

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Jugement incident du 1^{er} février 2018

Composition : M. PIGUET, président
Mmes Röthenbacher et Pasche, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

V. _____, à [...], demandeur, représenté par Me Alexandre Bernel, avocat à Lausanne,

et

1. **L.** _____, à [...], défenderesse, représentée par Me Christian Fischer, avocat à Lausanne,
2. **S.** _____, à [...], défendeur, représenté par Me Yves Magnin, avocat à Genève,
3. **B.** _____, à [...], défendeur,
4. **T.** _____, à [...], défendeur,
5. **A.** _____, à [...], défendeur, représenté par Me Jean-Emmanuel Rossel, avocat à Morges,
6. **W.** _____, à [...], défendeur, représenté par Me Catherine Weniger, avocate à Genève,
7. **X.** _____, à [...], défenderesse, représentée par Me Joël Crettaz, avocat à Lausanne,
8. **P.** _____, à [...], défendeur, représenté par Me François Logoz, avocat à Lausanne,
9. **F.** _____, à [...], défendeur, représenté par Me Corinne Monnard Séchaud, avocate à Lausanne,

10. **Q.** _____, à [...], défendeur, représenté par Me Corinne Monnard Séchaud, avocate à Lausanne.

E n f a i t :

A. a) La Fondation de Prévoyance D._____ (désormais : Fondation de Prévoyance D._____ en liquidation ; ci-après : la Fondation D._____) a été inscrite au registre du commerce du canton de Vaud le [...] et avait pour but d'assurer la « *prévoyance professionnelle dans le cadre de la LPP et de ses dispositions d'application en faveur des salariés de la société N._____ respectivement de l'employeur et en faveur des salariés des entreprises étroitement liées économiquement ou financièrement, ainsi qu'en faveur de leurs survivants contre les conséquences économiques de la vieillesse, du décès et de l'invalidité* ».

b) A teneur des inscriptions figurant sur l'extrait du registre du commerce, le conseil de la Fondation D._____ était composé de la manière suivante :

Représentants des employeurs :

- W._____, lequel a exercé la fonction de président du conseil de la Fondation D._____ de la création de celle-ci jusqu'au 9 novembre 2007 ;
- A._____, lequel a été membre du conseil de la Fondation D._____ de la création de celle-ci jusqu'au 11 septembre 2001 ; il a été remplacé par B._____, lequel a exercé sa fonction jusqu'au 18 juillet 2002 ; il a été lui-même remplacé par X._____, laquelle a exercé sa fonction jusqu'au 9 novembre 2007 ;
- S._____, lequel a été membre du conseil de la Fondation D._____ de la création de celle-ci jusqu'au 23 juillet 2003 ; il a été remplacé par P._____, lequel a exercé sa fonction jusqu'au 2 août 2005.

Représentants des employés :

- T._____, lequel a été membre du conseil de la Fondation D._____ de la création de celle-ci jusqu'au 9 novembre 2007 ;

- F._____, lequel a été membre du conseil de la Fondation D._____ de la création de celle-ci jusqu'au 9 novembre 2007 ;
- Q._____, lequel a été membre du conseil de la Fondation D._____ de la création de celle-ci jusqu'au 23 juillet 2003 ; il a été remplacé par Z._____, lequel a exercé sa fonction jusqu'au 11 avril 2005.

c) La Fondation D._____ a désigné la L._____ (ci-après: la L._____) pour, d'une part, assurer sa gestion administrative, technique et comptable (contrats des 18 et 19 janvier 2000) et, d'autre part, exercer - jusqu'au 11 août 2004 - la fonction d'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle. La L._____ s'est vue également confier, au côté d'autres gestionnaires de fortune, la gestion d'une partie des avoirs de la Fondation D._____ (mandats de gestion des 18 janvier 2000, 21 février 2000 et 9 mars 2001).

B. a) Au cours de l'année 2001, la Fondation D._____, fortement exposée sur le marché des actions, a subi de plein fouet la baisse des marchés boursiers liée à l'explosion de la bulle Internet. Elle s'est ainsi trouvée en situation de découvert.

b) De son côté, le groupe N._____ a été touché par le ralentissement de la conjoncture économique survenu à la même époque et s'est trouvé dans une situation financière difficile. Le groupe N._____ s'est alors soumis à un vaste processus de restructuration, qui a eu pour effet collatéral d'entraîner le départ de la très grande majorité des assurés de la Fondation D._____.

