



COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Jugement du 18 mars 2021

Composition : Mme DESSAUX, présidente
Mmes Di Ferro Demierre et Brélaz Braillard, juges
Greffière : Mme Tedeschi

Cause pendante entre :

R._____, à [...], demanderesse, représentée par Me Gaëtan-Charles Barraud, avocat à Lausanne,

et

LA FONDATION S._____, à Zurich, défenderesse.

Art. 5 al. 1 let. b LFLP ; 35a LPP ; 64 et 67 al. 1 CO.

E n f a i t :

A. a) À la date du 31 décembre 2011, R._____ (ci-après : l'assurée ou la demanderesse), née en [...] et titulaire d'un certificat fédéral de capacités (ci-après : CFC) d'employée de commerce, section gestion, engagée le 1^{er} juin 2011 en qualité de comptable au sein de I._____, (ci-après : I._____ SA), a quitté cette entreprise pour intégrer, avec la même fonction, la société K._____ SA, ceci dans le cadre d'un transfert des activités et personnel entre ces deux sociétés.

Dans le cadre de son emploi auprès de I._____ SA, l'assurée a constitué des avoirs de prévoyance professionnelle auprès de Z._____, le nouveau preneur de risques étant C._____ SA, via W._____. Dits avoirs ont été transférés le 31 décembre 2011 à N._____ (ci-après : N._____), auprès de laquelle était affiliée K._____ SA.

Du certificat de salaire de l'assurée pour l'année 2011, il ressort qu'entre le 1^{er} juin et le 31 décembre 2011, elle a perçu un salaire brut de 43'710 fr., dont à déduire un montant de 1'741 fr. de cotisations LPP.

Le 7 février 2012, W._____ a adressé à l'assurée, ainsi qu'à N._____, le décompte de la prestation de libre passage réglementaire au 31 décembre 2011 de l'intéressée, attestant du versement à N._____ le 11 février 2012 d'un montant de 2'749 fr. 90, plus intérêts par 5 fr. 35.

Ensuite de la résiliation du contrat de prévoyance entre K._____ SA et N._____ au 31 décembre 2012, cette dernière a établi à l'attention de l'employeur le décompte des avoirs de prévoyance professionnelle constitués par l'assurée, totalisant un montant de 10'397 fr. 70.

Du certificat de salaire de l'assurée pour l'année 2012, il ressort la réalisation d'un revenu annuel brut de 57'900 fr., dont à déduire un montant de 3'699 fr. de cotisations LPP.

Dès le 1^{er} janvier 2013, K._____ SA a affilié auprès de la Fondation S._____ (ci-après : la Fondation S._____ ou la défenderesse) ses quatre salariés, dont son administrateur, P._____, et l'assurée, lesquels étaient respectivement représentants de l'employeur et des salariés au sein de la commission de gestion. Selon le chiffre 3 du contrat d'affiliation du 29 novembre 2012, une application pour la mise en œuvre et la gestion de la prévoyance était disponible en ligne, son utilisation impliquant la désignation d'un administrateur, appelé Super User, fonction attribuée à la demanderesse.

Le 8 janvier 2013, N._____ a communiqué à la Fondation S._____ le décompte des avoirs de prévoyance professionnelle de chaque salarié au 31 décembre 2012, à savoir des montants de 10'397 fr. 70 pour l'assurée et de 112'791 fr. 90 pour l'administrateur de K._____ SA, respectivement de 3553 fr. 45 et de 2'850 fr. 80 pour les deux autres collaborateurs. Le montant total des avoirs de prévoyance transférés s'élevait à 129'644 fr. 35, dont 50 fr. 50 d'intérêts courus entre le 1^{er} janvier et le 11 janvier 2013. A ce montant s'ajoutait encore la somme de 12'372 fr. 30, issue du compte de dépôt des mesures spéciales, lequel a été attribué au compte de fonds libres en faveur de l'œuvre de prévoyance de K._____ SA auprès de la Fondation S._____.

