RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1994/2014 **ATAS/727/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 août 2022

1ère Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à ANNEMASSE, France, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Daniel MEYER	demandeur
contre	
B_____, sise à VERNIER	défenderesses
C_____, sise à VERNIER toutes deux comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Pierre BYDZOVSKY	
D_____, sise c/o E_____, à VERNIER comparant également avec élection de domicile en l'étude de Maître Pierre BYDZOVSKY	appelée en cause

Siégeant : Fabienne MICHON RIEBEN, Présidente; Michael RUDERMANN et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a**. Monsieur A_____ (ci-après : le demandeur), né en 1951, a été engagé dès le 1er avril 1975 en tant qu'agent comptable par F_____, devenue G_____. À cette époque, il travaillait en France.

b. Le 1er décembre 1981, le demandeur a été affecté auprès de H_____, détenue par G_____, qui avait son siège à Genève.

Du 1er décembre 1981 au 30 novembre 1987, il a été considéré comme un travailleur détaché par G_____ auprès de H_____, et a été exempté de l'assujettissement aux assurances sociales suisses. Dès le 1er décembre 1987, il a été soumis à l'AVS en qualité de salarié de H_____.

c. À compter du 1er novembre 2012, B_____, société ayant son siège à Genève, a repris les contrats de travail de certains employés de H_____, dont celui du demandeur.

d. Suite à une requête du 24 mars 2014, le demandeur a été affilié rétroactivement, dès le 1er janvier 2014, auprès de la D_____ (ci-après : la Fondation ou l'appelée en cause). Le plan expatrié lui était applicable.

e. Le demandeur bénéficie de la retraite depuis le 1er janvier 2015.

B. **a.** Le 4 juillet 2014, le demandeur, par l'intermédiaire de son conseil, a déposé deux demandes en paiement dirigées contre H_____ (ci-après : la défenderesse H) et B_____ (ci-après : la défenderesse B), concluant en substance à ce qu'il soit assuré à la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire, rétroactivement du 1er décembre 1987 au 31 décembre 2013, et à ce que les défenderesses H et B soient condamnées à s'acquitter des arriérés de l'entier des cotisations (parts de l'employé et de l'employeur) auprès de l'institution de prévoyance à laquelle elles étaient affiliées, sous suite de dépens.

b. Dans leur réponse du 10 octobre 2014, les défenderesses H et B ont reconnu leur obligation d'affilier le demandeur à la prévoyance minimale obligatoire selon la LPP depuis le 1er décembre 1987 auprès de la Fondation et accepté de verser à cette institution de prévoyance la somme des cotisations LPP de l'employeur et du salarié du 3 juillet 2009 au 31 décembre 2013. Elles ont reconventionnellement conclu à la condamnation du demandeur à leur verser la part des cotisations de l'employé, soit CHF 27'367.- à la défenderesse H pour la période du 3 juillet 2009 au 31 octobre 2012 avec intérêts à 5 % l'an depuis la date moyenne du 1er février 2011, et CHF 6'141.- à la défenderesse B pour la période du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2013 avec intérêts à 5 % l'an depuis la date moyenne du 15 juin 2013, sous suite de dépens. Subsidiairement, la défenderesse A a accepté de verser à l'institution de prévoyance la somme des cotisations LPP de l'employeur et du salarié du 3 juillet 2004 au 31 octobre 2012 et conclu à la condamnation du demandeur à lui verser la part de l'employé pour la même

période, soit CHF 53'739.-, avec intérêts à 5 % l'an depuis la date moyenne du 1er septembre 2009.

c. Par ordonnance du 4 novembre 2014, la chambre de céans a joint les deux procédures et appelé en cause la Fondation.

d. Invitée à se prononcer, cette dernière a conclu au rejet des actions, dans la mesure où elles portaient sur une affiliation antérieure au mois de janvier 2014. Subsidiairement, elle s'en est remise à justice pour une affiliation pour la prévoyance obligatoire pendant la période courant du 1er octobre 1987 au 31 décembre 2013 et a exclu une affiliation pour la prévoyance surobligatoire durant la même période.