c) Dès le milieu de l'année 2003, la Fondation D._____ a informé l'Autorité de surveillance des fondations, soit pour elle le Département de l'intérieur du canton de Vaud (ci-après : l'autorité de surveillance), qu'elle était en situation de surendettement sans possibilité de mesures d'assainissement et requis le prononcé de sa liquidation totale. Estimant que seules les conditions formelles d'une liquidation partielle étaient remplies, l'autorité de surveillance a refusé de donner

suite à la requête de la Fondation D._____. S'en est suivie une longue bataille juridique qui s'est achevée devant le Tribunal administratif fédéral. Par arrêt du 23 novembre 2007 (cause C-2434/2006), celui-ci a finalement donné raison à la Fondation D._____, estimant qu'une liquidation partielle suivie d'une liquidation totale ne se justifiait pas dans le cas d'espèce, compte tenu des circonstances.

d) Par décision du 5 octobre 2007, l'autorité de surveillance a notamment prononcé la destitution des membres du conseil de fondation, désigné M^e Jean-Michel Duc en qualité de liquidateur, constaté la dissolution de la Fondation D._____ et ordonné sa liquidation. Elle a relevé que les dernières sociétés affiliées à la Fondation D._____ avaient été déclarées en faillite en date des 9 février et 2 juin 2006, que la Fondation D._____ ne comptait - hormis des rentiers - plus d'assurés au 31 décembre 2006, que les membres du conseil de fondation souhaitaient être démis de leurs fonctions, que la Fondation D._____ présentait un découvert comptable de 7'234'830 fr. 19 au 31 décembre 2006, qu'un sursis concordataire avait été prononcé en date du 25 juillet 2007 et que la Fondation D._____ était dans l'impossibilité de poursuivre son but de prévoyance.

C. a) Par décision du 7 mars 2008, le Fonds de garantie LPP a accepté de garantir les prestations légales et réglementaires encore dues à ses assurés par la Fondation D._____.

Dans le cadre de sa mission, le Fonds de garantie LPP a indiqué avoir versé à titre de garantie les montants suivants :

- 19'230 fr. 05 le 19 novembre 2008 ;
- 8'031 fr. 35 le 19 novembre 2008 ;
- 2'291'405 fr. 50 le 27 novembre 2008 ;
- 1'619'909 fr. 55 le 4 décembre 2008 ;
- 8'763 fr. 80 le 8 décembre 2008 ;
- 2'746'413 fr. 80 le 11 décembre 2008 ;
- 23'189 fr. 45 le 15 décembre 2008 ;
- 849'736 fr. 90 le 18 décembre 2008 ;

- 201'869 fr. 65 le 24 décembre 2008 ;
- 26'870 fr. 40 le 26 janvier 2009 ;
- 390'250 fr. 65 le 29 janvier 2009 ;
- 314'926 fr. 30 le 12 février 2009 ;
- 340'899 fr. 45 le 23 avril 2009 ;
- 17'801 fr. 75 le 21 octobre 2010,

soit un montant total de 8'859'298 fr. 60, dont il y avait lieu de déduire la somme de 117'419 fr. 45 correspondant à divers versements effectués à double et remboursés par la suite.

Le Fonds de garantie LPP s'est en outre vu verser par la Fondation D. _____ les prestations de sortie en relation avec des rentiers partiellement invalides, à savoir des montants de :

- 239'617 fr. 85 (valeur au 30 janvier 2008) ;
- 40'759 fr. 25 (valeur au 1^{er} octobre 2008) ;
- 27'431 fr. 95 (valeur au 1^{er} octobre 2008) ;
- 95'802 fr. (valeur au 1^{er} octobre 2008) ;
- 31'101 fr. 60 (valeur au 1^{er} octobre 2008) ;
- 29'687 fr. 35 (valeur au 1^{er} octobre 2008) ;
- 374'336 fr. 35 (valeur au 1^{er} octobre 2008) ;
- 144'610 fr. 70 (valeur au 1^{er} octobre 2008) ;
- 134'285 fr. 75 (valeur au 1^{er} octobre 2008) ;
- 174'773 fr. 15 (valeur au 1^{er} octobre 2008),

soit un total de 1'292'405 fr. 95.