Le 4 février 2013, la Fondation S._____ a adressé à K._____ SA le décompte de versement des avoirs de libre passage de ses quatre salariés. Il en ressort que les montants ont été intervertis par la défenderesse, en ce sens que l'assurée s'est vue attribuer les avoirs de l'administrateur, soit un total de 112'791 fr. 90, alors que le montant de 3'553 fr. 45 était porté au compte de ce dernier. Les avoirs de la

demanderesse étaient, par ailleurs, comptabilisés au profit de l'une de ses collègues.

Le 18 décembre 2013, K._____ SA a transformé sa raison sociale en O._____ SA.

A teneur des différents certificats personnels de prévoyance professionnelle pour les années 2013 à 2015, la Fondation S._____ a pris en compte le montant de libre passage de 112'791 fr. 90 pour la calculation annuelle des avoirs de prévoyance constitués par l'assurée pendant la durée de son emploi auprès de I._____ SA, soit jusqu'au 31 mai 2015. La défenderesse a ainsi établi à l'attention de l'assurée des certificats personnels de prévoyance professionnelle attestant d'avoirs à hauteur de 112'791 fr. au 1^{er} janvier 2013 (selon le certificat personnel établi en faveur de l'assurée à la date du 4 février 2013 dans les suites du transfert), puis de 122'325 fr. 20 au 1^{er} janvier 2014, 132'092 fr. 30 au 1^{er} janvier 2015 et 136'089 fr. 80 au 1^{er} juin 2015 (selon le certificat personnel valable à partir du 1^{er} juin 2015).

Les certificats de salaire annuels pour les années 2013 et 2014 de l'assurée font état d'un salaire brut de 74'100 fr., dont des montants de 4'270 fr. et 4'566 fr. à titre de cotisations LPP. Quant au certificat pour l'année 2015, il indique un salaire brut de 43'675 fr., dont 2'718 fr. de cotisations LPP, réalisé entre le 1^{er} janvier et le 30 juin 2015.

L'assurée a poursuivi son activité en qualité d'indépendante dès le mois de juin 2015.

Entre le 1^{er} juin et le 30 juin 2015, l'assurée a été affiliée auprès de la T._____. Sa prestation de sortie au 30 juin 2015 s'élevait à 749 fr. 06.

Le 20 juin 2016, la Fondation S._____ a transféré la prestation de libre passage de l'assurée, d'un montant de 138'957 fr. 40, auprès de T._____.

Le 30 juin 2016, R._____ a requis de T._____ le versement en espèces de sa prestation de libre passage, au motif qu'elle entamait une activité d'indépendante à titre principal.

Le 20 juillet 2016, T._____ a versé 139'858 fr. 15 à l'assurée.

b) Le prononcé de la faillite de O._____ SA, en date du 9 mars 2017 par le Président du Tribunal d'arrondissement de [...], a entraîné la résolution du contrat conclu avec la Fondation S._____ et, partant, la liquidation du compte de fonds libres, lequel totalisait 12'604 fr. 75 à la date valeur du 31 mai 2015, montant qui a été réparti entre les anciens assurés, en tenant compte des réserves mathématiques ainsi que des années de service. A ce titre, R._____ a bénéficié d'un montant de 6'223 fr. 70, dont elle a requis le versement en mains propres, consécutivement à une communication de la Fondation S._____ du 6 novembre 2018. Le versement a été effectué le 20 décembre 2018.

c) Le 11 février 2020, dans les suites des informations requises en janvier 2020 par P._____ concernant ses avoirs de prévoyance professionnelle, la Fondation S._____ a requis de T._____ que le montant de 138'957 fr. 40 lui soit remboursé.

Par courrier du 25 mars 2020, la T._____ a informé la défenderesse du versement en espèces de ce montant à la demanderesse.

En date du 8 avril 2020, la Fondation S._____ a sollicité de l'assurée qu'elle lui rembourse le montant précité, pour ensuite introduire une poursuite contre l'intéressée, le 29 mai 2020, auprès de l'Office des

poursuites du district [...], pour le même montant, avec intérêts dès le 9 mai 2020 (poursuite no [...]). Le commandement de payer a été notifié le 3 juin 2020 et, en l'absence d'opposition, a été suivi d'une commination de faillite, notifiée le 7 juillet 2020.