e. Dans leurs réplique et duplique, les parties ont pour l'essentiel confirmé leurs positions respectives. Le demandeur a toutefois ajouté qu'il acceptait de restituer aux défenderesses la part des cotisations du salarié, soit le tiers des cotisations totales.

f. Par arrêt du 17 novembre 2015 (ATAS/864/2015), la chambre de céans a partiellement admis la demande et condamné les défenderesses H et B à verser à l'appelée en cause la totalité des cotisations non prescrites dues au titre de la prévoyance professionnelle obligatoire pour la période courant du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2013, soit CHF 42'251.15 avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 novembre 2010 à la défenderesse H, respectivement CHF 14'116.05 avec intérêts à 5 % l'an dès le 31 mai 2013 à la défenderesse B. La chambre de céans a également partiellement admis les demandes reconventionnelles et condamné le demandeur à verser aux défenderesses H et B les cotisations qui auraient dû être prélevées sur son salaire, soit CHF 21'125.60 avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 novembre 2010, respectivement CHF 7'058.05 avec intérêts à 5 % l'an dès le 31 mai 2013.

g. Le 21 décembre 2015, le demandeur a déposé un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, concluant à son affiliation rétroactive pour la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire, et au versement des cotisations relatives à la période courant du 1er juillet 2004 au 31 décembre 2013, à raison de deux tiers pour les défenderesses et un tiers pour lui.

h. Dans son arrêt du 29 septembre 2016 (9C_951/2015), le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé l'arrêt de la chambre de céans et a renvoyé à cette dernière la cause pour qu'elle rende un nouveau jugement. Il a notamment retenu que le règlement de la Fondation ne prévoyait qu'un seul plan de pension qui devait s'appliquer à tout membre permanent du personnel, l'institution de prévoyance n'ayant pas formellement établi différentes catégories d'assurés ou, autrement dit, institué plusieurs plans de prestations. Il convenait donc d'appliquer les dispositions réglementaires au cas particulier. En outre, la défenderesse A aurait dû annoncer le demandeur à l'institution de prévoyance à laquelle il était affilié consécutivement à l'entrée en vigueur de l'ALCP, qui avait supprimé la possibilité d'exemption de la

prévoyance professionnelle obligatoire pour les ressortissants de l'Union européenne. Par conséquent, elle avait commis une faute ou, en d'autres termes, « adopté un comportement reprochable » au sens de la jurisprudence. C'était donc bien le délai absolu de prescription de dix ans qui s'appliquait en l'occurrence.

C. **a.** Invitées à se déterminer, les défenderesses et l'appelée en cause ont annoncé le 24 janvier 2017 qu'elles envisageaient de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après : CourEDH), et demandé la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé par cette Cour et nouvelle décision du Tribunal fédéral. Dans le cadre de la reprise de l'instruction, elles ont notamment sollicité l'audition de Monsieur I_____, employé des défenderesses H, puis B, siégeant au conseil de fondation de l'appelée en cause depuis 1992. Les défenderesses ont principalement conclu, dès droit jugé et nouvelle instruction de la cause par la chambre de céans, à ce que l'appelée en cause soit invitée à établir un décompte des cotisations dues pour la prévoyance professionnelle minimale obligatoire qu'elle aurait dû percevoir entre le 1er juillet 2009 et le 31 décembre 2013, à ce qu'il soit pris acte qu'elles reconnaissaient l'obligation d'affiliation du demandeur pour la prévoyance minimale obligatoire selon la LPP depuis le 1er décembre 1987 auprès de l'appelée en cause, à ce qu'il soit pris acte que la défenderesse H acceptait de verser à l'appelée en cause, au bénéfice du compte du demandeur, la somme des cotisations de l'employeur et du salarié pour le salaire minimum assuré LPP du 1er juillet 2009 au 31 décembre 2013, à ce que le demandeur soit condamné à verser à la défenderesse H la somme des cotisations à la charge du salarié pour la même période, soit au minimum CHF 27'367.- plus intérêts à 5 % l'an, à ce qu'il soit pris acte que la défenderesse B acceptait de verser à l'appelée en cause la somme des cotisations de l'employeur et du salarié pour le salaire minimum LPP du 1er janvier au 31 décembre 2013, à ce que le demandeur soit condamné à payer à la défenderesse B la somme des cotisations à la charge du salarié pour la même période, soit au minimum CHF 6'141.- plus intérêts à 5 % l'an. Subsidiairement, les défenderesses ont pris les mêmes conclusions pour la période plus étendue du 1er juillet 2004 au 31 décembre 2013, le montant dû par le demandeur à la défenderesse H s'élevant au minimum à CHF 53'739.- plus intérêts à 5 % l'an. Plus subsidiairement, elles ont conclu à ce que l'appelée en cause soit invitée à établir un décompte des cotisations dues en application des dispositions réglementaires, d'abord pour la période du 1er juillet 2009 au 31 décembre 2013, puis pour la période du 1er juillet 2004 au 31 décembre 2013, et du 1er janvier 2014 à la retraite du demandeur ; et à ce que ce dernier soit condamné à leur verser le montant de la part des cotisations du salarié dues sur la base des dispositions réglementaires, soit un montant minimum de CHF 131'887.- plus intérêts à 5 % l'an à la défenderesse H pour la période du 1er juillet 2004 au 31 décembre 2012, respectivement un montant minimum de CHF 12'924.- plus les intérêts à 5 % l'an à la défenderesse B pour la période du 1er janvier au 31 décembre 2013.

