

GE_GERICHTE ATAS/727/2022 vom 22. August 2022

GE Cour de justice, 2022-08-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_727_2022

FR: GE_GERICHTE ATAS/727/2022 du 22 août 2022

IT: GE_GERICHTE ATAS/727/2022 del 22 agosto 2022

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations [CO - RS 220] ; art. 52, 56a al. 1 et 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40] ; art. 142a du Code civil [CC - RS 210]). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

Le litige initial opposant les parties portait sur l'affiliation du demandeur à la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire auprès de l'appelée en cause dès le 1er décembre 1987, sur le versement des cotisations dues à ce titre, et sur leur prescription. Les demandes reconventionnelles portaient quant à elles sur le versement par le demandeur aux défenderesses de sa part de cotisations. Dans son arrêt du 29 septembre 2016 (9C_951/2015), le Tribunal fédéral a notamment jugé que le règlement de l'appelée en cause ne prévoyait qu'un seul plan de pension, lequel s'appliquait à tout membre permanent du personnel, de sorte qu'il convenait d'appliquer les dispositions réglementaires. Il a également retenu que les défenderesses avaient commis une faute en omettant d'annoncer le demandeur à l'appelée en cause consécutivement à l'entrée en vigueur de l'ALCP, ce qui justifiait d'appliquer le délai absolu de prescription de dix ans. L'arrêt de la chambre de céans du 17 novembre 2015 (ATAS/864/2915) a en conséquence été annulé et la cause lui a été renvoyée pour que celle-ci applique les dispositions réglementaires et le délai absolu de prescription de dix ans.

E. 3

À titre liminaire, il convient de se prononcer sur la mesure d'instruction complémentaire sollicitée par les défenderesses et l'appelée en cause.

E. 3.1

Le droit d'être entendu, garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), comprend notamment le droit pour la personne concernée de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision et de participer à l'administration des preuves (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; ATF 129 II 497 consid. 2.2). Le juge peut toutefois renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà

A/1994/2014 - 13/23 - des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; ATF 134 I 140 consid. 5.3). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (ATF 134 I 140 consid. 5.3), ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1).

E. 3.2

En l'espèce, les défenderesses sollicitent l'audition en qualité de témoin de M. I_____, employé siégeant au conseil de fondation de l'appelée en cause. Elles souhaitent l'entendre sur les raisons pour lesquelles le demandeur n'était pas affilié à la prévoyance professionnelle et écarter toute faute de leur part à cet égard, cas échéant établir celle du demandeur en raison de ses fonctions. Cette audition est donc motivée par la volonté des défenderesses de démontrer qu'elles n'encourraient pas de responsabilité, et exclure ainsi l'application du délai de prescription de dix ans, au bénéfice du délai de prescription ordinaire de cinq ans. Or, dans la mesure où le Tribunal fédéral a tranché de manière définitive cette question et retenu que les défenderesses avaient bien commis une faute justifiant l'application du délai de prescription de dix ans, la chambre de céans renoncera à entendre le témoin demandé par les défenderesses.

E. 4

En ce qui concerne la demande principale, il est rappelé que l'intéressé conclut à ce que les défenderesses soient condamnées à l'affilier avec effet rétroactif depuis le 1er décembre 1987 auprès de l'appelée en cause, à ce que la défenderesse H soit condamnée à verser à l'appelée en cause la somme des cotisations de l'employeur et du salarié du 1er juillet 2004 au « 30 octobre 2012 » (recte : 31 octobre 2012), soit un montant de CHF 387'138.- plus intérêts moratoires à 5 % à compter du 1er septembre 2008 (date moyenne), à ce que la défenderesse B soit condamnée à verser à l'appelée en cause la somme des cotisations de l'employeur et du salarié du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2013, soit un montant de CHF 47'293.- plus intérêts moratoires à 5 % à compter du 1er juin 2013 (date moyenne).

