

GE_GERICHTE A/3229/2007 vom 19. Juni 2009

GE Cour de justice, 2009-06-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3229_2007

FR: GE_GERICHTE A/3229/2007 du 19 juin 2009

IT: GE_GERICHTE A/3229/2007 del 19 giugno 2009

Regeste

LF SUR LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE VIEILLESSE, SURVIVANTS ET INVALIDITÉ; PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE SELON LA LPP; PRESCRIPTION; ACTE LÉGISLATIF; RÉVISION(LÉGISLATION); INFRACTION ; CONNAISSANCE; DOMMAGE | Selon l'art. 52 LPP en vigueur depuis le 1er janvier 2005, l'action en responsabilité des organes de contrôle se prescrit par 5 ans dès la connaissance du dommage mais en tout cas par 10 ans dès la commission du dommage. Le délai de prescription prévu par la jurisprudence applicable sous l'ancien droit (10 ans) n'étant en l'espèce pas échu au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit, il convient d'appliquer le délai de prescription du nouveau droit (5 ans), étant précisé que ce délai ne peut venir à échéance, au plus tôt, que deux ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Or, en l'espèce, au moment de l'ouverture de l'action, tant le délai de 5 ans dès la connaissance du dommage et de la personne tenue à dédommagement que celui de deux ans dès l'entrée en vigueur de l'art. 52 LPP révisé (1er janvier 2005) étaient échus, de sorte que l'action est prescrite. Quant à l'art. 60 al. 2 CO - qui prévoit que si les dommages et intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, celle-ci s'applique au droit civil -, il ne trouve pas application concernant l'action en responsabilité LPP contre les organes, dans la mesure où celle-ci est fondée sur l'art. 52 LPP et non sur l'art. 41 CO. Enfin, le fait de se constituer partie civile au pénal pour pouvoir participer à l'instruction ne constitue pas en tant que tel un acte interruptif de la prescription. Encore faut-il pour ce faire que le montant du dommage ait été chiffré ou que des conclusions visant à la constatation du fondement juridique de l'indemnisation aient été prises, ce qui n'a manifestement pas été le cas en l'espèce. | LPP52

Erwägungen

E. 15

B III d p. 45; Gadola, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, in : PJA 1/95, p. 58). Il convient dès lors d'examiner si les prétentions de la demanderesse étaient prescrites au 1er janvier 2005, date de l'entrée en vigueur de l'art. 52 LPP modifié. b/aa) Selon la jurisprudence (ATF 131 V 55 consid. 3.1 et les références), à la différence de la réglementation en matière de responsabilité de l'employeur selon l'art. 52 LAVS (cf. art. 52 al. 3 et 4 LAVS dans sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2003 selon le chiffre 7 de l'Annexe à la LPG; art. 82 RAVS dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin décembre 2002), l'art. 52 LPP ne contenait aucune norme relative à la prescription du droit à la réparation du dommage causé par les organes de l'institution de prévoyance. Il n'en demeure pas moins que le droit des institutions de prévoyance à la réparation du dommage causé par leurs organes trouve son fondement dans la LPP (art. 52). Dans ces circonstances, il convient de se référer aux normes régissant la prescription des obligations (art. 127 ss CO), en tant que

