



28 mai 2009

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 112

Indication

696 Extension de l'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes à la Bulgarie et à la Roumanie dès le 1^{er} juin 2009

Prise de position

697 Pas de versement d'employeur dans une institution de libre passage

Jurisprudence

- 698 Action contre une institution de prévoyance individuelle liée (3a) aussi possible dans le canton de domicile du preneur d'assurance
- 699 Résiliation d'une convention d'affiliation ; déduction suite à un découvert ; principe de l'égalité devant la loi ; admissibilité d'une correction d'écriture comptable faite après coup et d'un débit ultérieur ; prescription et novation
- 700 Compensation de la prestation de sortie avec une créance en dommages-intérêts pour cotisations impayées

Le bulletin est un simple moyen d'information de l'OFAS. Son contenu n'a valeur de directives que lorsque cela est indiqué expressément.

Indication

696 Extension de l'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes à la Bulgarie et à la Roumanie dès le 1^{er} juin 2009

L'extension de l'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes à la Bulgarie et à la Roumanie va entrer en vigueur le 1^{er} juin 2009 :

<http://www.europa.admin.ch/themen/00500/00507/index.html?lang=fr>

Cela signifie que dès cette date, les prestations de libre passage ne pourront plus être versées en espèces selon l'art. 5, al. 1, let. a ou let. b, de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP) aux assurés qui quittent définitivement la Suisse et sont affiliés à titre obligatoire à l'assurance-pensions de l'un de ces deux Etats. Pour les détails, nous renvoyons au [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 96](#).

Prise de position

697 Pas de versement d'employeur dans une institution de libre passage

L'OFAS rappelle aux institutions de libre passage qu'elles ne peuvent pas recevoir d'autres capitaux que des prestations de sortie versées par des institutions de prévoyance, comme déjà indiqué dans le [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 30 du 5 octobre 1994 \(p. 13 ad art. 10 OLP\)](#) ainsi que dans la [Circulaire n°1 du 3 octobre 2002 de l'Administration fédérale des contributions \(point 3.4\)](#). En effet, une institution de libre passage ne peut accepter de versement que d'une institution de prévoyance, d'une autre institution de libre passage ou d'une institution de prévoyance liée; elle ne peut accepter de fonds qui ne se trouvent pas déjà dans le cycle de la prévoyance. Les seules exceptions à ce principe sont le remboursement d'un versement anticipé pour le logement et le versement d'une indemnité équitable en cas de divorce aux conditions restrictives fixées par la jurisprudence (cf. [ATF 132 III 145 consid. 4.5](#)).

Par conséquent, les institutions de libre passage ne peuvent accepter aucun versement de la part d'un ancien employeur sur le compte de libre passage d'un assuré.

Jurisprudence

698 Action contre une institution de prévoyance individuelle liée (3a) aussi possible dans le canton de domicile du preneur d'assurance

(Référence à un arrêt du Tribunal fédéral du 30 mars 2009, cause Nationale Suisse Vie SA contre K., 9C_944/2008, en français)

(Art. 73 et 82 al. 2LPP, art. 1 al. 2 OPP 3)

K. a conclu deux contrats d'assurance sur la vie avec la Nationale Suisse Compagnie d'Assurance sur la Vie (aujourd'hui: Nationale Suisse Vie SA; ci-après: la Nationale Suisse), dont le siège est situé à Bottmingen dans le canton de Bâle-Campagne. Le premier contrat relevait de la prévoyance dite libre (pilier 3b), tandis que le second contrat ressortait à la prévoyance liée (pilier 3a).

K. a tout d'abord ouvert action en paiement contre la Nationale Suisse devant le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève. Ce tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître des prétentions découlant du contrat de prévoyance liée. K. a alors ouvert action devant le Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève. Par jugement incident, le Tribunal cantonal des assurances sociales s'est déclaré compétent à raison de la matière et du lieu.

La Nationale Suisse a recouru contre ce jugement. Elle conclut à ce que le Tribunal fédéral constate l'incompétence à raison du lieu du Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 112

canton de Genève et transmette, en tant que besoin, l'affaire au Tribunal cantonal du canton de Bâle-Campagne.