E. 4.1

Les défenderesses reconnaissent l'obligation d'affiliation du demandeur depuis le 1er décembre 1987 auprès de l'appelée en cause, de sorte que ce point n'est plus litigieux.

E. 4.2

Dans un premier moyen, les défenderesses se prévalent, à titre principal, de l'exception de la prescription pour toutes les prétentions du demandeur, aux motifs que ce dernier ne les avait pas chiffrées, ni n'avait indiqué de valeur minimale alors qu'il aurait dû le faire (même provisoirement) à tout le moins depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 26 septembre 2016, et qu'il n'avait pas non plus interrompu la prescription par une autre manière.

E. 4.2.1

Selon l'art. 66 LPP, l'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement (al. 2). L'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié (al. 3). Il transfère à l'institution de prévoyance sa contribution, ainsi que les cotisations des salariés au

A/1994/2014 - 14/23 - plus tard à la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour laquelle les cotisations sont dues (al. 4, en vigueur depuis le 1er janvier

2005). En vertu de l'art. 41 al. 1 LPP (devenu l'art. 41 al. 2 LPP le 1er janvier 2005), les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les art. 129 à 142 CO sont applicables. L'art. 130 al. 1 CO stipule que la prescription court dès que la créance est devenue exigible. Aux termes de l'art. 135 ch. 2 CO, la prescription est interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites, par une requête de conciliation, par une action ou une exception devant un tribunal ou un tribunal arbitral ou par une intervention dans une faillite. Selon l'art. 137 CO, un nouveau délai commence à courir dès l'interruption (al. 1). Si la dette a été reconnue dans un titre ou constatée par un jugement, le nouveau délai de prescription est toujours de dix ans (al. 2). L'art. 138 al. 1 CO prévoit que la prescription interrompue par l'effet d'une requête en conciliation, d'une action ou d'une exception recommence à courir lorsque la juridiction saisie clôt la procédure.

E. 4.2.2

L'exigibilité des créances de cotisation n'est prévue par la loi que depuis la révision de la LPP entrée en vigueur le 1er janvier 2005. Avant cette date, l'exigibilité d'une créance de cotisation ressortait des dispositions réglementaires ou contractuelles (ATF 136 V 73 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_618/2007 du 28 janvier 2008 consid. 1.1.2). Selon l'art. 7 du Règlement de prévoyance de l'appelée en cause du 13 octobre 1994, en vigueur du 1er janvier 1995 au 31 mai 2007 (cf. art 1.3 du Règlement de prévoyance d'octobre 2007), les contributions étaient versées en fin de mois.

E. 4.2.3

Conformément à la jurisprudence, lorsqu'un employeur est affilié à une institution de prévoyance, le point de départ de l'exigibilité de créances de cotisations relatives à un salarié particulier qui n'avait pas été annoncé à l'institution de prévoyance correspond en principe à la date d'échéance des primes relatives aux rapports de travail soumis à cotisations, et non pas à la date de la constitution effective des rapports contractuels d'assurance (comme cela avait été admis par le passé). Toutefois, si l'institution de prévoyance n'a pas connaissance de l'existence de rapports de travail soumis à cotisations à cause d'une violation qualifiée de l'obligation de déclarer de l'employeur, l'exigibilité des créances de cotisations est différée jusqu'au moment où l'institution de prévoyance a connaissance de l'existence des rapports de travail déterminants. Dans un tel cas, la créance individuelle de cotisations se prescrit cependant de manière absolue par dix ans à compter de sa naissance (virtuelle). À cet égard, le Tribunal fédéral a considéré que dans le cas où le débiteur (employeur) adopte un comportement reprochable, l'exigibilité des créances de cotisations individuelles est reportée sans limites jusqu'au moment où la créancière des cotisations en prend (ou aurait dû en prendre)

A/1994/2014 - 15/23 - connaissance. Or, la possibilité de pouvoir recouvrer rétroactivement et de façon illimitée les créances de cotisations originaires de la part de l'employeur ayant violé son obligation d'annoncer ne paraît pas conciliable avec le système de la prescription dans son ensemble (qui prévoit, par exemple, un délai de prescription de dix ans à compter de la violation de l'obligation pour les prétentions secondaires découlant d'un contrat).

