activités de la société fondatrice sous une nouvelle raison sociale.
Dans ce contexte, la responsabilité de X. et de X. SA était engagée en tant que principales intéressées à l'aboutissement des négociations et aux solutions adoptées à l'issue de celles-ci. Pour sa part, Y. SA avait pris une part active dans cette opération en assumant, ce qui était illicite, la double fonction d'organe de contrôle de la

Fondation et de conseiller financier de X., double fonction qui conférait non seulement la faculté - résultant du mandat qu'elle avait reçu de X. - de veiller aux intérêts de celle-ci, mais également une position de force à l'égard de la Fondation et de l'autorité de surveillance. Quant à l'autorité de surveillance, elle avait prêté son concours aux négociations qui avaient abouti à l'adoption des solutions retenues à l'issue de celles-ci et donné son approbation à la convention du 24 novembre 1997.

12.2 Il n'est pas contesté que la solution adoptée dans le cadre de la convention conclue le 24 novembre 1997 par la Fondation du personnel cadre, X. et X. SA, ratifiée par l'autorité de surveillance, entraînait le non-respect par l'institution de prévoyance des règles fixées par le législateur en matière de placement de la fortune d'une institution de prévoyance (art. 71 al. 1 LPP et art. 49 ss OPP 2), singulièrement les principes de la sécurité et de la répartition appropriée des risques au sens de l'art. 50 OPP 2. Le résultat auquel conduisait cette transaction, en tant qu'elle aboutissait - d'après les constatations de fait opérées par la juridiction cantonale - au placement de plus de 97 % des actifs en immeubles et terrains à bâtir (art. 54 let. c OPP 2) et à un manque de liquidités ne permettant pas de verser les prestations d'assurance et de libre passage exigibles (art. 52 OPP 2), était contraire à la réglementation applicable.

12.3 Cela étant, l'existence d'une situation contraire au droit ne signifie pas que celle-ci est nécessairement en rapport de causalité avec le dommage survenu postérieurement. Encore faut-il démontrer que le déséquili-

bre dans la répartition de la fortune à la suite de la convention du 24 novembre 1997 a eu des conséquences délétères sur la situation financière de l'institution de prévoyance et qu'elle est une, sinon la cause (naturelle et adéquate), de l'insolvabilité de celle-ci (voir ATF 137 V 446 consid. 7 p. 459). Pour toute motivation à ce sujet, la juridiction cantonale a retenu que "le concept même qu'incorpore la convention de 1997 constitue une solution non seulement inconciliable avec les exigences de l'OPP 2 mais également propre à causer le dommage invoqué". En vérité, il ressort de l'arrêt attaqué que la juridiction cantonale n'a pas véritablement examiné, malgré les objections soulevées par les recourantes, la question du rapport de causalité entre la conclusion de cette convention et l'insolvabilité de la Fondation du personnel cadre. Ce motif justifierait également d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle examine cet aspect du litige.

12.4

12.4.1 X., X. SA, la République et canton de Neuchâtel et Y. SA allèguent dans leurs mémoires respectifs que la situation de la Fondation du personnel cadre aurait été bien plus défavorable si les mesures d'assainissement concrétisées notamment par la convention du 24 novembre 1997 n'avaient pas été mises en oeuvre. Compte tenu de la situation extrêmement difficile dans laquelle se trouvait X. en 1997, il est évident que l'échec des mesures d'assainissement aurait entraîné la faillite de la société. Dans cette hypothèse, le Fonds de garantie LPP aurait dû également intervenir afin de garantir les prestations légales et réglementaires en faveur des assurés de la Fondation du personnel cadre, avec une perte probablement supérieure à celle qui sera finalement la sienne en l'occurrence. Dans ces conditions, la convention du 24 novembre 1997 ne pouvait être considérée comme étant la cause du dommage.

12.4.2 Au travers de cette argumentation, les recourantes font implicitement référence à la théorie dite du comportement de substitution licite (rechtmässiges Alternativverhalten). Elle revêt le caractère d'une objection, par laquelle le défendeur à l'action en responsabilité fait valoir que le dommage serait également survenu s'il avait agi conformément au droit (cf. ATF 131 III 115 consid. 3.1 p. 119; ATF 122 III 229 consid. 5a/aa p. 233; arrêts 2C_147/2007 du 23 janvier 2008 consid. 8.1 et 4C.156/2005 du 28 septembre 2005 consid. 3.5.6, in SJ 2006 I p. 221). Sans nier que son comportement ait été inadéquat, il affirme cependant que s'il avait agi de manière correcte, cela n'aurait rien changé au résultat. En vertu de cette théorie, le défendeur à l'action n'est responsable que dans la mesure où l'acte illicite qui lui est reproché a lui-même causé le dommage ou contribué à augmenter un dommage préexistant.