Sous le titre « Contestations et prétentions en matière de responsabilité », l'art. 73 LPP a la teneur suivante:

«¹ Chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. Ce tribunal est également compétent:

- a. pour les contestations avec des institutions assurant le maintien de la prévoyance au sens des art. 4 al. 1 et 26 al. 1 LFLP;
- b. pour les contestations avec des institutions lorsque ces contestations résultent de l'application de l'art. 82 al. 2;
- c. pour les prétentions en matière de responsabilité selon l'art. 52;
- d. pour le droit de recours selon l'art. 56a al. 1.

² Les cantons doivent prévoir une procédure simple, rapide et, en principe, gratuite; le juge constatera les faits d'office.

³ Le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé. »

Par contrats de prévoyance liée, on entend les contrats spéciaux d'assurance de capital et de rentes sur la vie ou en cas d'invalidité ou de décès, y compris d'éventuelles assurances complémentaires en cas de décès par accident ou d'invalidité, qui sont conclus avec une institution d'assurance soumise à la surveillance des assurances ou avec une institution d'assurance de droit public satisfaisant aux exigences fixées à l'art. 67 al. 1 LPP et qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance (art. 1 al. 2 OPP 3). Il s'agit d'une forme de prévoyance reconnue par le Conseil fédéral en collaboration avec les cantons et fiscalement favorable au sens de l'art. 82 al. 2 LPP. Bien que ces contrats soient régis matériellement par la LCA, les contestations résultant de leur application sont de la compétence de l'autorité cantonale désignée pour connaître des contestations opposant fondations ou institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (art. 73 al. 1 let. b LPP).

Se fondant sur le Message du 1^{er} mars 2000 relatif à la révision de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (1^{re} révision LPP; FF 2000 III 2495), le Tribunal cantonal des assurances sociales a considéré que l'extension de la compétence du tribunal prévu à l'art. 73 al. 1 LPP aux litiges relevant de la prévoyance individuelle liée se justifiait par une volonté d'unifier la compétence matérielle, afin qu'une seule juridiction soit saisie du contentieux en matière de prévoyance professionnelle, de libre passage et de prévoyance individuelle liée. En revanche, il ne ressortait pas du message précité que le législateur ait entendu porter atteinte aux règles de compétence à raison du lieu prévues par la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1) et la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (LFors; RS 272). Compte tenu de ce qui précédait, il convenait de se référer à l'art. 13 des conditions générales de la Nationale Suisse, lequel prévoyait un for alternatif au domicile du preneur d'assurance, respectivement de l'ayant droit, ou au siège de la Nationale Suisse.

Selon le Tribunal fédéral, quand bien même la prévoyance individuelle liée est régie matériellement par les dispositions de l'OPP 3 et de la LCA, le législateur a indiscutablement décidé de soumettre les litiges y relatifs aux règles de procédure définies à l'art. 73 LPP, auxquelles il ne saurait être dérogé par le moyen d'une convention d'élection de for. Conformément à l'al. 2 de cette disposition, cette procédure est gouvernée par les principes de simplicité et de rapidité. L'application de ces principes, qui ont d'ailleurs une portée générale en droit fédéral des assurances sociales, doit permettre aux assurés d'accéder facilement au juge et d'obtenir une décision le plus rapidement possible et sans formalisme excessif.

Si la lettre de l'art. 73 LPP prescrit très clairement que le preneur d'assurance ne peut agir qu'au lieu du siège de son assureur, il ressort du but et de la systématique de cette disposition que la volonté du législateur est de faciliter dans la plus grande mesure possible l'accès des justiciables aux tribunaux. En tant que la lettre de l'al. 3 contraint, le cas échéant, le preneur d'assurance à devoir agir en un lieu et dans une langue auxquels celui-ci ne peut raisonnablement s'attendre au moment de la conclusion du contrat d'assurance, elle n'est pas compatible avec le principe de simplicité défini à l'al. 2 et, plus généralement, avec la ratio legis de l'art. 73 LPP. De plus, l'interprétation historique démontre que le maintien de cette disposition dans une teneur inchangée depuis son entrée en vigueur résulte bien plutôt d'une inadvertance manifeste du législateur que d'une volonté délibérée de restreindre l'accès au juge d'une certaine catégorie de justiciables. Il découle ainsi de l'interprétation de l'art. 73 LPP qu'il y a lieu de reconnaître un for alternatif à celui du siège ou du domicile suisse du défendeur prévu à l'art. 73 al. 3 LPP dans le cadre des litiges relatifs à la prévoyance individuelle liée. Le domicile du preneur d'assurance constitue à cet égard le point de rattachement qui permet de respecter au mieux les principes généraux de procédure applicables dans le droit des assurances sociales et les intentions du législateur (dans les autres branches des assurances sociales, voir art. 58 al. 1 LPGA, sous réserve des exceptions pouvant résulter de la législation spéciale).