Par «contrat de reprise» conclu les 31 janvier et 2 février 2012 entre le Fonds de garantie LPP et la Fondation D. _____, le Fonds de garantie LPP a repris de la Fondation D. _____ avec effet au 1^{er} janvier 2008, l'ensemble des obligations réglementaires (jusqu'à la limite légale de la garantie du Fonds de garantie LPP) de la Fondation D. _____ envers l'ensemble des rentiers au bénéfice au 31 décembre 2007 d'une rente de vieillesse, d'invalidité (d'enfant d'invalidé) ou de conjoint survivant et d'orphelin, la Fondation D. _____ s'engageant à céder au Fonds de garantie LPP la contre-valeur des réserves mathématiques des rentes, soit

un montant de 2'236'400 fr., et à verser tout résultat provenant de sa liquidation.

Le 20 juillet 2012, la Fondation D._____ a remboursé au Fonds de garantie LPP la somme de 3 millions de francs.

Le montant total net en capital pris en charge par le Fonds de garantie LPP au 24 décembre 2012 s'établissait selon ses indications comme suit :

□ total des montants versés à titre de prestations de libre passage	Fr.	8'859'298.6	0	
□ dont à déduire quatre montants reversés au Fonds de garantie LPP pour quatre assurés	Fr.	-	117'419.45	
□ montant auquel il faut ajouter la valeur des rentes reprises	Fr.	2'236'400.0	0	
□ dont à déduire diverses prestations de libre passage versées par la Fondation D._____ en relation avec les rentiers partiellement invalides	Fr.	-	1'292'405.9	5
□ correspondant toutefois à des engagements de même valeur repris par le Fonds de garantie LPP envers ces rentiers partiellement invalides	Fr.	1'292'405.9	5	
□ dont à déduire le montant versé par la Fondation D._____ le 20 juillet 2012 au Fonds de garantie LPP	Fr.	-	3'000'000.0	0
Total	Fr.	7'978'279.		

Compte tenu de l'engagement présumé de la responsabilité dans l'insolvabilité de ladite fondation, le Fonds de garantie LPP n'a pas versé les soldes encore dus aux membres du conseil de fondation, soit, compte tenu des intérêts calculés jusqu'au 31 décembre 2012 :

- 20'380 fr. 60 à l'égard de S. _____ ;
- 40'662 fr. 40 à l'égard de T. _____ ;
- 114'598 fr. 55 à l'égard de A. _____ ;
- 147'492 fr. 65 à l'égard de W. _____ ;
- 63'764 fr. 40 à l'égard de X. _____ ;
- 53'214 fr. 35 à l'égard de F. _____ ;
- 229'637 fr. 25 à l'égard de Q. _____ .

b) A la demande du Fonds de garantie LPP, la L. _____ a signé des déclarations de renonciation à se prévaloir de la prescription concernant les éventuelles prétentions en responsabilité et en dommages-intérêts que le Fonds de garantie LPP ou la Fondation D. _____ pourraient soulever en relation avec l'insolvabilité de la Fondation D. _____ le 21 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 2 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 8 décembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012.

S. _____ en a fait de même le 22 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 29 novembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 10 novembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012.

B. _____ en a fait de même le 20 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 9 novembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 5 décembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012.

T. _____ en a fait de même le 21 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 8 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 7 novembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012.

A._____ en a fait de même le 21 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 3 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 25 octobre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012.

W._____ en a fait de même le 21 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 6 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 26 octobre 2011 jusqu'au 31 décembre 2012.

X._____ en a fait de même le 19 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 9 novembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 10 novembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012.

P._____ en a fait de même le 17 décembre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 10 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 10 novembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012.

F._____ en a fait de même le 15 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010, le 3 décembre 2010 avec effet jusqu'au 31 décembre 2011 et le 7 novembre 2011 avec effet jusqu'au 31 décembre 2012.

Q._____ en a fait de même le 12 octobre 2009 avec effet jusqu'au 31 décembre 2010. Afin d'interrompre le délai de prescription, le Fonds de garantie LPP a requis le 23 décembre 2010 une poursuite à l'encontre de Q._____ en paiement de la somme de 8'742'132 fr. 25 avec intérêt à 5 % l'an dès le 7 mars 2008, ce qui a donné lieu à la notification le 3 février 2011 d'un commandement de payer dans la poursuite n° 5649014 de l'Office du district de [...]. Par déclaration du 19 octobre 2011, Q._____ a renoncé à se prévaloir de la prescription avec effet jusqu'au 31 décembre 2012.