B. a) Le 27 juillet 2020, R._____, par son conseil Me Gaëtan-Charles Barraud, a déposé une demande auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant principalement à l'inexistence de la créance, objet de la poursuite n° [...], et à l'annulation de celle-ci, ainsi que, subsidiairement, à l'inexigibilité de la restitution du montant de 138'957 fr. 40 et à la suspension de la poursuite n° [...]. Elle fait valoir la prescription du droit de demander la restitution, respectivement l'inexigibilité de la restitution compte tenu de sa bonne foi et de sa situation difficile. La demanderesse a, simultanément, requis la suspension de la poursuite n° [...] par voie de mesures superprovisionnelles et provisionnelles.

b) Par ordonnance du 29 juillet 2020, rendue sans frais, la requête de mesures superprovisionnelles a été rejetée.

c) Dans sa réponse du 10 août 2020, la Fondation S._____ a conclu au rejet de la demande pour le montant de 110'195 fr. 55, avec intérêts à 5 % dès le 9 mai 2020, précisant que devaient être déduits du montant poursuivi de 138'957 fr. 40, d'une part, l'avoir de vieillesse de 30'960 fr. 60, constitué par R._____ au 20 juin 2016, date du transfert à T._____, et, d'autre part, le montant de 4'024 fr. 95, auquel avait effectivement droit la demanderesse selon la clé de répartition du compte de fonds libres. La défenderesse a fait valoir que les délais de prescription d'une année, respectivement de cinq ans, n'étaient pas échus et que la demanderesse ne pouvait exciper de sa bonne foi.

d) Lors de l'audience d'instruction provisionnelle du 17 août 2020, la demanderesse a expliqué à la juge instructrice que son cahier des

charges auprès de I._____ SA, puis de K._____ SA, consistait en la tenue de la comptabilité des clients, en la gestion des paiements (cotisations d'assurances sociales comprises) et à l'établissement des formulaires de prévoyance professionnelle pour les entrées et sorties du personnel. L'administrateur traitait le courrier de l'institution de prévoyance avant remise à la demanderesse pour classement. Elle a déclaré que l'application électronique, mise à disposition par la Fondation S._____, était déficiente, de telle sorte que les versions papier étaient privilégiées. L'assurée ne se souvenait pas d'avoir reçu de certificat de prévoyance de N._____, ni, avant 2016, celui de la Fondation S._____.

Par convention ratifiée par la juge instructrice lors de l'audience du 17 août 2020 pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, la Fondation S._____ s'est engagée à ne pas requérir la faillite dans la poursuite n° [...] durant la présente procédure, à tout le moins jusqu'au 31 mars 2021, sous réserve de faits nouveaux justifiant une requête de faillite avant cette échéance.

e) Par ordonnances du 21 août 2020, il a été requis la production de diverses pièces et informations auprès des parties, de même qu'auprès de N._____, de la Centrale du deuxième pilier et de T._____, dont il a été fait mention ci-dessus dans la mesure utile.

f) Par réplique du 28 octobre 2020, la demanderesse s'est déterminée sur les pièces produites, a maintenu les conclusions de sa demande et requis l'audition de P._____ en qualité de témoin.

g) Dans sa duplique du 24 novembre 2020, la défenderesse a maintenu ses conclusions responsiveness.

h) Dans d'ultimes déterminations du 14 décembre 2020, la demanderesse a réitéré son offre de preuve et persisté dans ses conclusions.

E n d r o i t :

1. Aux termes de l'art. 73 LPP (loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ; RS 831.40), chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (al. 1). Les cantons doivent prévoir une procédure simple, rapide et, en principe, gratuite ; le juge constatera les faits d'office (al. 2). Le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (al. 3). Sous réserve de ces dispositions, la procédure est régie dans le canton de Vaud par les art. 106 ss LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36) relatifs à l'action de droit administratif. La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente conformément à l'art. 93 al. 1 let. c LPA-VD.

En l'occurrence, l'action de la demanderesse est recevable.

