

1ère section

_____ du 13 janvier 2004

dans la cause

H. P., F. POUR LE DÉVELOPPEMENT DE L'ASSU-
RANCE EN FAVEUR DU PERSONNEL

_____ contre

D. S.A.

représentée par Me Jean-Jacques Martin, avocat

EN FAIT

1. Le 16 octobre 1989, la société D. & Cie S.A. (ci-après: D.), active dans le domaine de la gérance d'immeubles et de fortunes ainsi que dans celui de l'exploitation d'un bureau fiduciaire, de siège à Genève, a signé avec la F. P., devenue par la suite F.H.P., (ci-après: la Fondation ou la demanderesse) un contrat d'affiliation afin de réaliser la prévoyance professionnelle obligatoire de ses employés. Ce contrat avait un effet rétroactif au 1er janvier 1985, date d'affiliation effective de D. & Cie S.A. à la Fondation.

L'article 1.3 prévoyait la conclusion d'un contrat d'assurance vie collective entre la Fondation et P., Société mutuelle suisse d'assurances sur la vie (ci-après: P.).

L'article 2.2 stipulait qu'en qualité de gérante, P. représentait la Fondation et qu'en conséquence les communications faites à P. valaient également comme communications faites à la Fondation. Les communications faites par P. valaient également comme communications faites par la Fondation.

Selon l'article 4.1, l'employeur (D.) s'engageait à verser directement avec P. les primes facturées par P. à la Fondation.

En cas de retard de paiement, l'article 4.3 prévoyait que les conséquences définies dans les conditions générales d'assurance pour l'assurance vie collective (ci-après: CGA) entraient en application.

Aux termes de l'article 7, la convention prenait effet au 1er janvier 1985 et annulait la précédente. Elle était conclue pour une durée de dix ans et pouvait être résiliée pour la première fois au 31 décembre 1994. Le délai de résiliation était de 6 mois avant l'expiration. Faute de résiliation, elle était tacitement renouvelée d'année en année avec le même délai de résiliation. Les alinéas 7.3. et 7.4. réglaient les modalités de calcul de la valeur de résiliation ainsi que les modalités de transfert des fonds afférents à la prévoyance de l'employeur.

Le 18 novembre 1996, D. et la Fondation ont signé

un avenant prolongeant de cinq ans la durée du contrat d'affiliation dès le 1er janvier 1997.

2. En mars 1989, la Fondation a conclu un contrat d'assurance-vie collective avec P., la R., la P. et la B. pour le compte de D..

Ce même contrat a été résigné le 16 octobre 1989 suite à la signature du nouveau contrat intervenue le même jour entre la Fondation et D..

L'article 1.1.4 prévoyait que les compagnies d'assurance participant au contrat étaient responsables des prestations selon la répartition suivante:

P. 40%
R. 25%
P. 25%
la B. 10%

Toutes les opérations concernant le contrat étaient réalisées par P. qui représentait également les coassureurs auprès de la Fondation. Les décisions de P. concernant l'acceptation des propositions d'assurance, la prise en charge de responsabilités ainsi que la reconnaissance de l'obligation de verser les prestations engageaient également les coassureurs. Toute déclaration valablement faite à P. par la Fondation engageait également les coassureurs.

L'article 7.1.1 stipulait que le contrat entrerait en vigueur rétroactivement au 1er janvier 1985. Il était valable jusqu'au 31 décembre 1994. Le contrat pouvait être dénoncé pour chaque fin d'année avec un délai de résiliation de 6 mois, la première fois pour la date de l'expiration. Faute de résiliation, le contrat était renouvelé chaque fois pour une année. Selon l'article 7.1.2, en cas de résiliation du contrat, les dispositions des articles 6 et 7 CGA étaient applicables.