b. Dans sa détermination du même jour, le demandeur a conclu à ce qu'une nouvelle décision soit rendue dans le sens des considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 septembre 2016, à savoir que les défenderesses H et B soient condamnées à l'assurer auprès de l'appelée en cause avec effet rétroactif pour les périodes du 1er juillet 2004 au 30 octobre 2012, respectivement du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2013, et à s'acquitter des arriérés de cotisations auprès de l'appelée en cause pour les mêmes périodes à hauteur de deux tiers du montant dû, le dernier tiers étant à sa charge. Il a également requis qu'une équitable indemnité de procédure lui soit allouée.

c. Par arrêt incident du 12 avril 2018 (ATAS/315/2018), la chambre de céans a suspendu l'instance jusqu'à droit jugé par la CourEDH et nouvel arrêt du Tribunal fédéral.

d. Le 1er octobre 2020, la CourEDH a déclaré irrecevable la requête des défenderesses.

e Le 17 novembre 2020, la chambre de céans a ordonné la reprise de l'instance.

f. Le 26 novembre 2020, les défenderesses ont indiqué prendre des conclusions complémentaires à celles du 24 janvier 2017, aux fins d'interruption de la prescription et dans l'attente d'un décompte de cotisations à établir par l'appelée en cause (qui dépendrait de la future décision de la chambre de céans). Elles ont conclu à ce que le demandeur soit condamné à payer à la défenderesse H la somme des « cotisations épargne » sur la base des dispositions réglementaires à la charge du salarié du 1er juillet 2004 au 31 octobre 2012, d'un montant de CHF 129'046.- plus intérêts à 5 % l'an depuis la date moyenne du 1er septembre 2008, et à la défenderesse B la somme des « cotisations épargne » sur la base des dispositions réglementaires à la charge du salarié du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2013, d'un montant de CHF 22'030.- plus intérêts à 5 % l'an depuis la date moyenne du 1er juin 2013.

g. Le 11 janvier 2021, le demandeur a rappelé que le Tribunal fédéral avait renvoyé la cause à la chambre de céans pour que cette dernière, d'une part, applique sans réserve les dispositions réglementaires des institutions de prévoyance concernées, soit sa participation à l'intégralité des plans de prévoyance, qui comprenaient une répartition des cotisations à raison d'un tiers dû par l'employé et de deux tiers dus par l'employeur, et, d'autre part, tienne compte uniquement du délai absolu de prescription de dix ans. Sous réserve de l'établissement d'un décompte de cotisations par les institutions de prévoyance, il n'y avait plus lieu à une quelconque mesure d'instruction.