2. a) Le litige porte sur la restitution d'avoires de prévoyance professionnelle, constitués en faveur de R. _____ ensuite d'une erreur de comptabilisation de la Fondation S. _____, et versés en espèces à l'assurée, en application de l'art 5 al. 1 let. b LFLP (loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité ; RS 831.42). Les parties s'opposent sur les questions de l'acquisition de la prescription du droit de demander la restitution et des conditions de son exigibilité, en se référant à l'art. 35a LPP.

b) Selon cette disposition, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, les prestations touchées indûment doivent être restituées et la restitution peut ne pas être demandée lorsque le bénéficiaire était de bonne foi et serait mis dans une situation difficile

(al. 1). Le droit de demander la restitution se prescrit par une année à compter du moment où l'institution de prévoyance a eu connaissance du fait, mais au plus tard par cinq ans après le versement de la prestation. Si le droit de demander restitution naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant (al. 2).

c) Selon la jurisprudence, l'art. 35a al. 1 LPP s'applique par analogie lorsqu'une institution de prévoyance a crédité par erreur un montant sur le compte d'un assuré et l'a transféré à une nouvelle institution de prévoyance dans le cadre de la prestation de sortie, la première pouvant alors réclamer à la seconde le transfert effectué illégalement (ATF 142 V 358 consid. 6.3).

Or le présent litige concerne un versement en espèces en exécution de l'art. 5 al. 1 let. b LFLP, lequel, par conséquent, ne ressort plus de la prévoyance professionnelle. En effet, selon la doctrine, l'art. 35a LPP vise uniquement la restitution de prestations de prévoyance à proprement parler (prestations de vieillesse, de survivants ou d'invalidité) ; des versements en espèce selon l'art. 5 LFLP ne servent pas à des buts de prévoyance, et devraient être restitués, sous réserve de normes réglementaires ou statutaires, selon les règles sur l'enrichissement illégitime (Bettina Kahil-Wolff, in Schneider / Geiser / Gächter, LPP et LFLP, 2^e éd., Berne, 2020, no 5 ad art. 35a LPP). De même, l'art. 35a LP ne s'applique pas non plus en cas de répartition de fonds libres dans le cadre d'une liquidation totale ou partielle (Kahil-Wolff, *op. cit.*, no 4 ad art. 35a LPP).

En l'occurrence, aucune disposition statutaire ou réglementaire de la défenderesse ne règle les modalités de la restitution de prestations versées à tort. Ainsi, la restitution d'un avoir de libre passage versé en application de l'art. 5 al. 1 let. b LFLP ou de fonds libres répartis dans le cadre d'une liquidation devrait être régie par les art. 62ss

CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse [livre cinquième : Droit des obligations] ; RS 220).

3. **a)** Dès lors que l'on soumet l'obligation de restituer aux art. 62ss CO, il convient, en principe, d'appliquer ces dispositions avec leurs avantages et inconvénients respectifs pour l'enrichi et le lésé, sans en dénaturer le sens ou la portée, quand bien même elles s'incorporent dans un système régi en partie par le droit public (ATF 130 V 414 consid. 3.2).

b) Selon l'art. 62 CO, celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution (al. 1). La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister (al. 2). En l'occurrence, il n'est pas contesté que la demanderesse a bénéficié, sans cause valable, d'avoirs de prévoyance et de fonds libres.

c/aa) L'exception de prescription, soulevée par la demanderesse, doit être examinée sous l'angle de l'art. 67 al. 1 CO. Selon cette disposition, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit. Le délai d'un an a été porté à trois ans ensuite des modifications du droit de la prescription, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2020. Selon l'art. 49 al. 1 du Titre final du CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), lorsque le nouveau droit prévoit des délais de prescription plus longs que l'ancien droit, le nouveau droit s'applique dès lors que la prescription n'est pas échue en vertu de l'ancien droit.

bb) S'agissant du point de départ de la prescription, la jurisprudence considère que le lésé n'a connaissance de son droit que lorsqu'il a la possibilité d'intenter une action judiciaire et qu'il possède des éléments suffisants pour la justifier (ATF 127 III 421 consid. 4b).