12.4.3 La réponse à l'objection soulevée par les recourantes nécessiterait en principe de comparer le dividende qu'aurait pu obtenir la Fondation du personnel cadre dans le contexte de la liquidation de X. si la faillite était survenue au début de l'année 1997 avec le montant de la perte effectivement subie par le Fonds de garantie LPP au terme de la liquidation de la Fondation du personnel cadre. Il s'agit à l'évidence d'une question complexe, à laquelle les faits constatés par la juridiction cantonale ne permettent pas de répondre. En tout état de cause, on ne saurait suivre la démonstration à laquelle procède l'intimé dans ses réponses au recours pour établir qu'une faillite

aurait été préférable à la poursuite des activités. Dans le but de démontrer que les actifs existants auraient permis de couvrir la somme due à la Fondation du personnel cadre, l'intimé renvoie au document du 30 juin 1997 intitulé "contrat d'acquisition de divers actifs avec reprises de dettes entre la société en nom collectif X. et la société anonyme X. SA" et à la liste des actifs qu'il contient. Le raisonnement de l'intimé ne tient toutefois pas compte du fait que la faillite de X. aurait entraîné la liquidation de la société selon les règles de la procédure ordinaire; il convenait à tout le moins d'inclure les importants frais que la liquidation d'une société de cette taille aurait induits ou encore la perte de valeur qu'auraient indubitablement subie les actifs immobiliers non gagés à la suite de leur vente forcée. Pour les motifs qui suivent, cette question peut toutefois souffrir de demeurer indécise.

12.5 Malgré son contenu et les conséquences qu'elle entraînait, la convention du 24 novembre 1997 ne constituait pas un acte illicite.

12.5.1 En premier lieu, il convient de souligner que la convention du 24 novembre 1997 aboutissait à une solution qui, contrairement à ce qu'a retenu la juridiction cantonale, n'était que partiellement non conforme aux exigences de l'OPP 2. D'après l'art. 54 let. c OPP 2 (dans sa teneur en vigueur au moment des faits), la fortune d'une institution de prévoyance pouvait être placée à raison de 50 % au maximum dans des immeubles. Dans ces conditions, la convention ne pouvait être qualifiée d'illicite que dans la mesure où la part des placements dans des immeubles dépassait 50 % de la fortune de la Fondation du personnel cadre.

12.5.2 Plus généralement, la convention du 24 novembre 1997 n'était pas contraire au droit.

12.5.2.1 Il n'est pas contesté que la Fondation du personnel cadre présentait une situation particulièrement obérée en date du 31 décembre 1996, puisque la somme due à l'institution de prévoyance par X. s'élevait à 4'883'547 fr. 95 et qu'il y avait nécessité impérieuse de prendre des mesures afin de solder cette dette et de mettre un terme à une situation qui était contraire à la réglementation applicable. Le fait que la solution choisie pour mettre fin à cet état de choses entraînait elle-même une situation contraire à la réglementation applicable peut de prime abord paraître critiquable. On ne saurait toutefois juger le bien-fondé de cette démarche sans en examiner les modalités et la finalité. De fait, la convention du 24 novembre 1997 avait,