h. Par courrier du 8 février 2021, les défenderesses et l'appelée en cause ont persisté et indiqué que, selon les règlements de prévoyance successifs applicables, les cotisations étaient constituées de la part « épargne », destinée à capitaliser le montant de l'avoir de prévoyance dont l'assuré pourrait bénéficier à l'âge de la retraite, et de la part « risque », destinée à financer les prestations en cas

d'invalidité et de décès de l'assuré avant l'âge de la retraite. Dans une institution d'épargne comme l'appelée en cause, le financement des prestations risque était ainsi distinct de celui du capital d'épargne. Le demandeur étant retraité depuis le 31 décembre 2014, les calculs auxquels procéderait l'appelée en cause ne devraient porter que sur le montant des cotisations « épargne » et non sur les cotisations « risque », lequel ne s'était pas réalisé.

i. En date du 31 mars 2021, le demandeur a notamment souligné que le Tribunal fédéral avait constaté que le règlement de prévoyance de l'appelée en cause ne prévoyait qu'un seul plan de pension. Il a également relevé que ledit règlement consacrait le principe de la primauté des prestations, dans lequel la prestation de sortie correspondait à la valeur actuelle des prestations acquises, qui étaient définies sur la base de la durée des cotisations. Il n'était ainsi pas tenu compte d'une éventuelle répartition des avoirs en fonction de l'épargne et du risque. Il convenait de prendre en considération l'intégralité des prestations conformément aux règlements applicables, en tenant compte uniquement du délai absolu de prescription de dix ans.

j. Par courrier du 22 septembre 2021, la chambre de céans a invité l'appelée en cause à établir un décompte des cotisations LPP dues par la défenderesse H et le demandeur pour la période du 1er juillet 2004 au 31 octobre 2012, puis par la défenderesse B et le demandeur pour la période du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2013, sur la base des règlements de prévoyance successifs de l'appelée en cause.

k. Le 15 novembre 2021, les défenderesses ont conclu, sur la base du décompte de cotisations établi par l'expert en prévoyance professionnelle de l'appelée en cause, à ce que le demandeur soit condamné à payer à la défenderesse H un montant de CHF 129'046.- plus intérêts à 5 % l'an depuis la date moyenne du 1er septembre 2008, et à la défenderesse B un montant de CHF 15'764.- plus intérêts à 5 % l'an depuis la date moyenne du 1er juin 2013. Elles ont persisté à solliciter l'audition de M. I_____ « sous l'angle de l'absence de faute des employeurs liée à l'absence d'affiliation » du demandeur.

Selon le décompte annexé, daté du 15 novembre 2021, pour la période du 1er juillet 2004 au 31 octobre 2012, les cotisations au 2ème pilier dues par la défenderesse H s'élevaient à CHF 258'092.- et celles dues par le demandeur à CHF 129'046.- ; pour la période du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2013, les cotisations au 2ème pilier dues par la défenderesse B se montaient à CHF 31'529.- et celles dues par le demandeur à CHF 15'764.-. Il était encore précisé que ces sommes ne comprenaient pas les intérêts et que dans le cadre d'une primauté des prestations, les prestations acquises n'étaient pas en lien direct avec les cotisations, ni avec des intérêts.

l. Le 14 février 2022, le demandeur a fait siennes les conclusions du décompte du 15 novembre 2021, lequel prenait en considération la période définie par l'arrêt du

Tribunal fédéral et la répartition de deux tiers pour l'employeur et un tiers pour l'employé. Il a soutenu que les déterminations et conclusions des défenderesses omettaient de tenir compte des montants que celles-ci devaient lui verser et, dès lors, de procéder à une compensation. Il a conclu à ce que la défenderesse H soit condamnée à lui verser le montant de CHF 129'046.- (CHF 258'092.- - CHF 129'046.-) plus intérêts à 5 % l'an à compter du 1er septembre 2008 (date moyenne), et la défenderesse B le montant de CHF 15'765.- (CHF 31'529.- - CHF 15'764.-) plus intérêts à 5 % l'an à compter du 1er juin 2013 (date moyenne).