Il résulte de ce qui précède que la compétence à raison du lieu du Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève découle bien plutôt de l'interprétation de la loi que des conditions générales d'assurance de la recourante. Le recours doit par conséquent être rejeté.

699 Résiliation d'une convention d'affiliation ; déduction suite à un découvert ; principe de l'égalité devant la loi ; admissibilité d'une correction d'écriture comptable faite après coup et d'un débit ultérieur ; prescription et novation

(Référence à un arrêt du TF du 16 mars 2009 en la cause X. SA contre Fondation collective Swisscanto, Fondation collective Swisscanto Supra et Fondation de prévoyance en faveur du personnel Promea, 9C_1018/2008 ; publication ATF prévue ; arrêt en allemand)

(Art. 8 al. 1 Const. féd., art. 15 et 53d al. 3 LPP, art. 18 LFLP et 19, 2^e phrase, LFLP, ancien art. 23 LFLP, ancien art. 23 al. 4 let. c LFLP (actuellement art. 53 al. 1 let. c LPP), ancien art. 9 OLP, art. 63, 67 al. 2, 116 al. 1, 117 al. 2 et 120 al. 3 CO)

X. SA était liée depuis le 1^{er} janvier par une convention d'affiliation n° y à la Fondation collective Servisa de prévoyance en faveur du personnel (actuellement : Fondation collective Swisscanto des banques cantonales ; ci-après : fondation collective) pour la prévoyance professionnelle obligatoire et depuis le 1^{er} novembre 1999 par une convention d'affiliation n° z à la Fondation collective Servisa Supra de prévoyance professionnelle (actuellement : Fondation collective Swisscanto Supra des banques cantonales ; ci-après fondation collective Supra) pour la prévoyance subobligatoire.

Par courrier du 10 juillet 2003, la fondation collective a fait valoir une correction de doubles écritures pour un montant total de 130'190 fr. 50, qu'elle aurait effectuées en 1999 lors de la reprise de l'institution de prévoyance précédente. Après l'annonce de hausses de primes dès janvier 2004 et l'octroi d'un droit exceptionnel de résiliation pour fin 2003, X. SA a résilié, le 30 octobre 2003, les deux conventions nos y et z au 31 décembre 2003 et s'est affiliée dès le 1^{er} janvier 2004 à la Fondation de prévoyance en faveur du personnel Promea (ci-après : fondation Promea). Par la suite, les fondations collectives ont chiffré, au 31 décembre 2003, un degré de couverture de 98,5 % et une participation aux pertes de 188'914 fr. 60 pour la convention n° y et un degré de couverture de 96 % et une participation aux pertes de 7'018 fr. 60 pour la convention n° z. Dans le calcul de la valeur de résiliation des conventions d'affiliation, elles ont déduit les montants de 130'190 fr. 50, 188'914 fr. 60 et 7'018 fr. 60.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 112

Le litige porte d'abord sur l'existence d'une base réglementaire ou légale pour la déduction opérée en raison du découvert.