il est vrai, pour premier résultat de maintenir une situation contraire à la réglementation applicable, à la nuance près que la structure des placements, telle que modifiée par la convention, autorisait désormais d'envisager un assainissement à plus ou moins brève échéance de la structure financière de la Fondation du personnel cadre. Un examen plus avant du contenu de la convention fait apparaître que les parties s'étaient engagées à procéder le plus rapidement possible à la vente des biens transférés (art. 8 in fine). Selon les déclarations faites par Z. SA au cours de la procédure (reprises par X. SA dans son recours), il avait notamment été veillé à ce que les immeubles réalisables à court terme - à savoir libres de gage - reviennent à la Fondation du personnel cadre. Qui plus est, la juridiction cantonale a constaté que les valeurs immobilières retenues par les parties à la convention correspondaient à une moyenne raisonnable entre les deux expertises établies à l'époque pour fixer le prix de transfert des immeubles. Dans l'hypothèse où la Fondation du personnel cadre ne pouvait faire face à ses obligations en raison de liquidités insuffisantes, X. SA s'était également engagée à assumer les frais d'actes comme les intérêts des crédits hypothécaires qui seraient contractés et garantis par les immeubles de la Fondation du personnel cadre (art. 8 in initio). Contrairement à ce qu'a retenu la juridiction cantonale, cette solution n'était pas inconciliable avec les exigences de l'OPP 2. En vertu de l'art. 60 OPP 2 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 mars 2000 [RO 1984 561]), l'institution de prévoyance qui ne remplissait pas les conditions permettant un écart avec les normes en matière de placements ou ne présentait pas une justification suffisante n'était pas tenue de corriger immédiatement la situation, mais pouvait, en fonction de la liberté accordée par l'autorité de surveil-

lance et compte tenu du degré d'urgence, bénéficier d'un délai pour procéder à l'adaptation de ses placements. Eu égard à la situation difficile dans laquelle se trouvait X. et des enjeux économiques et sociaux pour le canton de Neuchâtel, une certaine flexibilité quant aux modalités de la solution qui devait conduire à l'assainissement financier de la Fondation du personnel cadre pouvait être tolérée. Dans ce contexte, la convention du 24 novembre 1997 constituait, malgré le maintien provisoire d'une situation contraire à la réglementation applicable, un compromis acceptable et raisonnable, attendu que la vente des immeubles transférés devait se dérouler dans les plus brefs délais et compte tenu des garanties fournies quant aux prix de transfert des immeubles concernés et en matière de fourniture de liquidités.

12.5.2.2 On ne peut suivre la juridiction cantonale lorsqu'elle affirme qu'au moment de la conclusion de la convention, la vente des immeubles "ne pouvait guère être espérée dans un avenir proche au regard du marché immobilier défavorable". Ce raisonnement revient en effet à remettre implicitement en question, alors même qu'elles n'avaient pas été jugées critiquables, les expertises immobilières sur lesquelles les parties à la convention se sont fondées. Faute de s'appuyer sur des éléments objectifs permettant d'établir - ou même simplement de rendre vraisemblable - que les immeubles en cause n'étaient pas vendables dans les conditions du marché de l'époque ou qu'ils avaient été intentionnellement surévalués, le raisonnement de la juridiction cantonale relève manifestement d'une analyse a posteriori de la situation, ce qui n'est pas admissible.

12.5.2.3 Le fait que la vente des immeubles ne s'est pas déroulée aussi rapidement que prévu et pour le montant fixé par la convention relève de problèmes liés à l'administration et à la gestion de la Fondation du personnel cadre et concerne une période et des comportements postérieurs à la conclusion de la convention. A ce propos, la juridiction cantonale a constaté qu'aucun comportement répréhensible ne pouvait être reproché durant cette période à Z. SA (en qualité de curatrice de la Fondation du personnel cadre) et à l'autorité de surveillance (consid. 8 et 13f de l'arrêt attaqué), appréciation sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir.

12.6 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la conclusion de la convention du 24 novembre 1997 ne constituait pas un acte illicite susceptible d'engager la responsabilité des recourantes. Dans ces conditions, les aspects indécis du litige liés à la double fonction prétendument exercée par Y. SA ou à l'absence de pondération des fautes respectives des divers intervenants peuvent demeurer sans réponse.

13. La juridiction cantonale a retenu que l'autorité de surveillance n'avait pas fait preuve entre 1989 et 1996 de la diligence suffisante dans le cadre de ses tâches de surveillance de la Fondation du personnel cadre.