Aussi, le délai de prescription relatif de cinq ans à compter de la connaissance (raisonnablement présumée) doit être complété, par la voie du comblement d'une lacune, par un délai absolu : la créance individuelle de cotisations se prescrit en tous les cas par dix ans à compter de sa naissance (virtuelle) aussi lorsqu'on admet une violation qualifiée de

l'obligation d'annoncer et que l'institution de prévoyance a ignoré durablement et sans faute de sa part les faits justifiant le prélèvement de cotisations (ATF 140 V 154 consid. 6.3.1 ; ATF 136 V 73 consid. 4.1 à 4.3).

E. 4.2.4

L'ouverture d'action au sens de l'art. 135 ch. 2 CO est une notion de droit fédéral ; elle se définit comme tout acte introductif ou préparatoire par lequel le créancier s'adresse pour la première fois au juge, dans les formes requises, afin d'obtenir la reconnaissance du droit qu'il invoque (ATF 118 II 487 consid. 3 ; ATF 114 II 336 consid. 3a ; ATF 110 II 389 consid. 2a). Lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites ou par une action devant un tribunal (art. 135 ch. 2 CO), jurisprudence et doctrine s'accordent pour admettre que la prescription n'est interrompue que jusqu'à concurrence de la somme indiquée. S'il entend sauvegarder ses droits, le créancier qui ne connaît pas encore le montant exact de sa créance doit donc, soit interrompre la prescription pour le montant le plus élevé pouvant entrer en ligne de compte, soit accomplir un acte interruptif ne nécessitant pas l'indication d'un montant déterminé, tel que l'action en paiement non chiffrée (art. 42 al. 2 CO) ou l'action en constatation du fondement juridique de la prétention litigieuse (ATF 133 III 675 consid. 2.3.2 ; ATF 119 II 339 consid. 1c/aa et les références citées).

E. 4.2.5

En l'espèce, le demandeur a déposé deux demandes en justice dirigées contre les défenderesses H et B en date du 4 juillet 2014. Ces écritures ont été adressées à l'autorité compétente dans la forme prévue par la loi, étant observé à cet égard que la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) n'exige pas que le demandeur prenne des conclusions chiffrées (cf. art. 89B al. 1 let. c LPA). La chambre de céans a d'ailleurs constaté, dans son arrêt du 17 novembre 2015 (ATAS/864/2015), que lesdites actions avaient été introduites dans les formes prévues par la LPA. Ainsi, le demandeur a interrompu la prescription par le dépôt de ses demandes en justice le 4 juillet 2014, lesquelles ne nécessitaient pas la précision d'un montant déterminé, qui n'était au demeurant pas encore connu du demandeur. La prescription n'a depuis lors pas recommencé à courir puisque la juridiction saisie n'a pas clos la procédure, étant rappelé que l'arrêt du 17 novembre 2015 a été

A/1994/2014 - 16/23 - annulé par le Tribunal fédéral le 29 septembre 2016, avec renvoi de la cause à la chambre de céans.

E. 4.3

Subsidiairement, les défenderesses se prévalent de la prescription de l'art. 128 ch. 3 CO pour les prétentions du demandeur en paiement des cotisations de l'employeur relatives à la part surobligatoire antérieures au 1er juillet 2009.

E. 4.3.1

En vertu de l'art. 49 al. 1 LPP, les institutions de prévoyance peuvent adopter, dans les limites de la loi, le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent (al. 1, 1ère phrase). Lorsque l'institution étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules certaines dispositions s'appliquent à la prévoyance plus étendue, notamment celles qui ont trait à la prescription des droits et la conservation des pièces (art. 41 al. 2 ch. 6, en vigueur depuis le 1er janvier 2005).