Selon l'art. 19, 2^e phrase, LFLP et l'ancien art. 23 al. 3 LFLP (RO 1994 2386), les institutions de prévoyance qui doivent respecter le principe de l'établissement du bilan en caisse fermée (ce qui est de manière incontestée le cas des intimées) peuvent déduire proportionnellement les découverts techniques lors d'une liquidation totale ou partielle, pour autant que cela ne contribue pas à réduire l'avoir de vieillesse. Dans le cadre de la 1^e révision de la LPP, cette disposition, avec la suppression de l'art. 23 al. 3 LFLP, a été transférée à l'art. 53d al. 3 LPP avec effet dès le 1^{er} janvier 2005. Faute de disposition transitoire contraire, la réglementation légale est directement applicable depuis l'entrée en vigueur de la LFLP le 1^{er} janvier 1995 et l'emporte, en tant que droit fédéral impératif, sur des dispositions réglementaires d'une autre teneur. En cas de liquidation partielle, le droit de déduire des découverts découle ainsi directement de la loi.

La résiliation d'une convention d'affiliation est présumée entraîner une liquidation partielle de l'institution de prévoyance (ancien art. 23 al. 4 let. c LFLP, actuellement : art. 53b al. 1 let. c LPP).

Selon la situation juridique en vigueur jusqu'à fin 2004, la liquidation partielle nécessitait une approbation de l'autorité de surveillance sur la base d'un bilan de liquidation (ancien art. 23 al. 1 LFLP, voir aussi ancien art. 23 al. 2 LFLP et ancien art. 9 OLP [RO 1994 2399]). Une telle approbation fait défaut en l'espèce. Dès lors, il convient de se demander s'il s'agit là juridiquement d'un cas de liquidation partielle.

L'OFAS a édicté au 1^{er} janvier 1993 des lignes directrices sur la résiliation de conventions d'affiliation par des employeurs et sur leur réaffiliation à une institution de prévoyance (ch. 148 des Communications sur la prévoyance professionnelle n° 24 du 23 décembre 1992), où sont fixées les obligations des institutions de prévoyance impliquées ainsi que les tâches de l'organe de contrôle. Ainsi, l'organe de contrôle vérifie le respect des lignes directrices par l'administration et confirme la conformité au droit de la conclusion et de la résiliation des conventions d'affiliation vis-à-vis de l'OFAS. Il peut être renoncé à une répartition des fonds libres lorsque ceux-ci ne dépassent pas 10 % du capital lié (Lignes directrices 2.42). Dans la pratique, bien que cela ne soit pas prévu expressément dans les Lignes directrices, l'existence d'une liquidation partielle est mise en question de manière analogue lorsque seule une part relativement faible du nombre total des assurés est touchée par la résiliation d'une convention d'affiliation. En tant qu'autorité de surveillance, l'OFAS a fixé, dans les lignes directrices précitées, une forme simplifiée de la surveillance prévue par la loi pour le cas de la résiliation d'une convention d'affiliation (ancien art. 23 al. 4 let. c LFLP). Cela se justifie objectivement car sinon, pour les fondations collectives d'une certaine taille auxquelles sont affiliées beaucoup de caisses de prévoyance et dans lesquelles des changements interviennent souvent, il faudrait sans cesse des décisions de l'autorité, ce qui serait compliqué et coûteux. En outre, il se justifiait d'exiger qu'une liquidation partielle soit approuvée par l'autorité en particulier en ce qui concerne la répartition de fonds libres, pour laquelle un plan de répartition était nécessaire (ancien art. 23 al. 1, 3^e phrase, LFLP). S'il s'agit, comme en l'espèce, d'une couverture insuffisante, un plan de répartition n'est de toute façon pas nécessaire.

En fin de compte, la question de savoir si la résiliation de la convention d'affiliation doit être qualifiée de liquidation partielle (avec surveillance simplifiée) peut cependant demeurer ouverte. Certes, selon la réglementation légale (ancien art. 23 al. 3 LFLP), un découvert ne doit en principe être déduit qu'en cas de liquidation partielle ou totale, et pas en cas de simple sortie d'assurés individuels. Toutefois, la réglementation légale applicable aux liquidations, selon laquelle les découverts doivent être déduits proportionnellement, n'est rien d'autre que l'expression du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi (art. 8 al. 1 Const. féd.) : selon ce principe, les destinataires sortant dans le cadre d'une liquidation partielle ont droit à une part des fonds libres (art. 23 al. 1, 1^{re} phrase, LFLP dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin 2004) ; il serait en effet problématique sous l'angle du principe de l'égalité de