D. Par demande du 24 décembre 2012 adressée à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, le Fonds de garantie LPP a ouvert action contre la L._____, S._____, B._____, T._____, A._____, W._____, X._____, P._____, F._____ et Q._____, en prenant la conclusion suivante :

« Le demandeur Fonds de garantie LPP est créancier des défendeurs L._____, S._____, B._____, T._____, A._____, W._____, X._____, P._____, F._____ et Q._____, qui lui doivent immédiat paiement des montants suivants :

- Fr. 19'230.05, avec intérêt à 5 % l'an dès le 20 novembre 2008,
- Fr. 8'031.35, avec intérêt à 5 % l'an dès le 20 novembre 2008,
- Fr. 2'291'405.50, avec intérêt à 5 % l'an dès le 28 novembre 2008,
- Fr. 1'619'909.55, avec intérêt à 5 % l'an dès le 5 décembre 2008,
- Fr. 8'763.80, avec intérêt à 5 % l'an dès le 9 décembre 2008,
- Fr. 2'746'413.80, avec intérêt à 5 % l'an dès le 12 décembre 2008,
- Fr. 23'189.45, avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 décembre 2008,
- Fr. 849'736.90, avec intérêt à 5 % l'an dès le 19 décembre 2008,
- Fr. 201'869.65, avec intérêt à 5 % l'an dès le 25 décembre 2008,
- Fr. 26'870.40, avec intérêt à 5 % l'an dès le 27 janvier 2009,
- Fr. 390'250.65, avec intérêt à 5 % l'an dès le 30 janvier 2009,
- Fr. 314'926.30, avec intérêt à 5 % l'an dès le 13 février 2009,
- Fr. 340'899.45, avec intérêt à 5 % l'an dès le 24 avril 2009,
- Fr. 17'801.75, avec intérêt à 5 % l'an dès le 22 octobre 2010,
- Fr. 2'236'400.-, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} janvier 2008,
- Fr. 282'851.60, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} janvier 2008,
- Fr. 410.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 24 décembre 2010,
- tous autres montants qui seront à l'avenir versés par Fonds de garantie LPP à un ou plusieurs assuré(s) de Fondation de Prévoyance D._____ en liquidation, à titre de prestations de prévoyance professionnelle,

dont à déduire les sommes suivantes:

- Fr. 4'412.60, valeur 24 décembre 2008,
- Fr. 11'924.92, valeur 6 avril 2009,
- Fr. 4'213.48, valeur 6 avril 2009,
- Fr. 96'868.45, valeur 6 avril 2009,
- Fr. 3'000'000.-, valeur 20 juillet 2012,
- toutes autres sommes que Fondation de Prévoyance D._____ en liquidation pourrait verser à l'avenir au demandeur Fonds de garantie LPP dans le cadre de la liquidation de ladite fondation,

montants dus solidairement par lesdits défendeurs ou selon une répartition à fixer à dire de justice, sous déduction de :

- Fr. 229'637.25, valeur au 31 décembre 2012,
- Fr. 53'214.35, valeur au 31 décembre 2012,
- à raison de Fr. 229'637.25 en faveur du défendeur Q._____ et de Fr. 53'214.35 en faveur du défendeur F._____, subsidiairement solidairement entre tous les défendeurs. »

Les parties recherchées ont conclu au rejet de la demande et pris - à l'exception de la L._____, de B._____ et de P._____ - des conclusions reconventionnelles tendant au versement de leur prestation de libre passage non garantie par le Fonds de garantie LPP.

E. Donnant suite à deux requêtes incidentes de la L._____, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a, par jugement incident du 13 août 2013, constaté d'une part qu'elle était compétente pour statuer sur la demande déposée par le Fonds de garantie LPP et rejeté d'autre part la demande tendant à la suspension de la cause jusqu'au terme de la procédure de liquidation de la Fondation de prévoyance.

F. Le 25 août 2017, le Juge instructeur a, après un double échange d'écritures, imparti aux parties un délai - non prolongeable - au 31 octobre 2017 pour se déterminer sur l'exception de prescription soulevée par la L._____ (duplicque, p. 97), S._____ (réponse, p. 21), A._____ (réponse, p. 18), W._____ (réponse, p. 33), X._____ (réponse, p. 22), P._____ (réponse, p. 23) ainsi que F._____ et Q._____ (duplicque, p. 15).

Dans ses déterminations du 24 octobre 2017, complétées le 8 novembre 2017, la L._____ a, outre le fait qu'elle estimait la prescription acquise, relevé qu'il semblait difficile que la question de la prescription puisse être instruite et jugée séparément des autres questions de fond, en raison notamment de la grande diversité des griefs émis par le Fonds de garantie LPP et de l'évolution des règles de droit pertinentes, rendant nécessaire de reconstituer préalablement la chronologie des événements ainsi que des actes ou omissions des personnes contre lesquelles le Fonds de garantie LPP a ouvert action. Un jugement préalable ne pouvait ainsi être rendu sur la seule base d'un examen juridique *prima facie*, mais nécessitait une instruction détaillée concernant aussi bien les griefs allégués que la question relative au lien de

causalité entre d'éventuels manquements et l'insolvabilité de la Fondation D._____.