E. 4.3.2

Avant la première révision LPP, l'art. 41 LPP était alors limité au domaine de la prévoyance obligatoire. Les articles 127 et 128 CO, s'appliquaient dans le domaine de la prévoyance plus étendue, surobligatoire et pour les polices et comptes de libre passage. L'application de ces différentes règles de prescription posait quelques problèmes et la jurisprudence du Tribunal fédéral n'avait pas permis de faire toute la lumière nécessaire. Il était donc apparu nécessaire d'uniformiser les règles de la prescription dans l'ensemble de la prévoyance et de faciliter les éventuelles recherches d'avares oubliés. L'art. 41 LPP a été modifié suite à l'entrée en vigueur le 1er janvier 2005 du deuxième paquet de la première révision LPP. Il s'applique à l'ensemble de la prévoyance, selon l'art. 49 al. 2 ch. 6 LPP (Sylvie PÉTREMAND, in CASS - Commentaire des assurances sociales suisses, LPP et LFLP, 3ème éd., 2020, ad. art. 41 n° 2 et 3).

E. 4.3.3

Ainsi, contrairement à ce que soutiennent les défenderesses, le paiement des arriérés de cotisations n'est pas soumis, dans le régime de la prévoyance professionnelle surobligatoire, au délai de prescription de cinq ans prévu à l'art. 128 ch. 3 CO, mais bien à celui de l'art 41 al. 2 LPP, cette dernière disposition s'appliquant à l'ensemble de la prévoyance (cf. art. 49 al. 2 ch. 6 LPP). La jurisprudence citée par les défenderesses ne leur est d'aucun secours. En effet, dans son arrêt du 23 avril 2014 (ATF 140 V 154), le Tribunal fédéral n'a opéré aucune distinction entre les rapports d'assurance obligatoire et la prévoyance plus étendue lorsqu'il a rappelé sa jurisprudence relative à l'exigibilité et à la prescription des créances afférentes aux cotisations rétroactives issues du rapport de prévoyance reconnu rétroactivement (ATF 136 V 73). Quant à l'arrêt 4A_402/2021 du 14 mars 2022, il ne concerne pas la prescription de créances de cotisations de la prévoyance professionnelle. Dans cette affaire de droit civil, le Tribunal fédéral a examiné le délai de prescription applicable à la prétention en dommages-intérêts pour violation de l'obligation contractuelle du contrat de travail de conclure une assurance de prévoyance surobligatoire d'un travailleur.

A/1994/2014 - 17/23 -

E. 4.4

Plus subsidiairement encore, les défenderesses contestent devoir des intérêts moratoires avant la date du dépôt des actions en justice.

E. 4.4.1

Il est rappelé que l'art. 66 LPP prévoit que les cotisations doivent être versées au plus tard à la fin du premier mois qui suit l'année civile ou l'année d'assurance pour laquelle les cotisations sont dues, et que l'institution de prévoyance peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement. Selon l'art. 102 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier (al. 1). Lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (al. 2). Conformément à l'art. 104 al.1 CO, le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 % l'an, même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel. L'art. 105 al. 1 CO prévoit que le débiteur en demeure pour le paiement d'intérêts, d'arrérages ou d'une somme dont il a fait donation, ne doit l'intérêt moratoire qu'à partir du jour de la poursuite ou de la demande en justice.

E. 4.4.2

En droit de la prévoyance professionnelle, en l'absence de disposition réglementaire, les intérêts moratoires sont admis, tant dans le domaine des prestations que dans celui des cotisations, sur la base de l'art. 104 al. 1 CO, et ce même en l'absence d'une disposition statutaire ou réglementaire les prévoyant (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_108/2018 du 30 janvier 2019 consid. 4.2 et les références).