13.1 Plus précisément, la juridiction cantonale a constaté que l'autorité de surveillance n'avait pas remis en cause l'exactitude des pièces établissant l'évolution de la situation de la Fondation du personnel cadre depuis 1989, en particulier des placements chez l'employeur et des placements immobiliers. S'il était exact que l'autorité de

surveillance était consciente de cette situation et qu'elle n'était pas restée inactive, puisqu'elle s'était adressée à plusieurs reprises, dès 1989 en tout cas, à l'organe de contrôle, à X. et à la Fondation du personnel cadre, pour s'inquiéter de la créance non garantie contre l'employeur et du dépassement de la limite admise en matière de placements immobiliers, il était également vrai qu'elle s'était limitée à exiger le rétablissement d'une situation

conforme aux exigences de la loi et de l'OPP 2, sans prendre de mesures coercitives à l'égard de la Fondation ou sur le plan pénal. Pour la juridiction cantonale, ce comportement pouvait s'expliquer par la volonté de l'autorité de surveillance - ou du département dont elle dépendait, voire du Conseil d'Etat - de ne pas mettre en péril à la fois l'entreprise fondatrice et la fondation de prévoyance, les difficultés économiques de la première étant à l'origine de l'accroissement de sa dette à l'égard de la seconde. Certes, l'autorité de surveillance n'avait pas à effectuer des évaluations périodiques de la situation financière de l'entreprise fondatrice, tâche qui incombait à l'institution de prévoyance, ni à se charger du contrôle complet de la gestion et des comptes de celle-ci. Cependant, informée par les rapports annuels successifs de l'organe de contrôle du non-respect des règles de l'OPP 2, elle ne pouvait pas se limiter à exprimer sa préoccupation et se contenter, pendant plusieurs années, d'inviter les organes de l'institution de prévoyance à les corriger, fût-ce en leur impartissant des délais pour ce faire, sans prendre elle-même des mesures contraignantes. Or, ce n'est finalement qu'en automne 1996 qu'une curatrice a été désignée, après l'échec définitif de la proposition de X. de transférer aux deux fondations de l'entreprise un immeuble situé à O., décision prise selon l'autorité de surveillance "d'urgence", soit parce que la situation de la Fondation du personnel cadre était désormais quasi désespérée. En résumé, la surveillance présentait des insuffisances, non par ignorance de la situation, mais par manque de rigueur dans l'application des exigences légales et probablement par égard envers une entreprise occupant une place importante dans l'économie et le marché du travail. Les autorités de surveillance disposaient cependant de moyens préventifs et répressifs, soit par exemple la faculté de donner des instructions à l'institution de prévoyance et d'exiger leur application sous peine de sanctions. Contrairement à ce qui était allégué, il n'était pas possible d'affirmer qu'une attitude plus stricte de la part de l'autorité de surveillance aurait nécessairement provoqué la faillite de X. et donc entraîné un dommage comparable à celui qui était en cause.

X. était propriétaire d'un parc immobilier considérable, dont elle ne souhaitait pas se défaire parce que les investissements dans l'immobilier constituaient pour les entreprises de construction des réserves leur permettant de traverser les périodes de crise. Malgré les difficultés dues à l'évolution défavorable du marché de la construction et à des charges hypothécaires trop lourdes, il est probable que X. eût pu, si des mesures d'assainissement des fondations avaient été exigées à temps, prendre des dispositions qu'elle n'aurait sans doute pas souhaitées mais qui eussent permis de diminuer la dette et mettre fin à l'augmentation constante de ses comptes courants. Le comportement de l'autorité de surveillance était ainsi propre à causer la survenance d'un dommage et y a effectivement contribué. Les violations des exigences susmentionnées, lesquelles avaient pour finalité précisément de réduire les risques et de protéger les destinataires des institutions de prévoyance, devaient être qualifiées, à défaut de justification pertinente, d'attitude illicite et fautive.

13.2 Selon l'art. 62 al. 1 LPP, l'autorité de surveillance s'assure que l'institution de prévoyance se conforme aux prescriptions légales. En particulier, elle vérifie la conformité des dispositions réglementaires avec les prescriptions légales (let. a), exige de l'institution de prévoyance un rapport périodique, notamment sur son activité (let. b), prend connaissance des rapports de l'organe de contrôle et de l'expert en matière de prévoyance professionnelle (let. c) et prend les mesures propres à éliminer les insuffisances constatées (let. d). Si l'autorité de surveillance ne peut pas intervenir directement dans la gestion d'une institution de prévoyance, sa tâche consiste néanmoins à contrôler la conformité au droit de l'activité de ladite institution, à la lumière des dispositions légales et réglementaires, en particulier de l'OPP 2. Ainsi, la loi prévoit expressément que les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements (art. 65 al. 1 LPP). Elles doivent administrer leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités (art. 71 al. 1 LPP et art. 49 ss OPP 2). Les prescriptions légales ne contiennent pas d'énumération exhaustive des mesures qui sont à la disposition de l'autorité de surveillance pour l'accomplissement de sa tâche; celle-ci dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider des mesures qu'elle juge appropriées, sans qu'elle n'ait besoin de se

référer à un catalogue de mesures prévues dans une disposition expresse. L'étendue des