3. L'article 1.8.4 CGA, auquel renvoyait l'article 4.3 du contrat d'affiliation, stipulait que si les primes n'étaient pas payées dans un délai d'un mois à partir de la date d'échéance, des intérêts conformes au marché, fixés par P., étaient dus pour les primes arriérées. Si une prime n'était pas payée dans les délais impartis, le preneur d'assurance était sommé de payer les arriérés dans un délai de prolongation de 14 jours à compter de l'envoi de la sommation.

4. Pendant toute la durée du contrat, D. a versé les primes directement à P.. A la fin de chaque année, P. adressait à D. un relevé de compte retraçant les primes facturées et les versements intervenus arrêtés au 31 décembre de l'année en cause. Le solde, qui depuis le 31 décembre 1988 en tout cas était en faveur de la Fondation, était reporté au début de l'année suivante. Il résulte des pièces produites par les parties que D. n'a jamais émis d'objection concernant les décomptes de primes ni les relevés de comptes annuels.
5. D'après un échange de correspondance intervenu en 1995 entre la Fondation et D., les montants arriérés n'étaient pas acquittés de manière régulière par D.. En conséquence, la Fondation avait engagé des poursuites à son encontre. D. a alors proposé par courrier du 28 juillet 1995 de régulariser le dossier avant la fin de l'année en effectuant régulièrement des versements de CHF 10'000.-. Toutefois, au 31 décembre 1995 il subsistait encore un solde de CHF 72'845,90 en faveur de la Fondation.
6. Par pli du 1er avril 1996, P. a suggéré à D. d'augmenter à CHF 15'000.- les versements qu'elle effectuait afin de repartir dans de meilleures conditions pour l'année 1997.
7. Le 20 mai 1997 la Fondation et D. ont signé un plan d'amortissement.

Ce document prévoyait en son article 2 que la créance à l'encontre de D. s'élevait à CHF 86'447,35, soit CHF 85'145.95 en principal, arrêté au 13 mai 1997, et CHF 1'301,40 à titre d'intérêts dus du 1er janvier 1997 au 13 mai 1997. A ce montant il fallait encore ajouter les intérêts à 4,5 % dus à partir du 14 mai 1997 sur la créance en principal.

L'article 3 stipulait que D. reconnaissait sans réserve l'existence et le montant de cette créance.

Selon l'article 4, D. s'engageait à verser le 15 de chaque mois, pour la première fois le 15 mai 1997, le montant de CHF 15'000.- et ce jusqu'à l'extinction complète de la créance.

Aux termes de l'article 5, les primes échues après le 14 mai 1997 ou non encore facturées à cette date,

n'étaient pas concernées par la convention et devaient donc être acquittées en sus de l'arriéré.

L'article 6 stipulait que si le plan d'amortissement n'était pas respecté, l'intégralité du solde dû devenait immédiatement exigible.

Au cours de l'année 1997, D. a effectué sept versements de CHF 15'000.-. En 1998 elle en a effectué un seul.

8. Le 17 avril 1998, D. a changé de raison sociale et modifié ses statuts. Depuis lors, la société s'appelle D.S.A. S.A. (ci-après: D.S.A. ou la défenderesse).

9. Par lettre recommandée du 8 décembre 1998 à P., D.S.A. a déclaré qu'elle s'était séparée de la totalité de son personnel au 30 juin 1998 et qu'elle n'avait plus d'employés. En conséquence, elle résiliait son contrat de prévoyance et priait P. de transférer les avoirs de libre passage des employés qui avaient quitté l'entreprise et d'annuler la police.

La totalité des employés de D.S.A. a été engagée par la société D. U. S.A., elle-même affiliée à une institution de prévoyance auprès d'E.V..

10. P., devenue entretemps H. P., a répondu qu'elle acceptait à titre exceptionnel la résiliation du contrat au 30 juin 1998 à condition que le solde du compte primes, soit CHF 115'242,25, soit réglé avant son terme jusqu'au 31 décembre 1998.

11. Aucun versement n'étant intervenu, la Fondation a envoyé un commandement de payer, poursuite n° 99 109468 S d'un montant de CHF 114'626.- plus intérêts et frais, qui a été notifié à D.S.A. le 25 mars 1999. La défenderesse a fait opposition.

12. Dans un courrier du 13 juillet 1999, P. a relevé que D.S.A. reconnaissait de facto l'existence d'une dette en sa faveur et mettait la société en demeure de payer le montant réclamé.

Pour ce qui avait trait à la fortune de la société (fonds libres, excédents collectifs et mesures spéciales), le transfert entrainé dans le cadre normal d'un virement d'une institution de prévoyance à l'autre lorsque la société décide de changer de fondation de

prévoyance et s'acquitte de ses dettes. Elle ne faisait l'objet d'une répartition entre les assurés que lorsqu'une faillite ou une cessation d'activité était déclarée et sur décision de la commission de prévoyance.

Elle ajoutait que comme au 30 juin 1998, D. U. S.A. était normalement affiliée auprès d'E. Vie, P. était tenue de transférer en temps utile la fortune à cette dernière. Il s'ensuivait que les assurés devaient faire valoir auprès d'E. Vie un éventuel droit à une part de cette fortune. E. Vie avait reçu les avoirs de libre passage intégraux des assurés transférés auprès d'elle.

P. joignait trois décomptes relatifs à la fortune accumulée par D.S.A., soit:

- compte n° 25000 "Mesures spéciales": CHF 83'405.-
- compte n° 23100 "Dépôt d'excédent sur compte collectif": CHF 268'625
- compte n° 22000 "Autres fonds libres" : CHF 51'496,15

13. Un deuxième commandement de payer, poursuite n° 99 150937 S a été notifié à la défenderesse le 14 janvier 2000 pour la somme de 114'830,90 avec intérêts à 4,5 % dès le 11 décembre 1999. Il comportait la mention "annule et remplace la poursuite n° 99 109468 S". Par contre, sous la rubrique créancier figurait "P. société mutuelle suisse d'assurance sur la vie".

14. Le 2 février 2000, la Fondation a déposé une demande au Tribunal administratif à l'encontre de D.S.A. tendant au paiement de la créance en capital de CHF 120'200,40 plus intérêt à 4,5 % à partir du 2 janvier 2000 ainsi qu'au prononcé de la mainlevée définitive dans la poursuite n° 99 150937 S.

La demande se fondait sur l'extrait de compte établi par P. pour la période du 1er janvier 1990 au 31 janvier 2000 qui reportait les primes facturées par P. et les versements effectués par la défenderesse. Le solde en faveur de P. s'élevait à CHF 120'200,40.

15. Dans sa réponse du 14 avril 2000, D.S.A. a tout d'abord contesté la qualité pour agir de la Fondation et relevé qu'elle risquait d'être condamnée à payer deux fois à P. et à la Fondation.

Ensuite elle s'est prévalu de la prescription quinquennale applicable aux cotisations. Elle a ainsi fait valoir que les primes dues avant le 31 décembre 1994 étaient prescrites. Elle reconnaissait devoir uniquement la somme de CHF 24'871,35 au 31 décembre 1998.

Enfin, elle a soutenu que la demanderesse n'avait pas accompli ses obligations d'institution de prévoyance en application de l'article 23 de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP - RS 831.42) selon lequel, en cas de liquidation partielle ou de liquidation totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoutait au droit à la prestation de sortie. L'autorité de surveillance décidait si les conditions d'une liquidation partielle ou totale étaient remplies. Elle approuvait le plan de répartition. En conséquence, en application de l'article 82 du code des obligations (CO - RS 220), elle était autorisée à suspendre le paiement des cotisations qui étaient dues.

16. Dans son écriture du 22 février 2001, la Fondation a expliqué que D., puis D.S.A., s'étaient affiliées à la Fondation pour la prévoyance obligatoire. Il ressortait tant du texte du contrat d'affiliation que de l'ensemble des factures soumises et de l'extrait de compte que la Fondation était la créancière du montant faisant l'objet de la demande.

Les prestations étaient versées à P. uniquement dans le but de simplifier l'exécution du contrat entre la Fondation et D.S.A..

La désignation comme créancier de la société "P., société mutuelle suisse d'assurance sur la vie Bâle" en lieu et place de la raison sociale de la Fondation sur le commandement de payer poursuite n° 99 150937 S, n'était qu'une erreur de l'office des poursuites dont la Fondation s'était avisée en cours de procédure.

L'exception de prescription soulevée par D.S.A. n'était pas fondée. En effet les parties étant des commerçants au sens juridique du terme, elles étaient liées par un contrat de compte-courant. En cas de silence de D.S.A. à réception du relevé de compte annuel, le solde était reconnu et portait novation, ce qui empêchait le délai de prescription de courir.

D.S.A. n'avait jamais fait objection ni aux décomptes de primes ni aux relevés de comptes annuels pendant toute la durée du contrat, soit du 01.01.1985 au 30.06.1998. Il y avait de toute manière lieu d'appliquer l'article 87 CO.

Enfin, pour ce qui avait trait au versement de la fortune de la société, la Fondation relevait qu'elle avait cru, dans un premier temps à un simple changement de l'institution de prévoyance mais la situation s'étant clarifiée, elle convenait qu'il s'agissait bien de la cessation d'activité de D.S.A.. Elle soulignait qu'il n'était pas possible d'établir un décompte final de l'organisme de prévoyance avant la fin de la procédure en cours. Pour le surplus, s'agissant de la liquidation de l'institution de prévoyance, c'était l'autorité de surveillance qui devait trancher en cas de litige et non le Tribunal administratif. La défenderesse n'était pas autorisée à suspendre le paiement des cotisations.

Pour le surplus, la Fondation a persisté dans ses conclusions.

17. Par courrier du 16 février 2001, la Fondation a demandé à l'office des poursuites de rectifier le commandement de payer poursuite n° 99 150937 S. L'office des poursuites a donc établi un duplicata du commandement de payer N° 99 150937 S indiquant la Fondation comme créancière, avec la mention "ce commandement de payer annule et remplace celui portant le même numéro et notifié le 14 janvier 2000, l'office ayant fait une erreur dans la désignation du créancier". Ce duplicata a été notifié le 2 juillet 2001 à D.S.A. qui y a formé opposition.
18. Dans un courrier du 6 août 2001 adressé au Tribunal de céans, la défenderesse a relevé que bien que deux commandements de payer portent le même numéro, la notification du commandement de payer du 2 juillet 2001 avait annulé la notification du 14 janvier 2000 de sorte que la Fondation ne pouvait se baser sur une demande datée du 2 février 2000 pour demander la mainlevée d'un commandement de payer qui avait été notifié postérieurement au dépôt de la demande. La procédure de mainlevée devait donc être déclarée sans objet.
19. Par décision du 28 août 2001, le Tribunal administratif a déclaré sans objet la demande de la Fondation en reprenant l'argumentation développée

ci-dessus.

20. La demanderesse a recouru au Tribunal fédéral des assurances à l'encontre de la décision précitée en demandant l'annulation de la décision attaquée et la condamnation de D.S.A. au paiement de CHF 120'240,40 plus intérêts à 4,5 % dès le 2 janvier 2000 et, subsidiairement, le renvoi de la cause à l'autorité cantonale.

Par arrêt du 29 août 2002, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que la conclusion en mainlevée définitive n'avait qu'un caractère accessoire par rapport à la conclusion principale portant sur la prétention déduite en poursuite. Le fait que la conclusion accessoire soit déclarée sans objet n'avait pas d'incidence sur l'objet principal du litige qui relevait du droit de fond. Il convenait donc de se prononcer sur le bien fondé de la créance invoquée par la demanderesse. Le recours a été admis et la cause renvoyée au Tribunal de céans.

21. Le Tribunal a complété l'instruction de la présente cause en sollicitant la production de pièces. Interpellées par le Tribunal, les parties ont persisté dans leurs conclusions. La demanderesse n'a cependant conclu qu'à la condamnation de la défenderesse au paiement de la somme de CHF 120'200,40 avec intérêts à 4,5% dès le 2 janvier 2002, renonçant en bonne logique à demander la mainlevée définitive dans la poursuite n° 99 150937 S.

EN DROIT

1. Déposée devant la juridiction compétente, la demande est recevable (art. 56C litt. d de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05).
2. Tout d'abord la défenderesse conteste la qualité pour agir de la Fondation.

Selon la jurisprudence, la qualité pour agir ressortit aux conditions matérielles de la prétention litigieuse. Elle se détermine selon le droit de fond et son défaut conduit au rejet de l'action, qui intervient

indépendamment de la réalisation des éléments objectifs de la prétention litigieuse. Revêtir la qualité pour agir revient à savoir qui peut faire valoir une prétention en qualité de titulaire d'un droit, en son propre nom. En conséquence, la reconnaissance de la qualité pour agir n'emporte pas décision sur l'existence de la prétention du demandeur, que ce soit quant au principe ou à la mesure dans laquelle il la fait valoir (ATF 125 III 82 consid la et les références citées).

En l'occurrence, la demanderesse et la défenderesse sont liées par le contrat d'affiliation à la Fondation. En revanche la défenderesse n'a pas signé le contrat d'assurance qui unit la Fondation à P., R., P. et la B.. Par conséquent le seul partenaire contractuel de D.S.A. est la Fondation. Il s'en suit que c'est la Fondation qui est seule titulaire des créances de primes à l'encontre de D.S.A..

Certes, D.S.A. a versé les primes directement à P.. De même, c'est à P. qu'elle a adressé le courrier de résiliation en 1998 et c'est entre D.S.A. et P. qu'a eu lieu l'échange de correspondance qui a fait suite à la résiliation du contrat. Mais ce faisant, D.S.A. et P. n'ont fait qu'appliquer les dispositions du contrat d'affiliation, en particulier l'article 2.2 qui prévoit que P. représente la Fondation et que toute communication faite à P. est faite à la Fondation ainsi que l'article 4.1 selon lequel D.S.A. verse directement les primes dues à la Fondation à P..

On relèvera encore que lorsqu'il s'est agi d'engager des poursuites, par exemple en 1995 déjà, c'est toujours la Fondation qui est intervenue. De même, le plan d'amortissement de 1997 a été signé par la Fondation et D..

Au vu de ce qui précède la Fondation a la qualité pour agir et l'argument de la défenderesse doit ainsi être rejeté.

3. La défenderesse fait ensuite valoir que les parties n'étaient pas liées par un contrat de compte-courant au sens de l'article 117 alinéa 2 CO, que les versements effectués en cours d'année devaient être affectés aux primes dues pour l'année en cours et qu'en conséquence la créance de la demanderesse était déjà en grande partie prescrite.

a. Par le contrat de compte-courant, les parties stipulent (l'une d'elles est généralement un institut financier ou un commerçant) de passer par "doit" et "avoir" les créances réciproques nées de leurs relations d'affaires, de compenser à un moment donné (clôture) - ce peut être périodiquement - les différents articles de ce compte, de sorte que l'excédent (le solde), après avoir été reconnu, confère une créance novée à l'ayant droit contre le débiteur (P. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2ème édition Berne 1997, p. 774). Le contrat de compte courant implique qu'avant la clôture les créances ne peuvent être exercées ni par voie de poursuite, ni par voie d'action (SJ 1966 p.21-23 et les références citées); elles ne se prescrivent pas (ou encore, la prescription cesse de courir)(P. ENGEL, op.cit. p. 774 let. c).

Pour le Tribunal fédéral, "selon la théorie dominante, le contrat de compte-courant consiste dans l'accord de deux personnes qui sont dans un rapport de compensation réciproque, accord en vertu duquel ces personnes s'engagent à laisser en attente toutes les créances comprises dans ce rapport, à ne pas les céder et à ne pas les faire valoir séparément, mais à ne les considérer que comme les articles d'un compte pour en déterminer le solde. Le contrat de compte courant comporte un accord de compensation selon lequel toutes les prétentions nées de part et d'autre, comprises dans le rapport de compte-courant, seront compensées automatiquement, sans déclaration de compensation, soit pendant que le compte-courant est ouvert, soit à la fin d'une période comptable"(ATF 100/1974 III p.79,83= JT 1976 II p. 53,57 et les références citées).

Parmi les caractéristiques du contrat, on relèvera qu'il s'agit d'un contrat consensuel, qui présuppose donc une manifestation de volonté réciproque et concordante des parties, expresse ou tacite, selon l'article 1 CO. C'est également un contrat informel qui n'est donc soumis à aucune exigence de forme. Il est encore synallagmatique puisqu'il engendre des obligations réciproques pour les parties, continu étant donné qu'il produit ses effets pendant un certain temps, principal, conclu à titre onéreux et conditionnel puisqu'il suppose la condition suspensive qu'il existe entre les cocontractants la possibilité de créances réciproques (L. ETTER, Le contrat de compte-courant, thèse, Lausanne, 1994 p.95 ss).

En l'espèce les parties n'ont pas convenu

expressément de se lier par un contrat de compte-courant. De plus, les conditions générales d'assurance qui ont été versées au dossier ne contiennent aucune clause stipulant la présomption d'une relation de compte-courant. Le Tribunal doit donc analyser les modalités de fonctionnement du compte adoptées par les parties pour pouvoir déterminer si le déroulement de la relation contractuelle permet de prouver la volonté des parties de travailler en compte-courant. On se trouverait alors en présence d'un contrat tacite de compte-courant.

b. Selon la doctrine, "l'on comptera parmi les éléments caractéristiques du contrat: la formation par compensation d'un solde nové par l'approbation des deux correspondants; l'impossibilité de réclamer l'exécution particulière d'une créance en compte; le report à terme périodique de l'exigibilité des créances; la réciprocité effective ou probable des créances et des dettes; le report à compte nouveau du solde dont le paiement n'est pas exigé; la capitalisation des intérêts; l'envoi d'un relevé au correspondant lors de chaque arrêté pour approbation" (L. ETTER, op. cit. p.108).

Toutefois, la doctrine relève qu'"on ne peut parler d'un contrat (de compte-courant), lorsqu'une partie comptabilise les créances réciproques sans que l'autre partie le sache ou le souhaite" (L. ETTER, op. cit. p. 108).

Il résulte des pièces produites qu'en tout cas depuis 1988, chaque année, la demanderesse adressait à la défenderesse un relevé de compte arrêté au 31 décembre. Les intérêts calculés au 31 décembre, étaient intégrés au solde dû (capitalisation des intérêts). Le montant ainsi obtenu était alors reporté en tête du compte de l'année suivante.

Pendant dix ans, la défenderesse n'a jamais protesté contre une telle manière de faire et n'a soulevé aucune objection. Bien au contraire, en signant le plan d'amortissement le 20 mai 1997, elle a expressément reconnu une créance en principal de CHF 85'145,95 dont l'un des éléments est le solde reporté de l'année 1996 de CHF 54'708,60 auquel sont incorporés les intérêts capitalisés de 1996.

Au vu de ce qui précède, la Fondation et D.S.A. sont bel et bien liées par un contrat tacite de compte-courant. La jurisprudence a d'ailleurs déjà

reconnu l'existence d'un contrat de compte-courant entre une institution LPP et l'employeur qui y est affilié (ATF n.p. du 29 janvier 2001 B 43/98 consid. 3) La prétention de la demanderesse n'est par conséquent pas prescrite.

c. Au demeurant, on relèvera que la prétention de la demanderesse ne serait de toute manière pas prescrite même si les parties n'avaient pas été liées par un contrat de compte-courant. En effet, selon l'article 135 CO la prescription est interrompue lorsque le débiteur reconnaît la dette, notamment en payant des intérêts ou des acomptes, en constituant un gage ou en fournissant une caution. Le défenderesse a reconnu expressément la somme due au 13 mai 1997 en signant le plan d'amortissement le 20 mai 1997, interrompant ainsi déjà la prescription pour la première fois. Par la suite, elle a régulièrement interrompu la prescription en versant des acomptes, dont le dernier est intervenu le 24 mars 1998. La créance de la demanderesse ne peut donc pas avoir été atteinte par la prescription.

d. D.S.A. n'a jamais contesté les décomptes qui lui ont été adressés par la demanderesse. Elle n'a émis aucune objection quant au taux d'intérêt retenu par la demanderesse. Il s'ensuit que D.S.A. reste devoir à la Fondation la somme de CHF 120'200,40 avec intérêts à 4,5% dès le 2 janvier 2000.

4. Enfin, la défenderesse s'est prévalué du fait que la demanderesse n'a pas accompli les obligations d'institution de prévoyance prévues par l'article 23 LFLP pour lui opposer l'exception "non adimpleti contractus" de l'article 82 CO et suspendre ainsi le paiement des cotisations qui étaient dues.

a. Dans les contrats parfaitement bilatéraux, les obligations des parties sont réciproques: par définition, les prestations sont dans un rapport d'échange; l'exécution doit avoir lieu donnant donnant et elle est réputée simultanée en raison de l'étroite connexité qui existe entre les prestations (Pierre ENGEL, Traité des obligations en droit suisse [Dispositions générales du CO], 2e édition, Stämpfli, Berne, 1997, chap. 46, n° 188, I, A p.655). Aussi, celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat (art. 82 CO). Il en résulte l'exception d'inexécution de la prestation ou exceptio non adimpleti contractus.

Exception dilatoire, soulevée par le défendeur à une action en exécution, le droit consacré par l'art. 82 CO paralyse momentanément l'exercice du droit du demandeur; l'action en exécution est écartée comme prématurée: tant que le demandeur n'a pas exécuté ou n'offre pas la prestation qu'il doit, le défendeur ne peut être condamné à fournir la sienne (ATF 127 III 200 consid. 3a; Pierre ENGEL, op. cit., chap. 46, n°189, II, A p. 656).

L'art. 82 CO n'est pas directement applicable aux contrats bilatéraux imparfaits, mais par une analogie fondée sur le droit de rétention personnel, en vertu duquel une partie peut refuser sa prestation tant que la contre-prestation issue du même contrat ne lui est pas assurée (ATF 116 III 73 consid. 3b et la référence; von Thur/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. II, 3e édition, Zürich, 1974, p. 67-68). Il peut être évoqué dans l'exécution d'un contrat innommé si prestations et contreprestations sont dans un rapport d'échange, ainsi que dans les contrats composés (ATF n.p. du 1er mai 2002 B 21/01 consid. 2b et les références citées).

b. L'article 1.8.3 CGA dispose que:

"Les primes annuelles nivelées et les primes annuellement recalculées doivent être payées pour chaque personne assurée à partir du début de l'assurance jusqu'à l'accomplissement de l'âge terme, au plus tard cependant jusqu'à la fin du mois de décès de l'assuré ou jusqu'à la date de la résiliation anticipée de l'assurance. Au cas où le début de l'assurance ou l'accomplissement de l'âge terme ne coïncide pas avec la date d'effet du contrat, une prime partielle est due jusqu'à la prochaine, respectivement à partir de la dernière date d'effet du contrat.

Les primes annuelles nivelées, les versements uniques et les primes annuellement recalculées doivent être payés à l'avance dans un délai d'un mois après la date d'échéance.

Les primes annuelles nivelées peuvent, contre versement d'un supplément tarifaire, être également versées par acomptes trimestriels ou semestriels.

Les primes et les versements uniques pour les assurances en cours sont exigibles à la date d'effet du contrat. La date d'échéance de la première prime et des

versements uniques pour les assurances nouvelles et les extensions de garantie ainsi que pour les assurances de personnes à assurer pour la première fois sur la base d'un contrat collectif nouvellement conclu, correspond au début de l'assurance."

c. Aux termes de l'article 23 LFLP alinéa 1er, en cas de liquidation partielle ou de liquidation totale de l'institution de prévoyance, un droit individuel ou collectif à des fonds libres s'ajoute au droit à la prestation de sortie. L'autorité de surveillance décide si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies. Elle approuve le plan de répartition.

Selon l'alinéa 4 de la même disposition les conditions d'une liquidation partielle sont présumées lorsque:

"a. l'effectif du personnel est considérablement réduit;

b. l'entreprise est restructurée;

c. un employeur résilie le contrat qui le lie à l'institution de prévoyance et que celle-ci subsiste;"

d. Le Tribunal administratif n'est pas compétent pour décider si les conditions d'une liquidation partielle ou totale sont remplies puisqu'il appartient en premier lieu à l'autorité de surveillance de se prononcer sur cette question. Toutefois, il apparaît *prima facie* qu'on se trouve dans l'une des hypothèses de liquidation partielle envisagées par l'article 23 alinéa 4 LFLP. C'est d'ailleurs également l'avis de la demanderesse.

Selon l'article 1.8.3 CGA, en cas de résiliation anticipée du contrat, les primes sont dues au plus tard jusqu'à la date de la résiliation anticipée de l'assurance soit *in casu* jusqu'au 30 juin 1998. Il s'ensuit que le montant de primes en retard était déjà échu au 30 juin 1998.

En revanche, le droit aux fonds libres prévu à l'article 23 LFLP prenait effet au plus tôt lors de la liquidation partielle de l'institution de prévoyance soit, au plus tôt le 30 juin 1998.

Au vu de ce qui précède tant la nature que les clauses du contrat imposaient que les primes dues soient échues avant la fin du contrat alors que le droit aux fonds libres de l'article 23 LFLP ne prenait naissance qu'à partir de la fin du contrat. De plus, la

demanderesse souligne avec justesse qu'elle ne peut fournir de décompte exact qu'une fois le résultat de la présente procédure connu et toutes les primes versées. Il s'ensuit que la défenderesse ne pouvait se prévaloir de "l'exceptio non adimpleti contractus" de l'article 82 CO. La demande doit ainsi être admise.

5. Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera perçu (art 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité LPP-RS 831.40). La demanderesse obtenant gain de cause, la somme de CHF 2'000.- lui est allouée à titre d'indemnité.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable la demande déposée le 2 février 2000 par H. P., Fondation pour le développement de l'assurance en faveur du personnel contre D.S.A. S.A.;

au fond :

l'admet;

condamne D. S.A. à payer à H. P., Fondation pour le développement de l'assurance en faveur du personnel le montant de CHF 120'200,40 avec intérêts à 4,5% dès le 2 janvier 2000;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument;

alloue à la demanderesse à charge de D.S.A. S.A., une indemnité de CHF 2'000.-;

dit que, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, auprès du Tribunal fédéral des assurances. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne;

communique le présent arrêt à H. P., Fondation pour le développement de l'assurance en

faveur du personnel ainsi qu'à Me Jean-Jacques Martin, avocat de la défenderesse et à l'Office fédéral des assurances sociales.

Siégeants : M. Thélin, président, M. Schucani, Mme Bonnefemme-Hurni, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste : le président :

C. Del Gaudio-Siegrist Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme N. Mega