E. 4.4.3

L'échéance du délai est un terme fixe au sens de l'art. 102 al. 2 CO. Une règle analogue se trouve également à l'art. 331 al. 3 CO. Il s'agit là d'un délai qualifié, partant le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce délai. Il n'est pas nécessaire que l'institution de prévoyance procède à une mise en demeure. Après l'écoulement du délai légal, l'institution de prévoyance a le droit de procéder au recouvrement des cotisations arriérées auprès de l'employeur par la voie de la poursuite. L'art. 66 al. 4 LPP n'empêche toutefois pas l'institution de prévoyance de prévoir une disposition réglementaire. Cependant, celle-ci ne doit pas violer la réglementation légale (Jürg BRECHBÜHL, Maya GECKELER HUNZIKER, in CASS - Commentaire des assurances sociales suisses, LPP et LFLP, 2ème éd., 2020, ad. art. 66 n° 35). Si l'employeur ne paie pas à temps, il est en demeure. Dans ce cas, l'institution de prévoyance peut réclamer des intérêts moratoires conformément à l'art. 66 al. 2 LPP. Le montant de l'intérêt moratoire est régi par le règlement. À défaut d'une telle disposition, on applique l'art. 104 CO qui prévoit un intérêt moratoire de

E. 4.4.4

En l'occurrence, les défenderesses H et B n'ont versé aucune cotisation jusqu'au 31 décembre 2013, de sorte que leurs demeures sont établies. Des intérêts

A/1994/2014 - 18/23 - moratoires de 5 % sont ainsi dus en application de l'art. 102 al. 2 CO, même s'ils n'ont pas été expressément prévus dans les différents règlements de l'appelée en cause. Les défenderesses ne sauraient être suivies lorsqu'elles soutiennent que l'art. 105 al. 1 CO devrait être appliqué par analogie. D'ailleurs, les références citées pour appuyer leur argumentation ne font pas état d'une telle solution. On relèvera en particulier qu'à l'ATF 119 V 131, le Tribunal fédéral a retenu que, pour une prestation de libre passage, l'intérêt moratoire était dû à partir du moment où la prestation devenait exigible et sans qu'une interpellation de l'assuré créancier soit nécessaire, conformément à l'art. 102 al. 2 CO, et qu'il en allait différemment en matière de rentes, pour lesquelles il convenait d'appliquer l'art. 105 al. 1 CO. Il a précisé que la ratio legis de cette disposition était que le créancier, selon l'expérience générale, n'investissait pas les prestations en cause pour en tirer des revenus, mais les utilisait aux fins d'assurer son entretien (consid. 4.c). Il ne s'est pas déterminé en matière de cotisations. Quant à l'arrêt 9C_108/2018 (ATF 145 V 18), le Tribunal fédéral y a jugé que l'institution de prévoyance tenue en définitive de fournir des prestations ne devait pas payer à l'institution de prévoyance tenue de verser la prestation préalable un intérêt moratoire sur le montant à rembourser à défaut d'un rapport contractuel. Il ne s'est pas prononcé sur le point litigieux et rien dans son arrêt, ni dans le commentaire y relatif mentionné par les défenderesses, ne laisse envisager une application par analogie de l'art. 105 al. 1 CO à la présente cause.

E. 4.5

Eu égard à tout ce qui précède, force est de conclure que les défenderesses sont tenues de verser les cotisations des parts de l'employeur et du salarié, pour la période courant du 4

juillet 2004 au 31 décembre 2013, soit dix ans avant le dépôt de la demande en justice. Selon le décompte du 15 novembre 2021, les cotisations dues par la défenderesse H s'élèvent à CHF 258'092.- et celles dues par le demandeur à CHF 129'046.- pour la période du 1er juillet 2004 au 31 octobre 2012, et les cotisations dues par la défenderesse B se montent à CHF 31'529.- et celles dues par le demandeur à CHF 15'764.- pour la période du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2013. Ces chiffres ont été admis par les deux parties, étant relevé que les défenderesses ne soutiennent plus qu'il conviendrait d'opérer une distinction entre les plans « épargne » et « risque » (cf. observations du 8 février 2021). En effet, dans leurs dernières écritures du 23 mai 2022, elles ont conclu, en cas de rejet de leurs conclusions principales et subsidiaires, à ce qu'il soit pris acte qu'elles acceptaient de verser à l'appelée en cause, au bénéfice du compte du demandeur, la somme des cotisations des parts de l'employeur et du salarié, du 1er juillet 2014 au « 30 octobre 2012 » (recte : 31 octobre 2012) pour la défenderesse H, soit CHF 387'138.-, et du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2013 pour la défenderesse B, soit CHF 47'293.-, ce qui correspond aux montants réclamés par le demandeur conformément au décompte du 15 novembre 2021.