source de droit subsidiaire du droit public, ce d'autant plus qu'une application par analogie de la règle fixée à l'art. 24 LPGA ne peut entrer en considération dans le domaine de la prévoyance professionnelle (cf. Meyer-Blaser, Das ATSG aus der Sicht der Rechtsprechung, in : Soziale Sicherheit [CHSS] 2002, p. 278). La doctrine est par ailleurs quasi-unanime à admettre que la prescription des actions en responsabilité à l'encontre des organes des institutions de prévoyance selon l'art. 52 LPP est régie par l'art. 127 CO, qui fixe un délai de prescription de dix ans (ATF 131 V 55 consid. 3.1 et les références citées ; voir aussi : Trigo Trindade, Fondations de prévoyance et responsabilité : développements récents, in : Institutions de prévoyance : devoirs et responsabilité civile, Colloque agda - unige, 2006, p. 158). Ce délai de dix ans correspond au demeurant au délai absolu de prescription du nouvel art. 52 al. 2 i.f. LPP. b/bb) De manière générale, le délai de prescription commence à courir à l'exigibilité de la créance, à savoir à partir du moment où le créancier a le droit d'exiger la prestation du débiteur (cf. Pichonnaz, Commentaire romand, Code des obligations I, n° 1 ad art. 130). L'effet se produit indépendamment de la connaissance par le créancier de sa créance ou de son exigibilité (ATF 119 II 216 consid. 4a ; 106 II 134 consid. 2a). Cependant, dans le cas de l'action en responsabilité contre les personnes chargées de la gestion ou du contrôle des institutions de prévoyance, la prescription débute avec la fin effective de la position d'organe de la personne concernée (ATF 131 V 55 précité, consid. 3.2). b/cc) En l'espèce, le défendeur a quitté ses fonctions de président du conseil de fondation de la demanderesse le 2 décembre 1998, date de l'entrée en liquidation de la fondation de prévoyance. En conséquence, la prescription décennale de l'art. 127 CO, qui a commencé à courir à cette date, n'était pas acquise au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, pas plus, d'ailleurs, qu'au moment du dépôt de l'action en justice à la base du présent jugement. c) Reste donc à examiner si les prétentions étaient entachées de la prescription telle que prévue par la nouvelle version de l'art. 52 LPP. c/aa) Dans un premier temps, il convient de se déterminer sur l'étendue de l'applicabilité de cette dernière norme. La jurisprudence a précisé que, lorsque la loi ne connaissait ni délai de prescription, ni délai de péremption, de tels délais nouvellement introduits ne commençaient à courir, pour les prétentions nées sous l'empire de l'ancienne législation, qu'avec l'entrée en vigueur du nouveau droit (ATF 131 V 425 consid. 5.2, 102 V 206 consid. 2, 87 I 411 consid. 2, 82 I 53 consid. 3; Gadola, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, AJP 1995, p. 58; Berti, Commentaire bâlois, 2ème éd., 2003, n° 10 ad art. 49 Tit. fin. CC). Il s'agit en réalité d'une reprise du troisième alinéa de l'art. 49 Tit. fin. CC. En l'espèce, la loi, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, ne comportait pas de délai de prescription. Cela étant, le Tribunal fédéral, faisant œuvre de législateur, a comblé ce qu'il a considéré être une lacune de la loi et a décrété que le délai de prescription de l'art. 127 CO s'appliquait. Par conséquent, on doit constater que les actions en responsabilité étaient déjà soumises, sous l'ancien droit, à un délai de prescription. La position de la demanderesse, qui soutient le contraire, reviendrait à ôter une grande part de sa portée à l'art. 1 al. 2 CC aux termes duquel le juge est habilité à combler une lacune de la loi. Partant, vu le délai de prescription de 10 ans à compter de la naissance du dommage auquel étaient soumises les actions en responsabilité sous l'empire de l'ancien droit, il ne peut être fait application de la jurisprudence citée ci-dessus sans autre. c/bb) Il convient donc de déterminer si le délai de 5 ans nouvellement introduit (en sus de celui de 10 ans) a commencé à courir avant l'entrée en vigueur de la version actuelle de l'art. 52 LPP ou non. L'art. 49 Tit. fin. du Code civil (CC) prescrit, en son alinéa premier, que lorsque le Code introduit une prescription de cinq ans ou davantage, il y a lieu de tenir

compte du temps écoulé pour les prescriptions commencées avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle; ces prescriptions ne seront toutefois considérées comme accomplies que deux ans au moins à partir de cette date. Quoi qu'en dise la demanderesse, il s'agit d'un principe régissant l'ensemble de l'ordre juridique suisse (voir notamment Agner / Digeronimo / Neuhaus / Steinmann, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, p. 318 ; Masméjan-Fey, Commentaire Romand, LIFD, n° 9 ad art. 120 ; Rhinow / Krähenmann, Schweizerisches Verwaltungsrecht-sprechung, 1990, n° 15 III d ; Trigo Trindade, op. cit. p. 159) et, en tant que tel, l'art 49 Tit. fin. CC s'applique également au domaine des assurances sociales (ATF 131 V 431 , 102 V 206). c/cc) Comme cela a déjà été mentionné, les faits sur lesquels la demanderesse entend fonder son action sont antérieurs à l'entrée en vigueur de l'art. 52 LPP révisé (1er janvier 2005). Or, d'après la jurisprudence (cf. ATF 130 V 446 consid. 1.2.1, 127 V 467 consid. 1, 126 V 165 consid. 4b), ces faits sont, en principe, régis par l'ancien droit (voir aussi l'art. 1 al. 1 Tit. fin. CC). Toutefois, l'art. 49 al. 1 Tit. fin. CC est applicable à la prescription dans la mesure où celle-ci n'était pas encore acquise, comme en l'espèce (cf. consid. 5b/cc ci-dessus), d'après l'ancien droit, au moment de l'entrée en vigueur du nouveau et où les deux législations diffèrent l'une de l'autre (ATF 66 II 161 consid. 2), ce qui est manifestement le cas. Par conséquent et en vertu de l'art. 49 al. 1 Tit. fin. CC, le délai de prescription est, en principe, le nouveau délai de 5 ans, sous déduction du temps écoulé sous l'ancien droit; le délai ne peut toutefois venir à échéance avant deux ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Or, au moment de l'ouverture de l'action, tant le délai de 5 ans dès la connaissance du dommage et de la personne tenue à dédommagement que celui de deux ans dès l'entrée en vigueur de l'art. 52 LPP révisé (1er janvier 2005) étaient échus. En effet, il est constant que la demanderesse a eu connaissance, au plus tard le 8 mars 2001, de la personne tenue pour responsable du dommage et de ce dernier. A cette date, les liquidateurs de la demanderesse ont adressé une note préliminaire portant sur la responsabilité des membres du conseil de fondation de Y_____ au Fond de garantie LPP, de laquelle il ressort sans ambiguïté que les membres du conseil de fondation (dont le défendeur était le président) sont tenus pour responsables du dommage chiffré à 4'681'632 fr. en relation avec les cotisations impayées par X_____ et de celui fixé à 4'670'601 fr. correspondant à la perte sur les investissements immobiliers de Champel et de la route de Drize. On rappellera encore que lesdits montants étaient connus bien avant, puisque la créance de 4'681'632 fr. avait été admise par les commissaires au sursis concordataire le 14 décembre 1998 déjà et que la vente des immeubles était intervenue en septembre 1999, décembre 1999 et juin 2000 (moment à partir duquel il était possible de calculer la perte sur investissement). Il suit de ce qui précède que les prétentions de la demanderesse sont a priori frappées de la prescription. La fondation défend l'opinion que le principe de l'interdiction de la rétroactivité des lois ne permet pas de faire courir la prescription quinquennale de l'art. 52 LPP nouvelle teneur avant son entrée en vigueur. Une telle interprétation ne peut être suivie. En effet, si le principe invoqué par la demanderesse est bien un principe général ancré à l'art. 1 al. 1 Tit. fin. CC, il n'en demeure pas moins qu'il souffre plusieurs exceptions dont une en particulier en ce qui concerne la prescription (art. 49 Tit. fin.; ATF 102 V 206 consid. 2). L'invocation de la jurisprudence publiée aux ATF 130 V 433 notamment n'est dans ce contexte d'aucune utilité à la demanderesse. On relèvera enfin que la jurisprudence la plus récente de notre Haute Cour vient précisément appuyer la thèse selon laquelle les délais nouvellement introduits peuvent commencer à courir avant leur entrée en vigueur (cf. notamment ATF 134 V 353 relatif aux art. 82 aRAVS et 52 LAVS). Dans le cas présent, si l'on devait attendre le 1er janvier 2005 pour

faire courir les délais nouvellement introduits de l'art. 52 LPP, il en résulterait un avantage injustifié pour la fondation en ce sens que le délai de 5 ans viendrait en réalité prolonger le délai de 10 ans existant auparavant. Quant à une violation (alléguée) des règles sur la protection de la bonne foi des administrés (cf. ATF 121 V 66 consid. 2a et les références), on ne voit pas en quoi ces dernières trouveraient application dans le cas d'espèce. a) La demanderesse fait valoir ensuite l'art. 60 al. 2 CO, qui dispose que si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile. Or, en l'occurrence, la Cour correctionnelle siégeant sans jury a acquitté le défendeur des préventions pour lesquelles il avait été renvoyé en jugement. Dès lors, il apparaît difficile de tenir compte, dans la présente cause, de délais de prescription plus longs dérivant de ces infractions. Cela dit, le législateur fédéral a décrété l'indépendance du juge civil par rapport au juge pénal à l'art. 53 CO. Selon ce dernier article en effet, le juge n'est point lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquiescement prononcé au pénal, pour décider s'il y a eu faute commise ou si l'auteur de l'acte illicite était capable de discernement. Le jugement pénal ne lie pas davantage le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage. Le droit de procédure cantonal genevois n'a pas consacré une solution différente sur les points non mentionnés à l'art. 53 CO. Quand bien même la présente action a pour objet des prétentions de nature civile (réparation d'un dommage), il n'en demeure pas moins qu'elle a été portée et est jugée par une autorité judiciaire administrative. Or, en pareil cas, doctrine et jurisprudence ont posé des règles particulières sur la question de l'indépendance de l'autorité administrative à l'égard du juge répressif. En effet, si, comme le juge civil, l'autorité administrative n'est pas liée par le jugement pénal et peut trancher une question indépendamment des constatations du juge répressif appelé à connaître de l'infraction (ATF 96 I 766 consid. 4 = JT 1972 I 392 et ATF 109 Ib 203), elle est toutefois soumise à certaines limites. L'autorité administrative ne peut s'écarter du jugement pénal que si elle est en mesure de fonder sa décision sur des constatations de fait inconnues du juge pénal ou qu'il n'a pas prises en considération, s'il existe des preuves nouvelles dont l'appréciation conduit à un autre résultat, si l'appréciation à laquelle s'est livré le juge pénal se heurte clairement aux faits constatés, ou si le juge pénal n'a pas élucidé toutes les questions de droit (ATF 109 Ib 203 cité ci-avant). On ne voit pas en quoi l'une de ces conditions permettant à la Juridiction de céans de s'écarter du jugement prononcé au pénal serait réalisée. Ce dernier est en effet fondé sur un état de fait complet, il n'existe aucune preuve nouvelle susceptible de mener à une appréciation différente de l'état de fait et l'ensemble des questions de droit a été résolue. Cela étant et afin d'être exhaustif, il sera tout de même examiné ci-dessous quelle serait l'influence de l'application de la prescription du droit pénal dans l'hypothèse non réalisée d'une appréciation choquante, par l'autorité pénale, des faits constatés. b) En l'espèce, le défendeur a été inculpé (cf. procès-verbal d'audience devant le juge d'instruction du 24 novembre 2004) de gestion déloyale, escroquerie, obtention frauduleuse d'un concordat et faux dans les titres (art. 158, 146, 170 et 251 du Code pénal suisse [CP]). Par ordonnance du 10 juin 2008, la Chambre d'accusation l'a renvoyé pour être jugé devant la Cour correctionnelle siégeant sans jury sous la prévention de gestion déloyale avec dessein d'enrichissement illégitime (art. 158 ch. 1 al. 1 et 3 CP), passible, en cas de réalisation de la circonstance aggravante de l'alinéa 3 du chiffre 1er, d'une peine d'emprisonnement de un à cinq ans. Dès lors que les faits retenus par la juridiction de renvoi lient la juridiction de jugement (le juge est saisi in rem), le Tribunal de céans doit en tenir compte. Ceux-ci n'étant manifestement pas constitutifs, en

l'espèce, de l'infraction d'escroquerie au sens de l'art. 146 CP, ni de banqueroute frauduleuse ou de faux dans les titres, seule la prévention (et de ses conséquences possibles) de gestion déloyale aggravée sera retenue. Une requalification au détriment du prévenu, au sens de l'art. 283 CPPGE, apparaît dans ces circonstances plus qu'improbable (elle n'a au demeurant pas eu lieu). c/aa) De nouvelles dispositions sur la prescription pénale sont entrées en vigueur le 1er octobre 2002 et la partie générale du Code pénal a été complètement révisée avec effet au 1er janvier 2007. Conformément à l'art. 389 al. 1 CP, la nouvelle réglementation déploie ses effets pour les infractions commises après la date de son entrée en vigueur. Les infractions perpétrées sous l'empire de l'ancien droit seront en revanche jugées selon l'ancien droit, sous réserve de l'application de la *lex mitior* (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral du 18 février 2005 [6S.187/2004] relatif à l'art. 337 aCP). En l'espèce, le défendeur est prévenu de gestion déloyale pour des faits commis entre 1994 et le 2 décembre 1998 (cf. actes de la procédure pénale au dossier de la présente cause). L'ancien droit est donc applicable, à moins que la loi nouvelle ne soit plus favorable. Le droit en vigueur jusqu'au 30 septembre 2002 fixait, pour une infraction punissable de plus de trois ans d'emprisonnement, la prescription ordinaire à 10 ans (art. 70 al. 3 aCP) et la prescription absolue à quinze ans (art. 72 ch. 2 al. 2 aCP). Les nouvelles dispositions sur la prescription fixent le délai de prescription à quinze ans (art. 97 al. 1 let. b CP), comme le relève la demanderesse. La modification législative n'emporte dès lors pas de conséquence et les actes reprochés à l'intéressé ne sont pas prescrits du point de vue de la loi pénale en tant qu'ils sont susceptibles de tomber sous le coup de l'art. 158 ch. 1 al. 3 CP. En conséquence, reste à examiner la question de savoir si l'art. 60 al. 2 CO - et donc, par voie de conséquence, l'art. 97 al. 1 let. b CP - trouve application en cas d'action en responsabilité intentée contre les organes d'une institution de prévoyance. c/bb) L'art. 52 LPP ne contient aucun renvoi à l'art. 60 CO. La prescription de plus longue durée du droit pénal s'applique à la responsabilité aquilienne, à toutes les responsabilités objectives simples du CC et du CO, ainsi qu'à certaines responsabilités objectives aggravées, soit parce que les lois spéciales y renvoient expressément, soit parce qu'elles renvoient de manière générale aux règles du CO (Werro, *Commentaire Romand, Code des obligations I*, 2003, n° 5 ad art. 60; Deschenaux/Tercier, *La responsabilité civile*, 2ème éd., 1982, § 20, n°6). La responsabilité au sens de l'art. 52 LPP est en tant que telle une responsabilité pour faute, donc une responsabilité aquilienne. Cela étant, il n'en demeure pas moins que ladite action est fondée sur l'art. 52 LPP, soit sur une loi spéciale et non sur l'art. 41 CO. En outre, l'art. 52 LPP prévoit, même si l'on peut considérer celle-ci comme incomplète, une réglementation spécifique en matière de prescription. Dans cette mesure, la norme générale qu'est l'art. 60 CO ne saurait trouver application (cf. Deschenaux/Tercier, *op. cit.* § 20, n° 6 i.f.), ce qui découle de l'adage *lex specialis derogat generali*. On relèvera encore qu'un seul auteur de doctrine se prononce en faveur de l'application de cette dernière norme (Trigo Trindade, *op. cit.*), au motif que la responsabilité serait fondée sur 41 CO. Or, le Tribunal de céans n'est précisément pas compétent pour juger d'actions reposant sur ce dernier article; celles-ci relèvent de la juridiction civile. En effet, il résulte clairement de l'art. 73 al. 1 let. c LPP – qui constitue une disposition spécifique d'attribution de compétence s'ajoutant à la compétence générale fixée à la première phrase de l'alinéa – que les juridictions créées en application de la législation sur la prévoyance professionnelle ne sont compétentes que pour les actions en responsabilité selon l'art. 52 LPP; en cas contraire, la formulation eut été différente, à tout le moins plus ouverte, comme, par exemple : « ce tribunal est également compétent pour juger des actions en responsabilité ». Partant, et en tant que l'action est

fondée sur une loi spéciale qui prévoit une réglementation spécifique, il n'y a pas de place pour une application de l'art. 60 al. 2 CO en relation avec l'art. 41 CO. De plus, dans la mesure où le législateur n'a pas jugé utile d'inscrire une norme similaire à l'art. 60 al. 2 CO dans le texte de la LPP, pas plus que de renvoyer à cette dernière, la juridiction administrative compétente en matière d'assurances sociales ne saurait faire application de cet article. A ce propos, on ajoutera encore que le fait qu'un autre article de la loi, en l'occurrence l'art. 35a al. 2 LPP, réserve l'application de la prescription pénale plus longue et que l'art. 53 LPP renvoie - pour les réviseurs de l'institution de prévoyance - aux dispositions du CO concernant la responsabilité des réviseurs de la société anonyme (et, par-là, réserve l'application de la prescription de plus longue durée du droit pénal) n'y change rien, contrairement à ce qu'en juge la demanderesse. En effet, les articles susmentionnés ont fait l'objet d'une réglementation élaborée lors de la même révision législative que le nouvel art. 52 LPP. Ladite révision a consisté en un examen détaillé du projet de loi du Conseil fédéral - auquel a été ajoutée la modification de 52 LPP - par les commissions de sécurité sociale et de santé publique des Conseils national et des États, puis en des débats nourris (trois délibérations dans chaque Conseil, une conférence de conciliation et de nouveaux débats). Or, si les parlementaires ont prévu d'appliquer la prescription de plus longue durée du droit pénal à la responsabilité des réviseurs, ils ne l'ont pas fait pour les autres organes de l'institution de prévoyance. Il n'a au demeurant jamais été question de l'art. 60 al. 2 CO dans les débats parlementaires en relation avec l'art. 52 LPP. Dans la mesure où la nouvelle réglementation a été âprement discutée, que le législateur a prévu des règles de prescription spécifiques pour chacune des éventualités examinées (art. 35a, 41, 52 et 53 LPP), il n'y a pas de place pour une application complémentaire de l'art. 60 al. 2 CO. On doit bien plutôt considérer - contrairement à ce que soutient la demanderesse - qu'il y a là un silence qualifié que le juge ne saurait combler. La réglementation détaillée de la prescription en matière de responsabilité de l'organe de contrôle et de restitution des prestations indûment perçues notamment n'a de sens que si le législateur entendait prévoir une autre solution pour la responsabilité des personnes en charge de l'administration et de la gestion de l'institution (voir, pour un raisonnement analogue, l'ATF 126 II 145 consid. 3/bb). Quant au fait que certaines dispositions en matière d'assurances sociales (art. 52 LAVS ou 24 al. 2 LPGA) prévoient le délai de prescription plus long du droit pénal, il se voit dénué d'influence en matière de LPP. La LPGA n'est pas applicable dans ce dernier domaine et les autres normes susceptibles d'être citées en tant qu'elles réservent la prescription de plus longue durée du droit pénal sont des normes spéciales dont le champ d'application est limité à la loi dont elles émanent. On doit bien plutôt déduire du fait que le législateur a pris la peine de réglementer de façon complète et détaillée chacun des domaines de l'assurance sociale qu'il n'entendait pas, pour ce qui est des actions en responsabilité contre les membres des organes dirigeant des institutions de prévoyance professionnelle, introduire le délai plus long prévu par la législation pénale. La demanderesse postule enfin que si l'application de l'art. 60 al. 2 CO est niée en matière de responsabilité des organes de gestion et d'administration de l'institution de prévoyance, cela conduit à créer deux voies de droit distinctes en cas d'action en responsabilité. De son point de vue, les tribunaux au sens de l'art. 73 LPP ne seraient plus compétents que pour juger des actions fondées sur des actes non constitutifs d'infractions pénales et les juridictions civiles pour les autres, vu que les autorités au sens de l'art. 73 LPP ne sont pas compétentes pour connaître des actions fondées sur l'art. 41 CO. Cette théorie - au demeurant contradictoire en ce qu'elle reconnaît la compétence des

autorités juridictionnelles selon 73 LPP pour appliquer l'art. 60 al. 2 CO mais non l'art. 41 CO, alors que les deux articles se trouvent insérés dans le même chapitre du Code -, est erronée (si l'on ne peut traiter de la responsabilité selon 41 CO, on ne peut appliquer non plus les articles qui s'y rapportent directement). En réalité, si le contentieux en matière de responsabilité des organes de l'institution de prévoyance est de la compétence du juge selon l'art. 73 LPP, cela n'exclut pas la compétence simultanée du juge pénal (ou civil) dans le cadre de l'action adhésive au procès pénal dans laquelle la victime peut faire valoir son dommage. Constaté l'inapplicabilité de l'art. 60 al. 2 CO dans le cadre de l'action en responsabilité selon l'art. 52 LPP n'a pas pour conséquence de diminuer la compétence *ratione materiae* du juge des assurances sociales. Pas plus que cela entraverait l'application dudit article devant le juge pénal ou civil dans un contexte différent (action fondée alors sur l'art. 41 CO). Il suit de tout ce qui précède que la prescription est acquise. a) La demanderesse fait cependant valoir que ladite prescription aurait été interrompue, tout d'abord par l'ouverture de la procédure pénale avec constitution de partie civile. b) La constitution de partie civile au procès pénal correspond au dépôt de la demande et elle crée la litispendance, ce qui a pour conséquence d'interrompre la prescription de l'action civile (cf. ATF 124 V 49). Toutefois, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre que la constitution de partie civile au procès pénal (*Adhäsionsklage*) n'interrompt la prescription que lorsqu'elle intervient avec la précision requise. En d'autres termes, il faut que le lésé, outre sa déclaration de constitution de partie, chiffre devant les autorités répressives l'indemnité qu'il prétend ou conclue à la constatation du fondement juridique de l'indemnisation qu'il réclame (Scyboz/Gilliéron, CC & CO annotés, p. 109 ad art. 135 CO ; Pichonnaz, Commentaire romand, Code des obligations I, n° 18 ad art. 135 ; Piquerez, Traité de procédure pénale suisse, 2ème éd., 2006, n° 1036 s. ; Aeschlimann, Einführung in das Strafprozessrecht. Die neuen bernischen Gesetze, 1997, n° 572 ; voir également les références citées par ces auteurs). c) En l'espèce, force est de constater que la demanderesse, si elle s'est bien constituée partie civile dans la procédure pénale dirigée contre le défendeur (ce qui est attesté par l'ordonnance de confirmation de partie civile du 16 février 2005), n'a pas déposé de conclusions civiles spécifiques, pas plus qu'elle n'a fait savoir quel dommage elle entendait faire valoir à l'encontre du prévenu. Elle s'est en effet contentée de se porter partie civile, réservant par-là même ses droits de partie, ce qui est au demeurant la seule manière d'accéder à la qualité de partie en procédure pénale genevoise et donc de contribuer à l'instruction à charge. Les remarques de la demanderesse à ce propos, qui se rapportent en réalité au contenu de la plainte pénale déposée par ses soins, sont sans influence. Ladite plainte ne contient aucune conclusion ni aucune définition du dommage dont elle demande réparation. Les chiffres avancés dans la plainte n'avaient pour seule fonction que de démontrer la réalisation des infractions dont elle estime le défendeur coupable. Au demeurant, la demanderesse, qui n'a produit aucune pièce visant à démontrer la prise de conclusions civiles au pénal, procède de façon contradictoire. En effet, dans son écriture du 18 décembre 2007 devant le Tribunal de céans, elle expose clairement qu'elle « se réservait de faire valoir la réparation de tout ou partie de ce dommage à l'encontre de M. A _____ » - propos repris dans l'ordonnance de confirmation de partie civile rendue par le juge d'instruction - et qu'elle « entend désormais réclamer l'indemnisation » de son dommage (réduit selon ses termes) par le biais de la présente procédure. On voit donc bien que la demanderesse elle-même ne savait pas, avant d'introduire son action en responsabilité, quelles conclusions elle allait prendre sur le plan civil. Il y a bien plutôt lieu de considérer qu'elle s'est constituée partie civile au pénal pour pouvoir participer à