m. Par courrier du 7 mars 2022, la défenderesse H a informé la chambre de céans qu'elle avait changé de raison sociale le 4 novembre 2021 et se dénommait depuis lors C_____. Les défenderesses ont observé qu'elles n'étaient débitrices des cotisations qu'envers l'appelée en cause, et non envers le demandeur, de sorte que les dernières conclusions de celui-ci devaient être rejetées. En outre, en l'absence de dispositions réglementaires contraires, les intérêts moratoires de 5 % n'étaient dus qu'à partir du jour de la poursuite pour dette ou de la demande en justice contre le débiteur. Elles ne devaient donc aucun intérêt moratoire avant le 3 juillet 2014. Quant au demandeur, il devait des intérêts moratoires sur ses dettes envers elles depuis le 10 octobre 2014, date de leurs prétentions reconventionnelles. Les défenderesses ont déclaré actualiser et synthétiser leurs conclusions, à savoir à ce qu'il soit pris acte que la défenderesse H acceptait de verser à l'appelée en cause, au bénéfice du compte du demandeur, la somme des cotisations de l'employeur et du salarié du 1er juillet 2004 au 30 octobre 2012, soit un montant de CHF 387'138.- plus intérêts moratoires à 5 % l'an depuis le 4 juillet 2014, à ce qu'il soit pris acte que la défenderesse B acceptait de verser à l'appelée en cause, au bénéfice du compte du demandeur, 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 % l'an depuis le 4 juillet 2014, à ce que le demandeur soit condamné à verser à la défenderesse H la somme de CHF 129'046.- plus intérêts moratoires à 5 % l'an depuis le 10 octobre 2014 et à la défenderesse B la somme de CHF 15'764.- plus intérêts moratoires à 5 % l'an depuis le 10 octobre 2014.

n. Le 11 mai 2022, le demandeur a constaté que les parties s'accordaient sur le décompte des cotisations du 15 novembre 2021. En revanche, il ne reconnaissait pas devoir verser un quelconque montant aux défenderesses, les montants évoqués de CHF 129'046.- et CHF 15'764.- ne pouvant qu'être compensés, eu égard à la prescription qui frappait toute demande de paiement de ceux-ci. En effet, la prétention de l'employeur de réclamer au salarié des cotisations qu'il avait, pour une raison ou une autre, manqué de soustraire des revenus de l'employé était directement fondée sur l'art. 66 al. 3 LPP. Dans ce cas, le délai de prescription était de cinq ans, selon l'art. 41 al. 2 LPP. Enfin, l'intérêt moratoire courait depuis l'exigibilité de chaque cotisation due et était dû pendant la demeure du débiteur. Il a ainsi conclu 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, 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).

o. En date du 23 mai 2022, les défenderesses ont indiqué se prévaloir, à titre principal, de l'exception de la prescription pour toutes les prétentions du demandeur en paiement de cotisations des employeurs, subsidiairement 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, cotisations prescrites qui s'élevaient à CHF 135'175.- pour cette période. Plus subsidiairement, elles ont articulé les montants que l'une et l'autre des parties seraient condamnées à payer si aucune cotisation n'était prescrite depuis le 1er juillet 2004.

S'agissant de la prescription des prétentions de l'employeur, les défenderesses ont relevé que le Tribunal fédéral avait, dans l'arrêt cité par le demandeur, opéré un changement de jurisprudence en concluant que la prescription des créances en cotisations fondées sur la prévoyance professionnelle obligatoire selon la LPP était régie par l'art. 41 al. 2 LPP, et non plus par les art. 62ss CO. Cette jurisprudence était postérieure à la présente litispendance. Or, une nouvelle jurisprudence n'avait pas d'effet rétroactif sur les faits produits avant le prononcé du changement de jurisprudence et n'était opposable qu'à partir du moment où les communications de l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : l'OFAS) relatives à la prévoyance professionnelle avaient fait connaître le contenu essentiel de l'arrêt. En l'occurrence, cet arrêt auquel se référait le demandeur avait été rendu le 26 février 2016 et n'avait pas, à leur connaissance, été commenté par l'OFAS. Les arrêts n'étant publiés que six à huit mois après leurs prononcés, l'arrêt en cause n'avait été publié qu'à la fin de l'année 2016, à savoir deux ans et demi après le dépôt de la demande et des prétentions reconventionnelles. Selon la jurisprudence applicable au moment de l'introduction de l'action, la prétention de l'employeur à la restitution par le salarié de la part des cotisations non retenues devait être examinée selon les règles sur l'enrichissement illégitime. L'employeur disposait alors d'une année dès la connaissance de son droit de répétition et dans tous les cas de dix ans pour faire valoir ses droits. Le délai relatif d'une année commençait à courir à la suite de la décision judiciaire constatant l'obligation d'affiliation. Les défenderesses ont également relevé que le dépôt d'une action suspendait la prescription jusqu'à la clôture définitive de la procédure, selon l'art. 138 al. 1 CO, y compris en cas de recours au Tribunal fédéral et de renvoi à l'autorité cantonale, faute d'épuisement des voies de recours. Ainsi, la nouvelle jurisprudence ne leur était pas opposable, et elles avaient de toute façon interrompu valablement la