A/1994/2014 - 19/23 -

E. 4.6

Par conséquent, la défenderesse H sera condamnée à verser à l'appelée en cause le montant de CHF 387'138.- avec intérêts à 5 % dès le 1er septembre 2008 (date moyenne), et la défenderesse B la somme de CHF 47'293.- avec intérêts à 5 % à compter du 1er juin 2013 (date moyenne).

E. 5

Reste à examiner les demandes reconventionnelles des défenderesses.

E. 5.1

L'art. 66 al. 3 LPP prévoit que l'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié.

E. 5.2

Selon la jurisprudence, la créance de l'employeur à l'encontre du salarié en restitution de cotisations de la prévoyance professionnelle non prélevées sur le salaire est fondée sur l'art. 66 al. 3 LPP. Elle est soumise au délai de prescription de cinq ans prévu par l'art. 41 al. 2 LPP (ATF 142 V 118 consid. 6). Dans cet arrêt, notre Haute Cour a constaté que sa jurisprudence, quant au fondement légal de l'exception de la prescription dont pouvait se prévaloir l'employeur pour réclamer à l'employé la part des cotisations du salarié de la prévoyance professionnelle, ne paraissait pas univoque (consid. 4). En effet, le Tribunal fédéral des assurances avait déjà considéré qu'au vu de la réglementation légale de l'obligation de cotiser prévue à l'art. 66 LPP, la prétention de l'employeur à l'encontre de l'employé en restitution d'éventuelles cotisations du salarié qui n'avaient pas été déduites du salaire se fondait sur l'art. 66 al. 3 LPP et non pas sur les art. 62ss CO, de sorte que les contributions périodiques étaient soumises au délai de prescription de l'ancien art. 41 al. 1 LPP (arrêts B 26/99 du 9 août 2001 et B 1/04 du 1er septembre 2006). Entre-temps, dans le cadre de la compensation invoquée par une institution de prévoyance entre une partie de l'avoir de prévoyance réclamé par l'assuré et la créance de l'employeur pour les cotisations non prélevées sur le salaire versé à son ancien employé, le Tribunal fédéral des assurances avait indiqué une autre voie. Il avait considéré que la créance en cause correspondait au

montant des cotisations qui auraient dû être prélevées selon le règlement de l'institution de prévoyance par l'employeur sur les salaires versés à l'assuré, et que la créance dont l'employeur entendait se prévaloir portait ainsi sur un montant du salaire qu'il avait ou aurait versé en trop. Dans ce contexte, pour que l'employeur - ou l'institution de prévoyance en cas de cession - puisse invoquer à bon droit une créance exigible contre l'employé, il fallait que l'employeur puisse prétendre à la restitution par l'(ancien) employé de cette part de salaire. L'examen de cette prétention ne pouvait se faire que selon les règles usuelles sur l'enrichissement illégitime (soit les art. 62 ss CO) (arrêt B 21/01 du 1er mai 2002, publié in ATF 128 V 224). Après avoir relevé que les avis de doctrine étaient partagés sur cette question, le Tribunal fédéral a jugé que la prétention de l'employeur de réclamer au salarié des cotisations qu'il avait manquées, pour une raison ou une autre, de soustraire des revenus de l'employé était directement fondée sur l'art. 66 al. 3 LPP (ATF 142 V 118 consid. 5.4).