BGE 139 V 176 S. 202

compétences de l'autorité de surveillance résulte de la nature juridique du contrôle étatique qu'elle exerce. En l'absence de dispositions topiques, ce sont les principes généraux du droit administratif qui sont déterminants, soit notamment l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire, la proportionnalité ou encore la bonne foi. D'éventuelles sanctions doivent néanmoins être compatibles avec la finalité, telle que voulue par le législateur, de la surveillance sur les institutions de prévoyance, à savoir de garantir l'emploi conforme de la fortune de l'institution (pour une liste de mesures envisageables, cf. Message du 19 décembre 1975 à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1976 I 230; sur l'ensemble de la question, arrêt 2A.395/2002 du 14 août 2003 consid. 3.3 et les références; voir également CHRISTINA RUGGLI, in LPP et LFLP, Commentaire, Schneider/Geiser/Gächter [éd.], 2010, n°18 ss ad art. 62 LPP).

13.3 En l'occurrence, la République et canton de Neuchâtel ne formule aucun grief à l'encontre des reproches qui lui ont été adressés par les premiers juges, selon lesquels elle a, bien qu'elle fût parfaitement informée de l'ampleur de la situation et de la violation des dispositions réglementaires en matière de placement de l'OPP 2, tardé à prendre les mesures nécessaires afin de corriger cette situation et, par ce comportement, contribué à l'augmentation du compte courant de la société fondatrice auprès de la Fondation du personnel cadre au-delà de toute proportion raisonnable. Si la recourante ne remet pas en cause le caractère illicite et fautif de ce comportement, elle conteste toutefois que celui-ci soit en lien de causalité avec le dommage subi par l'intimé. Or, force est de constater, à l'instar de ce qui a déjà été mis en évidence au considérant précédent, que les premiers juges n'ont pas procédé à un examen détaillé de cette question. S'il est vrai qu'un tel comportement est propre, dans l'absolu, à entraîner un préjudice, cela ne signifie pas encore qu'il est à l'origine de tout ou partie du préjudice subi par l'intimé dans le cas d'espèce. Dans la mesure où il a été constaté que la conclusion de la convention du 24 novembre 1997 ne constituait pas un acte illicite susceptible d'engager la responsabilité de la recourante, le transfert d'immeubles qu'elle consacrait valait par conséquent paiement de la dette de cotisations et, partant, extinction de celle-ci, et entraînait la rupture de tout lien de causalité entre le dommage et l'ensemble des faits survenus antérieurement à la conclusion de la convention. Il convient par conséquent de libérer la recourante de sa responsabilité à raison du défaut de

BGE 139 V 176 S. 203

diligence dont elle aurait fait preuve dans le cadre de ses tâches de surveillance de la Fondation du personnel cadre entre 1989 et 1996.

13.4 On ajoutera que dans l'hypothèse où une responsabilité de la recourante aurait dû être reconnue, le montant du dommage ne pouvait en aucun cas s'élever à 5'234'387 fr. 05. Les faits reprochés à la recourante concernaient principalement le défaut de surveillance quant à l'augmentation constante de la somme des placements auprès de l'employeur jusqu'au 31 décembre 1996. A cette date, la somme due par X. à la Fondation du personnel cadre s'élevait à 4'883'547 fr. 95. D'après l'art. 57 al. 2 OPP 2 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 mars 2004), la fortune d'une institution de prévoyance pouvait être placée sans garantie chez l'employeur à raison de 20 % au maximum. Le préjudice que l'intimé pouvait faire valoir à l'encontre de la recourante ne pouvait donc s'élever qu'à la différence entre la somme de 4'883'547 fr. 95 et les 20 % de la fortune de l'institution

de prévoyance au 31 décembre 1996, montant auquel il convenait encore de déduire le produit de la vente des immeubles objets de la convention du 24 novembre 1997.

14. La juridiction cantonale a encore retenu que X. n'avait pas satisfait à l'obligation qui lui incombait de payer les cotisations de prévoyance.