prescription dès le mois d'octobre 2014 par le dépôt de leurs demandes reconventionnelles, puis en obtenant gain de cause par le jugement du 17 novembre 2015 condamnant le demandeur à leur payer divers montants, en prenant le 24 janvier 2017, soit moins d'une année après le changement de jurisprudence, diverses conclusions condamnatoires à l'encontre du demandeur, puis à nouveau le 26 novembre 2020 suite à la reprise de la procédure cantonale, et encore le 15 novembre 2021 quand elles avaient connu le montant de leurs prétentions. Elles ont en outre rappelé que le principe d'une affiliation au régime surobligatoire avait été nié par la chambre de céans et n'était donc pas établi avant l'arrêt du Tribunal fédéral du 20 septembre 2016. Si, comme retenu par le Tribunal fédéral, elles avaient omis à tort d'affilier le demandeur auprès de l'appelée en cause, celui-ci était tout autant fautif puisqu'il était lui-même en charge de l'affiliation des employés des deux défenderesses auprès de l'appelée en cause. Il ne l'avait pas fait, car les parties s'étaient entendues pour qu'il demeure assujetti au régime français. Si par impossible, l'appréciation et la responsabilité du demandeur quant à sa propre affiliation n'étaient pas encore claires sous l'angle de son comportement fautif, elles requéraient à nouveau l'audition de M. I_____ comme témoin sur le cahier des charges de l'intéressé et ses obligations d'affiliation des employés auprès de l'appelée en cause. Le demandeur tentait, au terme d'une procédure qui avait duré huit ans, d'obtenir de manière abusive un financement intégral des prestations par les défenderesses sans contribuer lui-même à la constitution de l'avoir de prévoyance sous le prétexte de la prescription, dont il ne s'était encore jamais prévalue. Il n'existait aucune raison de retenir que les créances des employeurs pour les cotisations salariées seraient prescrites alors que celles du demandeur ne le seraient pas, sachant que l'intéressé n'avait pour sa part pris aucune conclusion chiffrée jusqu'en avril 2022, soit près de dix ans après la fin des rapports de travail.

Concernant la prescription des créances de cotisations du demandeur à leur encontre, les défenderesses ont relevé que le Tribunal fédéral avait renvoyé la cause à la chambre de céans pour qu'elle applique le délai de prescription absolu de dix ans, sans émettre de considérants sur la prescription relative, ni sur les incidences des conclusions non chiffrées du demandeur, ni sur l'absence de tout acte interruptif de la prescription, ce qui devait donc être examiné. Elles ont soutenu que les règles quant à la prescription étaient différentes dans les régimes de la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire. Dans le premier régime, l'exigibilité des cotisations était différée jusqu'au moment où l'institution avait connaissance de l'existence des rapports de travail, soit la mise en demeure ou le dépôt de l'action en justice si le débiteur (l'employeur) avait adopté un comportement reprochable. L'exigibilité des créances de cotisations individuelles était alors reportée sans limite jusqu'au moment où la créancière des cotisations prenait ou aurait dû prendre connaissance de son droit, étant précisé que la créance individuelle de cotisations se prescrivait en tous cas par dix ans à compter de sa naissance (virtuelle) aussi lorsqu'on admettait une violation qualifiée de