A/1994/2014 - 20/23 - Cet arrêt ne constitue pas un changement de jurisprudence, mais il comporte une clarification, puisque la solution qui s'en dégage avait déjà été retenue, avant et après l'arrêt publié divergent. Enfin, que la chambre de céans ait précédemment appliqué dans la présente cause (ATAS/864/2015 du 17 novembre 2015) les règles de l'enrichissement illégitime sur la base de l'ATF 128 V 224 n'est pas déterminant.

E. 5.3

Ainsi, la procédure de recouvrement des défenderesses à l'encontre du demandeur pour les cotisations à la prévoyance professionnelle qui n'ont pas été déduites du salaire, fondée sur l'art. 66 al. 3 LPP, est soumise au délai de prescription de cinq ans selon l'art. 41 al. 2 LPP. Les défenderesses ayant interrompu la prescription par le dépôt de leurs demandes reconventionnelles du 10 octobre 2014, le demandeur doit s'acquitter de la part des cotisations du salarié pour la période courant du 10 octobre 2009 au 31 décembre 2013, montant qui n'a pas été chiffré par l'expert de l'appelée en cause. Ce montant portera intérêts à 5 % dès la date moyenne, soit dès le 15 novembre 2011. Il appartiendra à l'appelée en cause d'arrêter le montant des cotisations de prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire dues par le demandeur aux défenderesses conformément à son Règlement de prévoyance, en tenant compte des dates pertinentes retenues par la chambre de céans ci-dessus.

E. 5.4

Enfin, compte tenu des conclusions prises par le demandeur dans son écriture du 14 février 2022, il sera rappelé à son attention que l'art. 66 LPP prévoit expressément que l'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Les défenderesses n'étant débitrices d'aucune cotisation envers lui, aucune compensation ne saurait intervenir.

E. 6

En conclusion, la demande principale est admise et la défenderesse H sera condamnée à verser à l'appelée en cause la somme des cotisations de l'employeur et du salarié du 1er juillet 2004 au 31 octobre 2012, soit le montant de CHF 387'138.- avec intérêts à 5 % dès le 1er septembre 2008 (date moyenne), et la défenderesse B condamnée à verser à l'appelée en cause la somme des cotisations de l'employeur et du salarié du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2013, soit un montant de CHF 47'293.- avec intérêts à 5 % à compter du 1er juin 2013 (date moyenne). Les demandes reconventionnelles sont partiellement admises et le demandeur sera condamné à payer aux défenderesses sa part des cotisations à la prévoyance

professionnelle obligatoire et surobligatoire conformément au Règlement de prévoyance (un tiers), en tenant compte des dates pertinentes retenues par la chambre de céans ci-dessus, montant portant intérêts à 5 % dès le 15 novembre 2011 (date moyenne).

A/1994/2014 - 21/23 -

E. 7

Selon l'art. 89H al. 3 LPA, une indemnité est allouée au demandeur qui obtient gain de cause. Les dépens sont fixés en fonction du nombre d'échanges d'écritures, de l'importance et de la pertinence des écritures, de la complexité de l'affaire et du nombre d'audiences et d'actes d'instruction ; l'art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03) prévoit que la juridiction peut allouer à une partie pour les frais indispensables occasionnés par la procédure, y compris les honoraires éventuels d'un mandataire, une indemnité de CHF 200.- à CHF 10'000.- (ATAS/989/2021 du 23 septembre 2021 consid. 25). En l'espèce, le demandeur obtenant gain de cause, il se justifie de lui octroyer une indemnité de CHF 3'000.- à titre de dépens. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP). *****

A/1994/2014 - 22/23 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme : 1. Déclare les demandes du 4 juillet 2014 et les demandes reconventionnelles du

E. 10

Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

A/1994/2014 - 23/23 - La greffière

Marie NIERMARÉCHAL

La présidente

Fabienne MICHON RIEBEN Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le

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