traitement que les assurés qui sortent de l'institution de prévoyance avant la survenance du cas d'assurance ne touchent que la prestation de libre passage sans participer à l'excédent ayant également été constitué par leurs cotisations ([ATF 133 V 607](#), consid. 4.2.1, p. 610 ; [128 II 394](#) consid. 3.2, p. 396 s.). A l'inverse, au regard du principe de l'égalité, les assurés sortants doivent également participer aux découverts, car sinon seuls les assurés demeurant dans l'institution de prévoyance devraient en supporter la charge (voir [ATF 125 V 421](#), consid. 4b/cc, p. 425). Or, le principe de l'égalité de traitement s'applique aux institutions de prévoyance également en l'absence de liquidation partielle. C'est pourquoi, dans ce contexte, il existe à certaines conditions un droit à une part des fonds libres même lorsqu'il n'y a pas de liquidation ([ATF 133 V 607](#), consid. 4.2.3 et 4.3, p. 611 s.). Par voie de conséquence, il doit en aller de même dans l'éventualité de l'existence d'un découvert (arrêt 2A.699/2006 du 11 mai 2007, consid. 4.1). Tel est notamment le cas lorsqu'une convention d'affiliation est résiliée et qu'il est renoncé, essentiellement pour des motifs de praticabilité (consid. 2.1.5), à l'exécution formelle d'une liquidation partielle. En effet, il serait contraire au principe de l'égalité de traitement que les membres d'une caisse de prévoyance sortante touchent la prestation de libre passage dans son entier et que les assurés restant dans l'institution de prévoyance doivent supporter seuls une perte ou d'éventuelles mesures d'assainissement (art. 65d LPP).

Tout bien considéré, il existe ainsi une base juridique pour la déduction proportionnelle du découvert.

Le litige porte ensuite sur le point de savoir si le découvert doit être calculé par rapport à la caisse de prévoyance affiliée, prise isolément, ou par rapport à la fondation collective dans son entier.

Comme, en l'espèce, les placements ont eu lieu de manière groupée et que les actifs n'appartiennent ainsi pas à la caisse de prévoyance mais à la fondation collective en tant que telle, le degré de couverture – qui résulte de la relation des actifs avec la somme de tous les passifs – ne peut pas se présenter différemment pour chaque caisse de prévoyance, mais est identique pour toutes. Il en est autrement pour les caisses de prévoyance ayant procédé à des placements individuels, ce qui n'est toutefois pas le cas en l'espèce. C'est à tort que la recourante se plaint en outre du fait que le calcul du degré de couverture comprend, en plus du capital de couverture nécessaire, également des positions qui devraient en partie être classées parmi les fonds libres : la caisse de prévoyance a un droit à ces fonds (voir art. 5 al. 2, respectivement al. 1 des actes de fondation) qui sont donc bien « libres » pour la caisse de prévoyance, mais pas pour la fondation collective. Cette dernière doit les traiter comme des passifs et, par voie de conséquence, les insérer dans le calcul du degré de couverture. Il ne s'agit pas de juger ici ce qui se passerait si l'on appliquait les prescriptions comptables actuellement en vigueur (art. 47 al. 2 OPP 2 dans sa teneur entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004).

Selon l'ancien art. 23 al. 3 LFLP (en relation avec l'art. 18 LFLP et l'art. 15 LPP), un découvert ne peut être déduit que pour autant que cela ne contribue pas à réduire l'avoir de vieillesse. Le TF peut trancher cette question lui-même sur la base du dossier (voir art. 105 al. 2 LTF) : il ressort des lettres de la fondation collective du 10 mai 2004 à la recourante, respectivement du 24 janvier 2005 à son mandataire que l'avoir de vieillesse réglementaire de la caisse de prévoyance n'a pas été réduit par la déduction mais que le découvert a pu être entièrement financé par sa fortune de prévoyance libre. Il n'y a pas de raison de mettre en doute cette affirmation. Il en va manifestement autrement pour la fondation collective Supra, ce qui est cependant sans importance à la lumière de l'art. 18 LFLP, respectivement de l'art. 15 LPP, car cette fondation ne s'occupe que de prestations surobligatoires. La restriction prévue à l'ancien art. 23 al. 3 LFLP est ainsi respectée.