Dans ses déterminations du 31 octobre 2017, X._____ a indiqué rejoindre la position défendue par la L._____.

Dans ses déterminations du 31 octobre 2017, S._____ a relevé que, compte tenu de la teneur de l'art. 52 al. 2 LPP (loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ; RS 831.40) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, il convenait de faire usage de l'art. 49 al. 1 Tit. fin. CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), disposition applicable lorsque le nouveau droit introduit un délai de prescription de cinq ans ou plus qui n'existait pas sous l'ancien droit. A supposer que les prétendus dommages fussent bel et bien existants, le délai de prescription avait commencé à courir le concernant le 31 mai 2003, date à laquelle il avait quitté le conseil de fondation, et la prescription avait été acquise le 31 mai 2008. Le même raisonnement devait être mené s'il était considéré que l'art. 56a LPP était applicable.

Dans ses déterminations du 31 octobre 2017, A._____ a estimé qu'il convenait d'appliquer dans le cas d'espèce le délai de prescription d'une année prévu à l'art. 56a al. 3 LPP.

Dans leurs déterminations du 31 octobre 2017, F._____ et Q._____ ont expliqué qu'il convenait à leur sens d'appliquer les délais de prescription prévus par l'art. 52 al. 2 LPP (dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005), en corrélation avec l'art. 49 al. 1 Tit. fin. CC. L'art. 52 al. 2 LPP prévoyait un délai de prescription relatif de cinq ans qui commençait à courir avec la connaissance du dommage et de la personne responsable. En l'espèce, il ressortait des pièces du dossier que le Fonds de garantie LPP avait été informé en date du 16 septembre 2003 de la situation financière de la Fondation de prévoyance, si bien que la prescription était acquise le 16 septembre 2008.

Dans ses déterminations du 31 octobre 2017 complétées le 15 novembre 2017, le Fonds de garantie LPP a expliqué les raisons pour lesquelles il estimait, quelle que soit l'hypothèse envisagée, que les prétentions qu'il exerçait n'étaient pas prescrites.

Dans leurs déterminations du 31 octobre 2017, W. _____ et P. _____ ont déclaré s'en remettre à justice sur la question de la prescription.

B. _____ et T. _____ n'ont pour leur part pas produit de déterminations.

E n d r o i t :

1. Comme constaté dans le jugement incident du 13 août 2013, l'action du demandeur, formée devant le tribunal compétent à raison du lieu, est recevable à la forme.

2. Le présent jugement a pour unique objet de statuer préalablement, par le biais d'une décision préjudicielle, sur la question de la prescription. En effet, il existe un intérêt commun à l'ensemble des parties à ce que la Cour de céans tranche de façon séparée ce point. Eu égard au nombre de personnes impliquées et à la complexité de la situation de fait et de droit, il est probable que l'instruction de la présente affaire nécessite la tenue de plusieurs audiences ainsi que la mise en œuvre de nombreuses mesures d'instruction (interrogatoire des parties, audition de témoins, expertises) propres à allonger indubitablement la durée de la procédure. Une décision préjudicielle sur la question de la prescription permettrait ainsi, selon la réponse donnée, d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

3. Avant de s'intéresser plus particulièrement à la question de la prescription, il convient de déterminer en premier lieu le fondement juridique de l'action ouverte par la partie demanderesse. En effet, celle-ci

se prévaut en l'occurrence aussi bien de l'art. 56a LPP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004 que de l'art. 56a LPP dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005.

4. a) Le droit de recours du Fonds de garantie LPP contre les personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou de la caisse de pensions affiliée est actuellement régi par l'art. 56a LPP.

b) La teneur de cette disposition a sensiblement évolué au fil du temps.

aa) 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 insolvable, ainsi que sur le droit de recours contre les organes d'institutions de prévoyance insolvable. Sur la base de cette délégation de compétence, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur l'administration du « fonds de garantie LPP » du 7 mai 1986 (OFG 2 ; RO 1986 867 ; en vigueur jusqu'au 30 juin 1998, RO 1998 1662). Selon l'art. 11 de cette ordonnance, 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.

bb) 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, ad art. 56^{bis} ; voir également TF 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.