cc) En l'espèce, la défenderesse a découvert l'erreur lorsque P._____ a requis des informations concernant ses avoirs de prévoyance professionnelle, soit courant janvier 2020. En l'absence de réaction des trois affiliés concernés par l'interversion d'avoirs (telle qu'elle ressortait du décompte des avoirs de libre passage du 4 février 2013 transmise par la Fondation S._____ à K._____ SA) intervenue lors du transfert des avoirs du 8 janvier 2013 entre N._____ et C._____, l'erreur de comptabilisation ne pouvait être découverte à cette époque par la défenderesse. Il en va de même s'agissant de la répétition de l'erreur dans la répartition des fonds libres en novembre 2018, d'autant que celle-ci intervenait sur la base des années de service, en l'occurrence exactes, et des réserves mathématiques dont aucun des affiliés n'a remis en question le calcul lors du transfert précité.

Ainsi, avant la demande de renseignements de P._____ en janvier 2020, aucune circonstance n'induisait la défenderesse à un réexamen particulier des prestations de la demanderesse. La poursuite à l'encontre de la demanderesse ayant été introduite le 29 mai 2020, la défenderesse a valablement interrompu la prescription, en l'occurrence de trois ans, le nouveau droit étant applicable. Par ailleurs, le délai absolu de dix ans n'est pas échu. Il court en effet depuis le 20 juin 2016, date du transfert de la prestation de libre passage à la T._____, respectivement depuis le 20 décembre 2018, date de versement des fonds libres à la demanderesse.

d) La demanderesse se prévaut également de sa bonne foi et objecte que la restitution des prestations d'assurance la placerait dans une situation difficile, compte tenu de sa précarité financière et de l'indisponibilité du versement en espèces, lequel a servi à son installation en qualité d'indépendante et à l'extinction de dettes.

aa) L'art. 64 CO dispose qu'il n'y a pas lieu à restitution, dans la mesure où celui qui a reçu indûment établit qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition ; à moins cependant qu'il ne se soit dessaisi de mauvaise foi de ce qu'il a reçu ou qu'il n'ait dû savoir, en se dessaisissant, qu'il pouvait être tenu à restituer.

bb) A priori, la demanderesse ne saurait opposer à la Fondation S._____ le dessaisissement des avoirs de prévoyance et fonds libres versés indûment. En effet, le dessaisissement devrait être nié et l'enrichissement illégitime considéré comme existant toujours dans la mesure où la demanderesse a affecté la somme perçue à tort à l'extinction de dettes (Benoît Chappuis, in Franz Werro / Luc Thévenoz, Commentaire romand Code des obligations I, 2^e éd., Bâle, 2012, nos 23 et 26 ad art. 64 CO) et à l'installation de son activité en qualité d'indépendante, qu'elle exerce encore, ce qui suppose un maintien de la substance économique créée grâce au versement indû.

cc) Même à considérer que l'enrichissement illégitime n'existerait plus, la demanderesse demeurerait tenue à restitution. En effet, l'art. 64 CO vise à protéger l'enrichi qui se dessaisit de bonne foi. Celle-ci tombe à compter du moment où l'enrichi devait compter avec une restitution, en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances (TF 4A_352/2019 du 31 juillet 2020 consid. 4.4 et les références citées). Selon la jurisprudence rendue en matière de prévoyance professionnelle avant l'entrée en vigueur de l'art. 35a LPP, la bonne foi doit être niée quand l'enrichi pouvait, au moment du transfert, s'attendre à son obligation de restituer, parce qu'il savait, ou devait savoir en faisant preuve de l'attention requise, que la prestation était indue (ATF 130 V 414 consid. 4.3 et les références citées).