Au vu de ce qui précède, il n'y a rien à redire au fait que les intimées aient déduit, en tant que découvert, les montants de 188'914 fr. 60 (fondation collective) et de 7'018 fr. 60 (fondation collective Supra) incontestés sur le plan quantitatif.

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 112

Sont également litigieuses les corrections apportées aux écritures comptables par la fondation collective.

Par courrier du 10 juillet 2003, la fondation collective a annoncé diverses corrections dans les écritures comptables, qu'elle attribuait à des doubles écritures s'étant produites en 1999 lors de la reprise de la caisse de prévoyance de la recourante. Par son action en justice, cette dernière a exigé le paiement des montants ayant fait l'objet des corrections. Elle ne contestait ni dans leur principe ni dans leur montant que les écritures litigieuses soient intervenues à tort, mais a invoqué qu'une correction après coup et un débit ultérieur n'étaient plus admissibles.

Le fait que la fondation collective s'est trouvée dans l'erreur n'a pas été établi de manière manifestement inexacte par l'instance inférieure (voir art. 105 al. 1 et 2 LTF) ; le fait que la fondation collective n'a pas invoqué expressément l'erreur n'y change rien. Peu importe également qu'un premier apurement aurait dû être fait car, en ce qui concerne le montant en question de 26'404 fr. 60, il ne s'agissait pas d'un apurement de l'écriture inexacte, mais il s'agissait de l'écriture correcte ; l'écriture inexacte invoquée était le solde du compte de primes de 20'964 fr. 65 (intérêts compris) porté au crédit, dont l'annulation n'a été communiquée que par la lettre du 10 juillet 2003.

La relation juridique entre les parties se fonde sur la convention d'affiliation qui crée des rapports de droit privé ([ATF 120 V 299](#), cons. 4a, p. 304). La question de savoir si une écriture au crédit intervenue de manière injustifiée dans le cadre de relations contractuelles doit être compensée selon les règles de l'enrichissement illégitime (ainsi, arrêt 4C.250/2006 du 3 octobre 2006, consid. 3.3) ou selon le droit des contrats (ainsi, [ATF 126 III 119](#), consid. 3, p. 121 ss.) peut demeurer ouverte en l'espèce car le résultat est le même dans les deux cas : si l'on applique le droit des contrats, il y a lieu d'admettre selon les règles de la bonne foi que, sous réserve de la novation (voir ci-après), un montant porté à tort au crédit peut être extourné (voir [ATF 126 III 119](#), consid. 2c, p. 121). En cas d'application des règles sur l'enrichissement illégitime, les conditions de l'art 63 CO seraient remplies en l'espèce au vu des faits constatés qui lient le TF : l'appauvrissement de la fondation collective contesté par la recourante consiste en ce que cette fondation a débité les montants en question sur le compte libellé en faveur de la recourante, ce qui représente une dette – et donc une diminution de fortune.

La question de la prescription ne saurait modifier ce résultat ni selon le droit de l'enrichissement illégitime ni selon celui des contrats : c'est la recourante qui invoque une créance à l'égard de la fondation collective. Même en cas de prescription, cette dernière peut refuser le paiement selon l'art. 67 al. 2 CO ou compenser les créances (en remboursement) les unes avec les autres selon l'art. 120 al. 3 CO.

Le recourante invoque enfin qu'une novation a eu lieu par la reconnaissance d'un solde de compte et que cette novation exclut une créance ultérieure en remboursement. En principe, la novation ne se présume point (art. 116 CO) de sorte que celui qui s'en prévaut doit en apporter la preuve (arrêt 4C.60/2002 du 16 mai 2002, consid. 1.4). Toutefois, dans une relation de compte courant, il y a novation lorsque le solde du compte a été arrêté et reconnu (art. 117 al. 2 CO). Il n'est pas certain en l'espèce qu'il y ait vraiment eu une relation de compte courant (sur les éléments d'un contrat de compte courant, voir [ATF 130 III 694](#), consid. 2.2, p. 687 s. ; [100 III 79](#), consid. 3, p. 83), mais la question peut demeurer ouverte ; en effet, même si l'existence d'un rapport de compte courant était reconnue, il est possible de revenir sur l'arrêté de compte notamment dans une situation complexe en cas d'erreur prouvée – comme tel est le cas en l'espèce ([ATF 127 III 147](#), consid. 2d et e, p. 151 ss.).