l'obligation d'annoncer. Dans le second régime, le Tribunal fédéral avait jugé que la convention selon laquelle un employeur s'engageait à mettre le travailleur au bénéfice d'une prévoyance surobligatoire devait être comprise comme une composante du salaire et le paiement des arriérés de cotisations était soumis au délai de prescription de cinq ans prévu à l'art. 128 ch. 3 CO. Elles ont également rappelé que le délai de prescription était interrompu par une action en justice à concurrence de la somme qui était indiquée dans les conclusions. Si un demandeur était dans l'impossibilité de chiffrer le montant de ses prétentions, il devait indiquer une valeur minimale comme valeur litigieuse provisoire, puis chiffrer sa demande dès qu'il était en état de le faire. Le demandeur avait déposé des actions non chiffrées et sans valeur minimale le 4 juillet 2014. À aucun moment durant la procédure il n'avait chiffré ses prétentions, mêmes minimales, alors qu'il aurait dû le faire à tout le moins depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 26 septembre 2016 constatant l'obligation d'affiliation au régime de la prévoyance étendue. L'intéressé n'avait pas non plus interrompu la prescription par une autre manière, par exemple en faisant notifier des poursuites aux défenderesses. Il n'avait pas davantage allégué ni démontré que les conditions de l'art. 42 al. 2 LPP (estimation du dommage en équité) ou d'une action non chiffrée seraient réunies. Ses rapports de travail avaient pris fin en 2013, de sorte que ses prétentions, à tout le moins pour les cotisations, seraient à ce jour intégralement prescrites. L'absence de conclusions chiffrées par le demandeur et de tout acte interruptif de prescription avait engendré la prescription de ses droits. Si l'on suivait l'argument du demandeur s'agissant de la prescription des prétentions en cotisations dues par les défenderesses, ses prétentions le seraient tout autant en application de l'art. 128 ch. 3 CO.

Concernant les intérêts moratoires, les défenderesses ont souligné que les intérêts commençaient à courir dans trois hypothèses, à savoir lors du terme d'exécution ou l'expiration prévue au contrat (art. 102 al. 2 CO), de la réception par le débiteur de l'interpellation (art. 102 al. 1 CO) et de la notification au débiteur de la demande en justice.

Les défenderesses ont ainsi conclu, préalablement, à l'audition de M. I_____ en qualité de témoin. Principalement, elles ont conclu à ce qu'il soit pris acte qu'elles reconnaissaient l'obligation d'affiliation du demandeur depuis le 1er décembre 1987 auprès de l'appelée en cause, à ce que le demandeur soit condamné à verser à la défenderesse H la somme des cotisations du salarié de CHF 129'046.- plus intérêts moratoires à 5 % l'an depuis le 10 octobre 2014, et à la défenderesse B la somme des cotisations du salarié de CHF 15'764.- plus intérêts moratoires à 5 % l'an depuis le 10 octobre 2014, à ce qu'il soit pris acte que la défenderesse H acceptait de verser à l'appelée en cause, au bénéfice du compte du demandeur, la somme des cotisations du salarié de CHF 129'046.- plus intérêts moratoires à 5 % l'an depuis le 10 octobre 2014 et que la défenderesse B acceptait de verser à l'appelée en cause, au bénéfice du compte du demandeur, la somme des cotisations salarié de CHF 15'764.- plus intérêts moratoires à 5 % l'an depuis le 10 octobre 2014.

Subsidiairement, elles ont repris leurs conclusions condamnatoires et conclu à ce qu'il soit pris acte que la défenderesse H acceptait de verser à l'appelée en cause, au bénéfice du compte du demandeur, la somme des cotisations de l'employeur et du salarié pour la prévoyance minimale obligatoire selon la LPP du 1er juillet 2004 au 30 juin 2009, soit CHF 82'868.-, et pour la prévoyance surobligatoire du 1er juillet 2009 au 30 octobre 2012, soit CHF 131'329.50 avec intérêts moratoires à 5 % l'an depuis le 10 octobre 2014, et à ce qu'il soit pris acte que la défenderesse B acceptait de verser à l'appelée en cause, au bénéfice du compte du demandeur, la somme des cotisations de l'employeur et du salarié pour la prévoyance obligatoire et surobligatoire du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2013, soit CHF 47'294.- plus intérêts moratoires à 5 % l'an depuis le 10 octobre 2014. Plus subsidiairement, elles ont conclu à ce qu'il soit pris acte que la défenderesse H acceptait de verser à l'appelée en cause, au bénéfice du compte du demandeur, la somme des cotisations de l'employeur et du salarié du 1er juillet 2004 au 30 octobre 2012, soit CHF 387'138.-, plus intérêts moratoires à 5 % l'an depuis le 4 juillet 2014, et à ce que la défenderesse B acceptait de verser à l'appelée en cause, au bénéfice du compte du demandeur, 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 % l'an depuis le 4 juillet 2014.