14.1 Pour la juridiction cantonale, il était incontestable que les comptes courants de X. auprès des deux Fondations de prévoyance représentaient l'accumulation de cotisations impayées pendant plusieurs années. Il ne faisait ainsi pas de doute que X. avait contrevenu pendant plusieurs années à ses obligations en matière de paiement des cotisations, comportement qui était à l'origine de la créance de la Fondation du personnel cadre de 4'883'547 fr. 95 mentionnée par l'organe de contrôle dans son rapport pour l'exercice 1996. Cette créance était de 353'000 fr. en 1985 et n'avait cessé d'augmenter depuis lors, sous réserve d'une légère diminution pendant les années 1988 et 1989, et dépassait à nouveau, dès 1990, largement le taux de 20 % admissible selon l'art. 57 OPP 2 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 mars 2004). Que cette situation fût due aux difficultés financières de l'entreprise fondatrice n'était pas un motif d'exculpation et restait le résultat d'un comportement illicite fautif qui s'étendait sur une dizaine d'années. Il ne pouvait dès lors être question d'un retard momentané qu'aurait pu justifier un espoir concret de voir la situation s'améliorer dans un avenir proche. L'existence de cette dette constituait l'élément central

de la convention de 1997 et, manifestement, une cause adéquate de l'insolvabilité de la Fondation du personnel cadre et de la mise à contribution du Fonds de garantie LPP à hauteur du dommage invoqué.

14.2 X. ne conteste pas avoir accumulé du retard dans le paiement de ses contributions à la Fondation du personnel cadre et le caractère illicite de ce comportement. Elle considère en revanche que la convention du 24 novembre 1997 emportait transfert d'immeubles pour le prix équivalent à sa dette et, par conséquent, paiement de celle-ci. Or, comme déjà indiqué (cf. supra consid. 13.3), la conclusion de la convention du 24 novembre 1997 a entraîné la rupture du lien de causalité entre le dommage et l'ensemble des faits survenus antérieurement à la conclusion de la convention. Il convient par conséquent de libérer la recourante de sa responsabilité à raison du non-respect de son obligation de payer les cotisations de prévoyance.

15. La juridiction cantonale a encore considéré que X. SA avait engagé sa responsabilité en résiliant en temps inopportun le contrat d'affiliation qui la liait avec la Fondation du personnel cadre.

15.1 Pour la juridiction cantonale, la résiliation du 8 décembre 2000 était à l'origine de la procédure de liquidation. Elle avait obligé la Fondation du personnel cadre à effectuer d'importantes prestations de libre passage, alors qu'elle se trouvait déjà, à la suite des conventions conclues en 1997, en difficulté pour se procurer les liquidités lui permettant de satisfaire à ses obligations prévisibles et normales. Dans la mesure où cet état de fait ne pouvait échapper à X. SA, il était évident que la résiliation était une cause adéquate de l'intervention du Fonds de garantie LPP. La résiliation constituait par ailleurs une violation d'une norme de comportement destinée à protéger l'institution de prévoyance contre une atteinte à son patrimoine. La convention de 1997 prévoyait à son art. 5 que "la repreneuse maintient l'affiliation à la Fondation de l'ensemble du personnel cadre de la fondatrice, sous réserve de licenciements ordinaires" et dans son préambule que "afin d'éviter une dissolution et une mise en liquidation de la Fondation suite au transfert du personnel affilié à la repreneuse, celle-ci reprend les obligations de la fondatrice, dès le 01.01.1997". Quoiqu'aucune durée minimale de la future affiliation de X. SA à la Fondation du personnel cadre n'ait été prévue, le sens du maintien convenu de l'affiliation par X. SA résidait dans la volonté des parties de ne pas créer, par le transfert massif et simultané d'assurés dans une

autre institution de prévoyance, une situation à laquelle la Fondation ne pourrait pas faire face faute de liquidités. Or, il était patent que la situation restait précaire pour la Fondation du personnel cadre en 2000 et que cette insuffisance de moyens perdurerait aussi longtemps que les immeubles reçus en paiement ne seraient pas réalisés. X. SA savait que la résiliation du contrat d'affiliation entraînerait la liquidation de la Fondation du personnel cadre et devait donc nécessairement se douter qu'elle conduirait à l'intervention du Fonds de garantie LPP.