cc) 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 pensions affiliée [RO 2011 3385]), participer aux prétentions de l'institution au moment du versement des prestations garanties et jusqu'à concurrence de celles-ci.

c) La nouvelle entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 ne contenait pas de disposition transitoire relative à l'art. 56a al. 1 LPP. Conformément au principe général de droit transitoire, selon lequel – en cas de changement de loi – les règles applicables sont, sous réserve de dispositions particulières de droit transitoire, celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, il y a lieu d'examiner l'action du demandeur au regard de l'art. 56a al. 1 LPP dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, dès lors que les prestations de garantie allouées par le demandeur ont été versées postérieurement au 1^{er} janvier 2005 (cf. ATF 141 V 51 consid. 3.2.3).

5. a) Dans sa teneur applicable du 1^{er} janvier 1997 au 31 décembre 2004, l'art. 56a LPP prévoyait que le Fonds de garantie LPP disposait d'un droit propre qui – à la différence de la responsabilité selon l'art. 52 LPP – était dirigé non seulement contre les organes de l'institution de prévoyance, mais également contre d'autres personnes qui, par un comportement fautif, avaient contribué à provoquer l'insolvabilité de l'institution de prévoyance. Selon la jurisprudence, l'art. 56a LPP constituait pour les personnes recherchées par le Fonds de garantie LPP et qui n'étaient pas comprises dans le cercle des responsables concernés par l'art. 52 LPP la norme de responsabilité déterminante (ATF 141 V 51 consid. 3.2.1 et les références).

b) La formulation choisie par le législateur fédéral dans le cadre de la nouvelle entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (« peut participer aux prétentions ») n'est pas des plus heureuses. Ainsi que cela ressort des

contributions de la doctrine en lien avec cette disposition, il n'existe pas de consensus quant à la portée à donner à cette disposition. Si une partie de la doctrine estime désormais que l'art. 56a LPP institue une subrogation légale du Fonds de garantie LPP aux droits de l'institution de prévoyance (BEAT CHRISTEN, in LPP et LFLP, Commentaire, Schneider/Geiser/Gächter [éd.] 2010, n. 6 ad art. 56a LPP ; HERMANN WALSER, Auffangeinrichtung und Sicherheitsfonds, RSAS 2005 p. 83), une autre partie de la doctrine estime que cette disposition continue, malgré sa teneur, à consacrer aussi bien un droit autonome d'agir par la voie de l'action récursoire (*Regressrecht*) qu'une règle autonome de responsabilité (ISABELLE VETTER-SCHREIBER, BVG-Kommentar, 3^e éd., Zurich 2013, n. 2 ad art. 56a LPP). Selon un troisième courant de doctrine, l'art. 56a LPP constitue un droit de subrogation légale sur les droits de l'institution de prévoyance à l'encontre des personnes responsables de son insolvabilité ainsi qu'une règle autonome de responsabilité pour les personnes qui ne sont pas comprises dans le cercle des responsables concernés par l'art. 52 LPP (ANDREAS GNÄDINGER, in Haftpflichtkommentar, Zurich/St-Gall 2016, n. 4 ad art. 56a LPP ; MARC HÜRZELER/JÜRIG BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^e éd., Bâle 2016, p. 2086, n. 70).

c) La jurisprudence n'offre aucun éclairage décisif sur cette question. Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il indiqué, au consid. 7.3 de l'ATF 139 V 176, que le Fonds de garantie LPP était subrogé aux droits de l'institution de prévoyance à concurrence des prestations garanties, sans préciser toutefois ce qu'il en était des personnes qui n'étaient pas comprises dans le cercle des responsables concernés par l'art. 52 LPP. Au consid. 3.2.2 de l'ATF 141 V 51, il a en revanche indiqué que la jurisprudence rendue sous l'ancien droit conservait toute sa pertinence, dès lors que le champ d'application (personnel et matériel) de l'art. 56a LPP n'avait à aucun moment été un sujet de discussion au cours des travaux parlementaires.

d) Au regard des considérations suivantes, la question de la nature juridique de l'art. 56a LPP peut rester indécise.