700 Compensation de la prestation de sortie avec une créance en dommages-intérêts pour cotisations impayées

(Référence à un arrêt du TF du 17 avril 2009 en la cause Winterthur-Columna Fondation pour la prévoyance professionnelle contre R., 9C_366/2008 ; arrêt en allemand)

(Art. 827 [selon sa teneur en vigueur jusqu'à fin décembre 2007] en relation avec art. 754 CO)

R. était membre fondateur, associé majoritaire et gérant d'une Sàrl qui était affiliée à la recourante pour la prévoyance professionnelle. Par lettre du 30 septembre 2006, l'assuré a communiqué à l'institution de prévoyance qu'il résiliait la convention d'affiliation en raison de la décision prise de dissoudre la société. Pour des motifs de liquidités, il se disait être dans l'impossibilité de régler le solde du compte de prévoyance. En même temps, il a sollicité le paiement en espèces de sa prestation de sortie en invoquant qu'il allait commencer une activité indépendante. L'institution de prévoyance a par la suite fait valoir, par voie de compensation, une créance correspondant aux arriérés de cotisations.

Saisi par l'assuré, le tribunal cantonal des assurances a déclaré bien fondée son action portant sur la part impayée de la prestation de sortie en raison de la compensation opérée. L'institution de prévoyance a interjeté un recours en matière de droit public au TF contre ce jugement cantonal.

Devant le TF, le litige concerne le montant de la prestation de libre passage devant être versé à R. (membre fondateur, associé majoritaire, gérant et seul employé de la Sàrl liquidée) en sa qualité de bénéficiaire de la convention d'affiliation qu'il a résiliée.

Le TF expose les dispositions légales applicables devant être respectées en cas de liquidation d'une Sàrl et en particulier celles selon lesquelles toutes les personnes chargées de la gestion ou de la liquidation d'une société sont responsables, aussi bien à l'égard de la société qu'à l'égard des créanciers de la société, du dommage qu'elles causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs (art. 827 [dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin décembre 2007] en relation avec l'art. 754 CO).

Le comportement fautif de R. et sa responsabilité (art. 754 CO) se fondent sur le fait que, lorsqu'il était gérant, il a longtemps omis de payer les cotisations et, lorsqu'il a ensuite été liquidateur, il n'a pas non plus réglé les arriérés de cotisations. Il s'agit ainsi d'une créance que l'institution de prévoyance a envers l'intimé personnellement. La condition de la réciprocité des créances, qui est l'une des conditions nécessaires de l'admissibilité d'une compensation, est donc remplie. L'intimé n'a du reste invoqué aucune circonstance pouvant justifier le non paiement des arriérés ; manifestement, il y avait en outre suffisamment d'argent pour payer les cotisations dues. Compte tenu de la sévérité retenue par la jurisprudence pour l'évaluation de la négligence grave dans le cadre de l'art. 52 LAVS en ce qui concerne la responsabilité subsidiaire des organes d'un employeur, le procédé de l'intimé doit à plus forte raison suffire à fonder une responsabilité si on examine sa faute sous l'angle de l'art. 827 en relation avec l'art. 754 CO, qui se contente d'une simple négligence.

La compensation de prestations de sortie n'est pas généralement interdite comme le prétend l'intimé. Selon la jurisprudence, la compensation du droit de l'assuré au transfert de la prestation de sortie à une nouvelle institution de prévoyance avec une créance en dommages-intérêts de l'institution de prévoyance n'est inadmissible qu'en cas d'utilisation détournée de son but de prévoyance ; ce danger n'existe toutefois pas en cas de versement en espèces admissible, parce que les fonds correspondants ne sont plus réservés à la prévoyance future ([ATF 132 V 127](#), consid. 6.2.1 et 6.3.2). Le TF a ainsi autorisé la compensation invoquée par l'institution de prévoyance et a admis son recours.