15.2 La recourante peine à voir, sur la base de la motivation développée par la juridiction cantonale, quels auraient été son comportement illicite et sa faute en relation de causalité adéquate avec l'insolvabilité de la Fondation du personnel cadre. Elle relève que l'entreprise X. SA a été constituée le 16 mai 1997, soit à une date où l'insolvabilité de la Fondation du personnel cadre existait déjà; que les conventions du 24 novembre 1997 avaient eu pour effet d'éteindre les dettes que la société fondatrice avait vis-à-vis des deux Fondations au 31 décembre 1996; et que dès le 1 er janvier 1997, les cotisations et primes dues aux deux Fondations avaient été acquittées par X. SA. Dans ces conditions, le dommage lié à l'insolvabilité préexistante de la société fondatrice et des Fondations n'avait pas pu être augmenté par un fait susceptible d'être opposé à X. SA.

15.3 Si la décision de X. SA de mettre un terme aux rapports de prévoyance qu'elle entretenait avec la Fondation du personnel cadre a entraîné la mise en liquidation de l'institution de prévoyance et l'intervention du Fonds de garantie LPP (causalité naturelle), la résiliation n'est manifestement pas à l'origine de l'insolvabilité de la Fondation et, partant, du dommage subi par l'intimé (causalité adéquate). L'insolvabilité d'une institution de prévoyance ne peut résulter que d'actes commis dans le cadre de l'administration, de la gestion ou du contrôle de celle-ci. Or, comme le relève à juste titre la recourante, il n'est pas établi que X. SA a, au cours de la période où ses employés étaient assurés auprès de la Fondation du personnel cadre, exercé, de façon directe ou par l'intermédiaire de ses organes, une quelconque fonction au sein de la Fondation, que ce soit dans l'administration, la gestion ou le contrôle de celle-ci, dès lors que les pouvoirs de gestion avaient été confiés par l'autorité de surveillance à Z. SA (décision de l'autorité de surveillance du 25 novembre 1996). En considérant que la responsabilité de X. SA était engagée à raison de la résiliation des rapports de prévoyance avec la Fondation du

personnel cadre, la juridiction cantonale a méconnu, ici également, la notion de causalité et, partant, violé le droit fédéral.

15.4 Cela étant constaté, la question de savoir si la résiliation des rapports de prévoyance constituait en soi un acte illicite au regard des dispositions légales, réglementaires ou contractuelles applicables au moment des faits, peut demeurer indécise. (...)

17. (...)

17.1 Bien que la Banque cantonale neuchâteloise ait été libérée de toute responsabilité à raison de l'insolvabilité

de la Fondation du personnel cadre, la juridiction cantonale a refusé de lui allouer des dépens à charge de l'intimé, au motif que seuls les organismes qui n'étaient pas chargés de tâches de droit public avaient droit à des dépens, condition que la Banque cantonale neuchâteloise ne remplissait pas en sa qualité d'établissement de droit public.

17.2 La Banque cantonale neuchâteloise fait valoir que la juridiction cantonale a, en refusant de lui allouer des dépens, d'une part, violé le principe de l'égalité de traitement et, d'autre part, fait une application arbitraire de l'art. 48 de la loi du 27 juin 1979 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA; RSN 152.130). Si la Banque cantonale neuchâteloise est un établissement de droit public indépendant de l'Etat doté de la personnalité juridique, qui bénéficie d'une garantie de l'Etat et a pour but de contribuer au développement économique et social du canton, elle offrirait néanmoins, selon la recourante, les services d'une banque universelle, soumise à la surveillance intégrale de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), et serait gérée selon les principes de l'économie bancaire. En d'autres termes, si la Banque cantonale neuchâteloise est certes un établissement de droit public, elle fonctionnerait en réalité de manière identique à une banque commerciale privée. Dans le cadre du plan de sauvetage de l'entreprise X., la Banque cantonale neuchâteloise serait intervenue en qualité de créancière hypothécaire et, dans une moindre mesure, en qualité de créancière de crédits commerciaux, au même titre que d'autres banques privées. Dans ces circonstances, son intervention ne relèverait pas de l'exercice d'attributions officielles, mais de la défense de ses intérêts patrimoniaux. En allouant des dépens au Fonds de garantie LPP sur la base de la jurisprudence fédérale, la juridiction cantonale a par ailleurs admis que des dispositions réservées de droit fédéral pouvaient s'appliquer

et, partant, que des exceptions au principe selon lequel les organismes chargés de tâches de droit public n'avaient pas droit à des dépens étaient possibles. Toujours selon la recourante, la juridiction cantonale n'aurait cependant pas examiné si le même principe était applicable à la Banque cantonale neuchâteloise. Or, au regard des principes développés par la jurisprudence fédérale, une exception au principe selon lequel des dépens ne doivent pas être alloués à un organisme chargé de tâches de droit public ne serait pas fonction de l'établissement de droit public en question, mais de la nature de l'affaire et du fait que la partie ayant obtenu gain de cause a recouru aux services d'un mandataire qualifié. Dans la mesure où la Banque cantonale neuchâteloise a été actionnée dans une procédure complexe en matière de responsabilité selon l'art. 56a LPP, dans le cadre de laquelle elle s'est vue contrainte de faire appel à un mandataire professionnel pour défendre ses droits et pour laquelle elle a finalement obtenu totalement gain de cause au fond, la juridiction cantonale ne pouvait pas, sans procéder à un examen plus détaillé, lui refuser l'octroi de dépens au seul motif qu'elle est un établissement de droit public.

17.3 L'allocation de dépens à la partie qui obtient gain de cause ne découle ni des principes généraux du droit ni des garanties de procédure de la Constitution fédérale; cette question relève de la seule législation de procédure applicable à la cause (ATF 134 II 117 consid. 7 p. 199). Aux termes de l'art. 48 al. 1 LPJA - qui, en vertu de la jurisprudence cantonale, s'applique par analogie à la procédure de l'action de droit administratif (arrêt du Tribunal cantonal de la République et canton de Neuchâtel, Cour de droit public, TA.2000.288 du 24 mars 2009) -, l'autorité de recours peut allouer d'office ou sur requête une indemnité de dépens à l'administré qui a engagé des frais, à condition que les mesures qu'il a prises lui paraissent justifiées. En tant que la juridiction cantonale considère a contrario que les organismes chargés de tâches de droit public n'ont, en vertu de cette disposition, pas droit à des dépens, elle ne procède pas à une interprétation arbitraire de cette disposition.

17.4 Autre est la question de savoir si la Banque cantonale neuchâteloise est intervenue dans la procédure en qualité d'organisme chargé de tâches de droit public.

17.4.1 Si d'un point de vue formel, la Banque cantonale neuchâteloise est un établissement de droit public (art. 2 de la loi du 28 septembre 1998 sur la Banque cantonale neuchâteloise [LBCN; RSN 621])

soumis à la surveillance étatique (art. 5 LBCN) et chargé, de par la loi, d'une tâche étatique (art. 1 LBCN), elle est fonctionnellement une entreprise commerciale qui exerce des activités comparables à celles d'une banque privée, gérée selon les principes de l'économie bancaire (art. 12 al. 1 LBCN), exerçant son activité en toute indépendance (art. 12 al. 2 LBCN) et participant largement au jeu de la concurrence. Dans les faits, rien ne la distingue des entreprises privées actives dans le même secteur d'activité, si ce n'est qu'elle est détenue entièrement par l'Etat (voir également ATF 120 II 321 consid. 2h p. 329).

17.4.2 Dans ce contexte, le fait que la Banque cantonale neuchâteloise revêt la forme juridique d'un établissement de droit public - plutôt que celle d'une société anonyme (cf. art. 3a de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne [loi sur les banques, LB; RS 952.0]) - ne permet pas de conclure qu'elle est intervenue dans le cas d'espèce en qualité d'organisme chargé d'une tâche de droit public. C'est bien plutôt la fonction que la recourante a endossée dans le cadre du sauvetage de X. qu'il importe de connaître. S'il est établi que la Banque cantonale neuchâteloise est intervenue dans le cadre de ses activités bancaires ordinaires, elle peut prétendre à être traitée sur le plan procédural de la même manière que n'importe quel autre administré. Faute toutefois de constatations de fait précises et exhaustives sur la nature et l'ampleur de l'intervention effectuée par la Banque cantonale neuchâteloise dans le cadre du sauvetage de X., le Tribunal fédéral est dans l'impossibilité de se prononcer sur les griefs articulés par la recourante. Il convient par conséquent de renvoyer la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle examine cette question et, le cas échéant, fixe, dans le respect du principe de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 93 I 116 consid. 5 p. 122), le montant de l'indemnité de dépens due à la recourante.