6. a) Ni l'art. 56a LPP ni aucune autre disposition légale ne règle la question de savoir dans quel délai le Fonds de garantie LPP doit faire valoir ses prétentions récursoires ou les prétentions en responsabilité qu'il possède à l'encontre des personnes responsables de l'insolvabilité d'une institution de prévoyance. Il n'y a en tout cas pas lieu, contrairement à ce que prétend le défendeur n° 5, de se référer à l'art. 56a al. 2 et 3 LPP, dès lors que ces alinéas portent sur la question – non pertinente dans le cas d'espèce – de la restitution de prestations indûment versées. De fait, le Tribunal fédéral a considéré que l'on était en présence d'une lacune proprement dite. En effet, il n'y avait aucun indice qui laissait à penser que le législateur avait voulu, en ce qui concerne les prétentions au sens de l'art. 56a al. 1 LPP, déroger au principe général selon lequel les prétentions de droit public étaient prescriptibles (ATF 135 V 163 consid. 5.3).

b) Le Tribunal fédéral a, sous l'ancien droit, comblé cette lacune par voie jurisprudentielle, en décidant – par analogie avec l'art. 52 al. 3 LPP – que les prétentions en responsabilité et les prétentions récursoires au sens de l'art. 56a al. 1 aLPP se prescrivaient par cinq ans à partir du versement des prestations par le Fonds de garantie LPP. Il a expliqué que la durée appropriée d'un délai de prescription ne pouvait pas être fixée indépendamment de la question du début de ce délai. Dans la mesure où le Fonds de garantie LPP pouvait être amené à verser ses prestations à un moment nettement plus éloigné que celui du comportement fondant la prétention, les débiteurs pourraient selon les circonstances être poursuivis bien après l'expiration du délai absolu de dix ans à compter du jour où les comportements dommageables avaient pris fin. Ceci justifiait d'admettre un délai plus court que le délai de dix ans, étant attendu que le Fonds de garantie LPP a connaissance de son dommage dès le moment où il a versé ses prestations et qu'il est sans autre exigible de sa part qu'il ouvre action dans un délai de cinq ans à compter de ce moment (ATF 135 V 163 consid. 5.5).

c) Si l'on admet que l'art. 56a LPP constitue toujours un droit autonome général d'agir par la voie de l'action récursoire ou, à tout le moins, un droit autonome à l'égard des personnes qui ne sont pas comprises dans le cercle des responsables concernés par l'art. 52 LPP, il n'y a pas de raison de s'écarter de la jurisprudence rendue à l'ATF 135 V 163, laquelle conserve toute sa pertinence. Dans ce cas de figure, les prétentions se prescrivent par cinq ans à partir du versement de ses prestations par le Fonds de garantie LPP.

d) Si l'on admet que l'art. 56a LPP constitue désormais une règle de subrogation, il convient de tenir compte des considérations suivantes.

aa) La subrogation constitue un cas de cession légale de créance au sens de l'art. 166 CO intervenant de plein droit et indépendamment de toute manifestation de volonté de la part de la personne directement lésée. Elle a pour effet que, à concurrence des prestations allouées par le cessionnaire, la créance est transférée au tiers, grevée de toutes les objections et exceptions existant au moment de la subrogation (art. 169 CO), notamment l'exception de prescription (cf. ATF 135 V 163 consid. 4.4).

bb) Dans le domaine des assurances sociales, l'assureur est, d'après l'art. 72 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1), subrogé dès la survenance de l'événement dommageable jusqu'à concurrence des prestations légales aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable (al. 1). En matière de prescription, cette disposition prévoit plus particulièrement que les délais applicables aux droits de la personne lésée sont également applicables aux droits qui ont passé à l'assureur ; pour les prétentions récursoires de l'assureur, les délais ne commencent toutefois pas à courir avant que celui-ci ait eu connaissance des prestations qu'il doit allouer ainsi que du responsable (al. 3). Selon le texte légal, le point de départ du délai de prescription n'est pas identique pour la personne lésée et pour l'assureur subrogé, quand bien même les

délais de prescription des prétentions subrogatoires sont ceux applicables aux prétentions de la personne lésée. Autrement dit, l'art. 72 al. 3 LPGA consacre une exception à la règle générale selon laquelle le délai de prescription commence à courir à compter du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage et, partant, une exception au principe selon lequel la subrogation entraîne le transfert des droits accessoires liés à la créance (GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur*, Zurich 2007, n. 1825). La justification de cette exception au régime général est double. D'une part, l'étendue de la créance subrogatoire dépend avant tout de l'étendue des prestations servies : il est par conséquent naturel que la prescription commence à courir lorsque l'assureur est en mesure de faire valoir sa prétention. D'autre part, l'intervention de certaines assurances sociales ne suit pas immédiatement l'événement dommageable ; si la prescription commence à courir avec la connaissance du dommage, elle pourrait être acquise avant que l'assureur concerné ne connaisse l'étendue de la créance subrogatoire (FRÉSARD-FELLAY, *op. cit.*, n. 1830). Dans ce contexte, le délai de prescription commence en règle générale à courir à compter du moment où l'assureur prend la décision qui fixe le montant des prestations allouées (JELI KIESER, *ATSG-Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2015, n. 30 ad art. 72 LPGA ; FRÉSARD-FELLAY, *op. cit.*, n. 1834).