l'instruction (à charge) dirigée contre le prévenu. Plus tard dans la procédure pénale, la demanderesse n'a ni chiffré l'indemnité à laquelle elle entendait prétendre ni conclu à la constatation du fondement juridique de son indemnisation. Elle s'est finalement, dans le cadre des débats devant l'autorité pénale, contentée de se référer aux conclusions prises devant le Tribunal de céans dans son mémoire du 24 août 2007. Partant, la constitution de partie civile au procès pénal n'est pas intervenue avec la précision requise pour qu'elle induise une interruption de la prescription. a) La demanderesse soutient ensuite que les déclarations de renonciation à invoquer la prescription signées par le défendeur auraient également pour effet d'interrompre de la prescription. b) La demanderesse se prévaut en particulier de l'arrêt du Tribunal fédéral publié aux ATF 112 II 231, duquel il ressort que la prescription peut être valablement interrompue par certaines déclarations du débiteur, notamment. En particulier, notre Haute Cour a admis que la renonciation, de la part du débiteur, à exciper de la prescription aux fins d'éviter la notification d'une poursuite ou d'une citation en conciliation (mentionnées à l'art. 135 ch. 2 CO) équivaut à une interruption de la prescription faisant courir un nouveau délai (art. 137 CO) à partir du moment où elle est formulée (consid. 3e/bb). Cela étant, la demanderesse perd de vue que cette jurisprudence relative à l'art. 60 CO ne saurait être transposée telle quelle à l'art. 127 CO, pertinent dans le cas présent (cf. consid. 4b/aa). En effet, et tel que cela ressort de l'arrêt susmentionné (même considérant), la faculté de renoncer à l'exception de prescription avant que celle-ci ne soit acquise est limitée par les 129 et 141 al. 1 CO, qui s'appliquent de façon restrictive aux délais de prescription fixés dans le titre troisième du Code des obligations (voir aussi ATF 99 II 191). Or, l'art. 127 CO figure au titre troisième dudit code, de sorte que la renonciation à exciper de la prescription dans le cas d'espèce ne saurait constituer un acte interruptif de prescription et faire partir un nouveau délai. Ceci apparaît d'autant plus vrai que le Tribunal fédéral a clairement exposé qu'une notion plus large des actes interruptifs de prescription en droit public qu'en droit privé ne pouvait être suivie dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Il est vrai que les causes d'interruption de la prescription, qui sont le fait du créancier, sont admises plus largement en droit administratif qu'en droit civil (voir Gadola, *Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht*, PJA 1/1995 p. 47 ss; Braconi, *Prescription et péremption dans l'assurance sociale* in : *Droit privé et Assurances sociales*, 1990, p. 232). Il en va ainsi dans le domaine du droit fiscal où les notions d'action et d'exception prévues par l'art. 135 ch. 2 CO sont difficilement transposables et où la prescription est réglée par le droit public, qui admet qu'un certain nombre d'actes, analogues à ceux du droit privé, peuvent interrompre la prescription. Le droit des assurances sociales connaît également certains de ces actes analogues, tels les actes tendant au recouvrement des amendes (art. 207 RAVS). Cependant, en matière de prévoyance professionnelle, le créancier doit faire valoir ses droits par voie d'action pour les litiges visés par l'art. 73 LPP, comme en l'espèce. En outre, du moment que les conditions de telles actions sont soumises aux règles du droit civil (ici à l'art. 127 CO), il convient d'appliquer ces dispositions dans leur contexte juridique, avec leurs avantages et inconvénients respectifs pour les deux parties, sans en dénaturer le sens et la portée, quand bien même elles s'incorporent dans un système régi en partie par le droit public (ATF 130 V 418 consid. 3.2). Enfin, il sied de relever qu'en matière de prévoyance professionnelle, l'art. 41 al. 2 LPP, relatif à la prescription des actions en recouvrement de créances de cotisations ou de prestations périodiques, renvoie explicitement aux art. 129 à 142 CO. Cette réglementation est impérative et s'applique à toutes les créances fondées sur la LPP, notamment aussi aux rapport juridiques avec des institutions de droit public

(Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 19 décembre 1975, FF 1976 I 251 ; voir aussi ATF 132 V 165 consid. 4.4.3 et ATF 128 V 241 consid. 3b où le Tribunal fédéral se réfère explicitement aux actes interruptifs de prescription au sens de l'art. 135 CO; cf. également arrêt du TF A. du 10 février 2004, [B 87/00]). Dans la mesure où ce renvoi pur et simple aux dispositions du Code des obligations est valable pour toutes les créances fondées sur la LPP et dès lors que l'énumération contenue à l'art. 135 ch. 2 est exhaustive, il n'y a pas de place pour une réglementation plus large en matière d'interruption de la prescription du fait du créancier en matière de prévoyance professionnelle, que l'on tienne compte de l'ancienne ou de la nouvelle version de l'art. 52 LPP (cf. aussi Braconi, op. cit. p. 232 ; ATF 133 V 579 consid. 4.3.1, arrêt du TF du 16 octobre 2006 [B 55/05], SVR 2007 BVG n° 18 p. 61 consid. 4.2.3). Partant, la demanderesse ne peut se prévaloir en l'espèce des déclarations de renonciation à exciper de la prescription du défendeur en tant qu'actes interruptifs de la prescription. Les prétentions de la demanderesse étant prescrites, l'action doit être rejetée. Le défendeur, assisté d'un mandataire, a droit à une indemnité de dépens, fixée en l'espèce à 3'000 fr.

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