Était jointe une attestation complémentaire, établie le 17 mai 2022 par l'expert en prévoyance professionnelle de l'appelée en cause, distinguant les montants dus par les parties à titre de cotisations minimales selon la LPP et de cotisations surobligatoires.

p. Par écriture du 13 juin 2022, le demandeur a rappelé que le Tribunal fédéral avait reconnu, de manière définitive, la prise en compte des cotisations à partir du 4 juillet 2014. C'était donc ce délai qui devait impérativement être appliqué par la chambre de céans pour définir les montants dus. Contrairement à ce que soutenaient les défenderesses, il avait formulé ses conclusions le 24 janvier 2017 suite à l'arrêt fédéral, conclusions qui avaient été précisées suite au calcul de cotisations. Ses conclusions du 11 mai 2022 ne modifiaient en rien cette situation puisqu'elles ne faisaient que rappeler l'application du délai de prescription de cinq ans s'agissant des cotisations dues par l'employé. Pour le surplus, il a considéré que les défenderesses utilisaient tous les moyens juridiques pour accentuer la pression financière sur lui et éviter de verser les montants dus. Il a annexé une note relative à l'état de frais de son mandataire au 14 juin 2022.

q. Le 21 juin 2022, les défenderesses ont notamment contesté que le demandeur ait chiffré ses conclusions suite à l'arrêt du Tribunal fédéral et maintenu que la prescription de ses prétentions était atteinte. Elles ont également persisté à solliciter l'audition de M. I_____ et conclu à la condamnation du demandeur aux dépens de la procédure.

r. Le 15 juillet 2022, le demandeur a maintenu son opposition à l'audition de témoin, dès lors que l'arrêt du Tribunal fédéral était clair et que les parties étaient d'accord avec le calcul des montants des cotisations.

s. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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.

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.

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

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 influer 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

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).

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.

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).

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.

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.

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

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.

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.

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)

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).

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).

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

annulé par le Tribunal fédéral le 29 septembre 2016, avec renvoi de la cause à la chambre de céans.

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.

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).

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'avoirs 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).

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.

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

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.

4.4.2 En droit de la prévoyance professionnelle, en l'absence de disposition règlementaire, 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).

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 5 % (Jürg BRECHBÜHL, Maya GECKELER HUNZIKER, op. cit., ad. art. 66 n° 38).

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

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.

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.

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).

5. Reste à examiner les demandes reconventionnelles des défenderesses.

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.

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).

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.

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.

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.

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).

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).

*****

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 10 octobre 2014 recevables.

Au fond :

2. Les admet partiellement, dans le sens des considérants.
3. Condamne C_____ à verser à la D_____ la totalité des cotisations non prescrites, soit le montant de CHF 387'138.- avec intérêts à 5 % dès le 1er septembre 2008.
4. Condamne B_____ à verser à la D_____ la totalité des cotisations non prescrites, soit le montant de CHF 47'293.- avec intérêts à 5 % dès le 1er juin 2013.
5. Invite la D_____ à calculer les cotisations dues par Monsieur A_____ conformément aux considérants ci-dessus.
6. Condamne Monsieur A_____ à verser à C_____ les cotisations non prescrites qui auraient dû être prélevées sur son salaire avec intérêts à 5 % dès le 15 novembre 2011.
7. Condamne Monsieur A_____ à verser à B_____ les cotisations non prescrites qui auraient dû être prélevées sur son salaire avec intérêts à 5% dès le 15 novembre 2011.
8. Condamne C_____, B_____ et la D_____, solidairement entre elles, à verser à Monsieur A_____ une indemnité de CHF 3'000.- à titre de dépens.
9. Dit que la procédure est gratuite.
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.

La greffière | La présidente

Marie NIERMARÉCHAL | 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