cc) Quand bien même la LPGA ne trouve pas application dans le domaine de la prévoyance professionnelle, il y a lieu d'admettre que la règle prévue à l'art. 72 al. 3 LPGA constitue l'expression d'un principe de portée générale en droit des assurances sociales. Ainsi ne se justifie-t-il pas d'appliquer les règles en matière de prescription prévues à l'art. 52 al. 2 LPP. A la différence de ce que prévoit l'art. 72 al. 3 LPGA, il n'y a toutefois pas lieu de se fonder sur la décision de principe par laquelle le Fonds de garantie LPP s'engage à fournir sa garantie, mais bien plutôt sur le versement effectif des prestations de garantie, dès lors que c'est ledit versement qui permet de déterminer concrètement l'étendue de la garantie et, partant, du dommage subi par le Fonds de garantie LPP.

e) Quelle que soit l'hypothèse examinée, il convient d'admettre que les prétentions du Fonds de garantie LPP se prescrivent par cinq ans à partir du versement des prestations. Cette règle uniforme présente au surplus l'avantage de garantir une application équitable du droit qui serait compromise s'il convenait de tenir compte de plusieurs délais de prescription.

7. En l'espèce, il y a lieu de constater que le Fonds de garantie LPP a rendu sa décision visant le paiement de la garantie pour cause d'insolvabilité en date du 7 mars 2008, procédé aux principaux versements de garantie entre le 19 novembre 2008 et le 23 avril 2009, un dernier versement ayant encore été effectué le 21 octobre 2010, et conclu le « contrat de reprise » portant sur un montant de 2'236'400 fr. les 31 janvier et 2 février 2012. L'action en réparation du dommage n'était donc pas prescrite, lorsque celle-ci a été déposée le 24 décembre 2012.

8. Afin d'être parfaitement exhaustif, il convient de préciser que dans l'hypothèse – non réalisée en l'espèce (cf. *supra* consid. 6d) – où les règles de la subrogation imposeraient d'appliquer les délais prévus à l'art. 52 al. 2 LPP – introduits par la novelle du 3 octobre 2003 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 –, il conviendrait alors de tenir compte de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_698/2009 du 7 juillet 2010. Le Tribunal fédéral a en effet précisé que le délai de prescription de cinq ans prévu par cette disposition n'avait pu commencer à courir qu'à partir de son entrée en vigueur, soit le 1^{er} janvier 2005. Il a notamment précisé que l'art. 49 al. 1 Tit. fin. CC n'était pas applicable, si bien que le temps écoulé sous l'ancien droit ne pouvait pas être pris en compte dans le calcul du délai de prescription. Dès lors que les différents défendeurs à la procédure avaient signé à la fin des années 2009, 2010 et 2011 des renonciations à invoquer la prescription valables jusqu'au 31 décembre 2012, l'action en réparation du dommage du Fonds de garantie LPP n'était pas prescrite, lorsque celle-ci a été déposée le 24 décembre 2012.

9. Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la demande déposée le 24 décembre 2012 par le Fonds de garantie LPP

contre la L._____, S._____, B._____, T._____, A._____,
W._____, X._____, P._____, F._____ et Q._____ n'est pas
prescrite.

10. Les frais et dépens de la présente procédure incidente suivent
le sort de la cause au fond.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I. La demande déposée le 24 décembre 2012 par le Fonds de
garantie LPP contre la L._____, S._____, B._____,
T._____, A._____, W._____, X._____, P._____,
F._____ et Q._____ n'est pas prescrite.

- II. Les frais et dépens de la présente procédure suivent le sort de
la cause au fond.

Le président :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à
huis clos, est notifié à :

- Me Alexandre Bernel (pour le demandeur),
- Me Christian Fischer (pour la L._____),
- Me Yves Magnin (pour S._____),
- M. B._____,
- M. T._____,

- Me Jean-Emmanuel Rossel (pour A. _____),
- Me Catherine Weniger (pour W. _____),
- Me Joël Crettaz (pour X. _____),
- Me François Logoz (pour P. _____),
- Me Corinne Monnard Séchaud (pour MM. F. _____ et Q. _____),

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :