[AZA 7]
B 21/01 Mh

Ière Chambre

MM. les juges Schön, Président, Borella, Rüedi, Meyer et
Kernen. Greffier : M. Wagner

Arrêt du 1er mai 2002

dans la cause
A._____, recourant, représenté par Me Louis-Marc Perroud, avocat, rue du Progrès 1, 1701 Fribourg,

contre
Fondation collective LPP Vaudoise Assurances, place de Milan, 1007 Lausanne, intimée,

et
Tribunal administratif du canton de Fribourg, Givisiez

A.- A._____ a travaillé de manière temporaire entre le 17 mai 1988 et le 30 novembre 1995, pour le compte de X._____ Sàrl, entreprise affiliée pour la prévoyance professionnelle auprès de la Fondation collective LPP Vaudoise Assurances (la fondation).
Le 16 août 1988, le prénommé a signé une déclaration de renonciation par laquelle il refusait de s'affilier à l'institution de prévoyance de son employeur. Au cours des années d'activité, aucune cotisation n'a été retenue sur le salaire, ni versée à la fondation.
Le 26 mars 1998, A._____ a demandé à son ancien employeur les certificats d'affiliation LPP ou le remboursement de la totalité des cotisations dues au titre de la prévoyance professionnelle, avec suite d'intérêts. Après échange de correspondances, la fondation s'est déclarée prête à verser 7350 fr., montant correspondant à la moitié de l'avoir de prévoyance de 14 699 fr. 90 au 30 septembre 1998; pour le surplus elle a invoqué la compensation avec la créance de l'employeur pour les cotisations non prélevées sur les salaires versés à l'intéressé.

B.- A._____ a ouvert action contre la Fondation collective LPP Vaudoise Assurances le 29 septembre 1998 devant le Tribunal administratif du canton de Fribourg et requis le versement d'une prestation de sortie de 14 699 fr. 90 sur son compte LPP de la Winterthur Columna.
En cours de procédure, il a ramené ses conclusions au montant de 7350 fr., après versement par la fondation d'une somme identique sur le compte LPP de la Winterthur Columna.
Par jugement du 8 février 2001, la Cour des assurances sociales du tribunal administratif a rejeté la demande.

C.- A._____ interjette recours de droit administratif contre ce jugement, dont il demande l'annulation, en reprenant les dernières conclusions formulées devant la juridiction de première instance, avec suite d'intérêts à 5 % dès le 29 septembre 1998 et de dépens.
La Fondation collective LPP Vaudoise Assurances conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours, en demandant à titre subsidiaire qu'il soit constaté qu'elle a le droit d'invoquer la compensation partielle du droit aux prestations en faveur de A._____. De son côté, l'Office fédéral des assurances sociales conclut à l'admission de celui-ci.

Considérant en droit :

1.- a) La contestation en cause relève des autorités juridictionnelles mentionnées à l'art. 73 LPP, tant du point de vue de la compétence ratione temporis que de celui de la compétence ratione materiae (ATF 122 V 323 consid. 2, 120 V 18 consid. 1a et les références). Le recours de droit administratif est recevable de ce chef.

b) Les procès relatifs aux prestations de sortie (naissance, montant, exécution, etc.) constituent des litiges

concernant l'octroi ou le refus de prestations d'assurance (ATF 126 V 165 consid. 1; voir aussi ATF 114 V 36 consid. 1c). Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral des assurances n'est pas limité à la violation du droit fédéral - y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation - mais s'étend également à l'opportunité de la décision attaquée. Le tribunal n'est pas lié par l'état de fait constaté par la juridiction inférieure, et il peut s'écarter des conclusions des parties à l'avantage ou au détriment de celles-ci (art. 132 OJ).

2.- Le litige concerne la déduction de 7350 fr. opérée par la fondation sur la prestation de sortie due au recourant au titre de la prévoyance professionnelle.

a) L'autorité cantonale a considéré la demande portant sur ce montant comme prématurée et l'a rejetée. Tant la question de l'existence d'une créance de l'ancien employeur contre le recourant, que la question de la cession de celle-ci à l'intimée pouvaient rester ouvertes, dans la mesure où la fondation pouvait se prévaloir de l'exception dilatoire de l'art. 82 CO tant que le recourant refusait de s'acquitter de sa part de cotisations.

b) 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 ce qu'on appelle 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 Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. II, 3e édition, Zurich, 1974, p. 67-68). Il peut être évoqué dans l'exécution d'un contrat innommé si prestations et contre-prestations sont dans un rapport d'échange, ainsi que dans les contrats composés (Marius Schraner, Die Erfüllung der Obligationen, Kommentar zu Art. 68-96 OR, Commentaire zurichois, n°57 ad art. 82 CO).

c) Si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie. La prestation de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance et est affectée d'intérêts moratoires à partir de ce moment-là (art. 2 al. 1 et 3 LFLP).
Selon l'article 66 LPP, l'institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et de celles des salariés (al. 1 première phrase). L'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié (al. 3). Toutefois, l'employeur est débiteur seul de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance (al. 2 première phrase).
Les dispositions correspondantes du règlement de l'intimée, contrat d'assurance vie collective n°610'503-3/8100 (art. 6.2.1, 3.8.2 et 3.8.3) reprennent la teneur de la loi.

d) Au vu du cadre légal régissant le financement des prestations et le droit à une prestation de sortie, l'institution de prévoyance tenue de verser cette prestation ne saurait opposer à l'assuré l'exception de l'art. 82 CO au titre de cotisations non prélevées sur son salaire par l'employeur. Quand bien même l'assuré participe au financement des prestations réglementaires, par prélèvement sur son salaire de sa part de cotisations, l'employeur seul apparaît débiteur à l'égard de l'institution de l'ensemble des cotisations. Si l'assuré peut prétendre au versement ou au transfert d'une prestation de sortie de la part de l'institution, celle-ci ne peut prétendre au versement des cotisations que de la part de l'employeur. L'institution ne détient ainsi, dans ce contexte, aucune prétention directe contre l'assuré. Faute de prétention contre l'assuré, elle ne peut lui opposer l'inexécution d'une prestation, dont celui-ci serait redevable envers elle et qui se trouverait dans un rapport d'échange avec sa propre prestation.

3.- Que ce soit l'existence d'une créance de l'employeur contre le recourant, ayant pour objet des cotisations non déduites du salaire, ou la cession de celle-ci par l'employeur à l'intimée, ces questions n'ont pas été examinées dans le jugement attaqué.

a) Selon l'intimée, le financement de ses prestations est assuré à parts égales par l'assuré et l'employeur; les cotisations non prélevées sur le salaire constituent ainsi une créance de l'employeur que le recourant ne saurait contester, dans la mesure où il a touché un salaire supérieur à celui qu'il aurait dû recevoir. La compensation a lieu du fait de la cession de cette créance.
Le recourant, de son côté, conteste l'existence d'une créance de l'employeur, dans la mesure où celui-ci ne peut se prévaloir des règles sur la répétition de l'indu; faute de créance, la compensation ne peut avoir lieu.

b) Selon la doctrine et la jurisprudence, la compensation de créances réciproques constitue un principe juridique général, ancré en droit privé aux art. 120 ss CO, qui trouve application en droit administratif. En droit des assurances sociales plus particulièrement, le principe est reconnu, même dans les branches de ce droit qui ne le prévoient pas expressément; au demeurant, la plupart des lois d'assurances sociales connaissent une réglementation spécifique (ATF 110 V 185 consid. 2; Rüedi, Allgemeine Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsprozesses, p. 454 et note n°16, in : Walter R. Schluep et al., "Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends", Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Berne, 1993).
Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la question particulière de la compensation de créances, que l'employeur a cédées à l'institution de prévoyance, est réglée dans la loi - de manière restrictive (art. 39 al. 2 LPP; cf. ATF 126 V 315, 114 V 33).

Dans ce cas, les dispositions du CO qui fixent les conditions de la compensation sont applicables par analogie (art. 120 ss. CO; VSI 1994 p. 217 consid. 3). Ainsi, la compensation n'est-elle possible que lorsque deux obligations de la même espèce existent réciproquement entre deux personnes et que la dette, avec laquelle le créancier entend exercer la compensation, soit exigible et fondée en droit (Max Imboden et René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6e édition, I, p. 196 ss). Si, au cours du procès, le débiteur conteste l'existence de la créance, il appartient au créancier qui entend exercer la compensation de la prouver (Wolfgang Peter, Basler Kommentar, 2e édition, n°23 ad art. 120 CO; arrêt non publié L.
du 29 décembre 2000, B 20/00).
En cas de cession, le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire, comme il aurait pu les opposer au cédant, les exceptions qui lui appartenaient en propres au moment où il en a connaissance (art. 169 CO). Par exception - y compris les objections, il s'agit de celles qui touchent à l'existence de la créance ou le droit d'exiger une prestation en vertu de la créance (ATF 56 I 180; Pierre Engel, op. cit.
chap. 65, n°277, V, G p. 888).

c) La créance dont se prévaut l'intimée, de 7350 fr., correspond au montant des cotisations qui auraient dû, selon le règlement de la fondation collective, être prélevées par l'employeur sur les salaires versés au recourant entre le 17 mai 1988 et le 30 novembre 1995. La créance dont l'employeur entend se prévaloir porte ainsi sur un montant du salaire qu'il a ou aurait versé en trop. Dans ce contexte, pour que l'employeur - et l'intimée en cas de cession - puisse invoquer à bon droit une créance exigible contre le recourant, il faut que l'employeur puisse prétendre à la restitution par le recourant de cette part de salaire. L'examen de cette prétention ne peut se faire que selon les règles usuelles sur la répétition.
Les arguments de l'intimée, qui voit dans le seul fait du non prélèvement de cotisations sur le salaire d'un employé une prétention de l'employeur non contestable dans le cadre de l'art. 39 al. 2 LPP, ne trouve aucune assise dans le texte légal. Exception à l'interdiction générale de compenser prescrite par la LPP, la possibilité offerte par cette disposition ne peut être interprétée que de manière restrictive. En se référant dans ce cadre aux notions de compensation, de cession et de créances, le législateur n'a pas entendu mettre en place avec l'art. 39 al. 2 LPP un système particulier échappant aux règles générales régissant la formation et l'extinction des obligations ou d'autres institutions juridiques connues.

d) La question de savoir si l'ancien employeur possède contre le recourant une créance fondée et exigible - au titre de cotisations non prélevées sur son salaire - que l'intimée puisse lui opposer en cas de cession, relève

des contestations au sens de l'art. 73 LPP et des autorités judiciaires prévues par cette disposition.
L'état de fait et les pièces au dossier, qui au demeurant ne comprend pas la cession litigieuse, ne permettent de trancher ces questions, si bien qu'il y a lieu de renvoyer la cause à l'instance inférieure pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouveau jugement.

4.- Sur le vu de l'issue du litige, le recourant, représenté par un avocat, a droit à une indemnité de dépens pour l'instance fédérale (art. 159 al. 1 en corrélation avec l'art. 135 OJ).
Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances

prononce :

I. Le recours est partiellement admis en ce sens que le jugement de la Cour des assurances sociales du Tribunal administratif du canton de Fribourg du 8 février 2001 est annulé, la cause étant renvoyée audit tribunal pour complément d'instruction et nouveau jugement.

II. Il n'est pas perçu de frais de justice.
III. La Fondation collective LPP Vaudoise Assurances versera au recourant la somme de 2500 fr. (y compris la taxe à la valeur ajoutée) à titre de dépens pour

l'instance fédérale.

IV. Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal administratif du canton de Fribourg, Cour des assurances sociales, et à l'Office fédéral des

assurances sociales.
Lucerne, le 1er mai 2002

Au nom du
Tribunal fédéral des assurances
Le Président de la Ière Chambre :

Le Greffier :