En l'occurrence, il paraît difficilement concevable que la demanderesse n'ait pas reçu personnellement, d'une part, le décompte du 7 février 2012 - établi par W._____, lequel faisait état du versement

d'une prestation de libre passage de 2'749 fr. 90, plus intérêts par 5 fr. 35, à N. _____ -, et, d'autre part, les certificats de prévoyance des années 2013 à 2015, adressés en format papier au domicile de R. _____ par la Fondation S. _____ - la transition à la version électronique datant du 1^{er} janvier 2017 (cf. la communication de la défenderesse du 17 septembre 2020). Pour rappel, ces certificats de prévoyance attestaient d'avoirs à hauteur de 112'791 fr. au 1^{er} janvier 2013 (selon certificat établi à la date du 4 février 2013 dans les suites du transfert), puis de montant de 122'325 fr. 20 au 1^{er} janvier 2014, de 132'092 fr. 30 au 1^{er} janvier 2015 et de 136'089 fr. 80 à partir du 1^{er} juin 2015. Une telle hypothèse signifierait que pendant quatre années consécutives soit le système d'expédition de la Fondation S. _____, soit le service postal, aurait été défaillant, ce qui relève de l'invraisemblance.

Par ailleurs, le cahier des charges de la demanderesse auprès de son employeur lui conférait accès aux communications émanant de l'institution de prévoyance professionnelle, tout comme son statut de membre de la commission de gestion ou de Super User. L'accroissement subit de son avoir de vieillesse à la faveur du changement d'institution de prévoyance professionnelle ne pouvait lui échapper au vu de son importance, étant rappelé qu'il est passé de 10'397 fr. 70 au 31 décembre 2012 (tel que cela ressort, notamment, du décompte des avoirs de prévoyance professionnelle constitués par l'assurée établi par N. _____ et transmis à K. _____ SA ensuite de la résiliation du contrat de prévoyance) à 112'791 fr. 80 au 1^{er} janvier 2013. En présence d'une telle différence, l'existence d'une erreur était immédiatement perceptible, même pour un non-spécialiste, *a fortiori* pour la demanderesse compte tenu de sa formation professionnelle et de son cahier des charges auprès de son employeur.

L'erreur était tout aussi reconnaissable au stade du retrait des avoirs auprès de T. _____ : il ne pouvait, en effet, échapper à la demanderesse qu'il lui était impossible d'avoir constitué des avoirs de

prévoyance à hauteur de 138'957 fr. 40 pendant sa période d'emploi auprès de I. _____ SA, puis de K. _____ SA, alors que les salaires annuels bruts réalisés auprès de ces employeurs, entre le mois de juin 2011 et le mois de mai 2015, totalisaient 293'485 francs (cf. les certificats de salaire annuels pour les années 2011 [dont il ressort un salaire brut de 43'710 fr. entre le 1^{er} juin et le 31 décembre 2011], 2012 [un revenu annuel brut de 57'900 fr. y étant mentionné], 2013 et 2014 [lesquels font état d'un salaire brut de 74'100 fr.] et pour l'année 2015 [lequel mentionne un salaire brut de 43'675 fr.]).

e) La demanderesse est, en conséquence, tenue à restitution en application des dispositions sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO).

4. Par surabondance de droit, il sera observé que même à considérer que la restitution du versement indû devrait être soumise à l'art. 35a al. 1 LPP, en particulier parce qu'il correspondrait aux avoirs de vieillesse d'un autre affilié, la solution du litige serait similaire. Le droit de demander la restitution dans les délais relatif d'une année et absolu de cinq ans, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, ne seraient pas prescrits (cf. consid. 3c/bb et 3d/aa *supra* pour les points de départ et l'interruption de la prescription). La bonne foi, qui s'examine dans ce cas de figure dans la phase de la remise de l'obligation de restituer, devrait, en effet, être également niée, pour les mêmes motifs qu'exposés en relation avec l'art. 64 CO. Le critère de la bonne foi n'étant pas réalisé et les conditions de remise de l'art. 35a al. 1 LPP étant cumulatives, il n'y aurait pas lieu d'examiner si la restitution des prestations indûment perçues était susceptible de placer la demanderesse dans une situation difficile.

Enfin, il sera rappelé que la remise de la restitution, en application de l'art. 35a al. 1 LPP, est, quoi qu'il en soit, potestative, et non impérative. En la matière, il incombe à l'institution de prévoyance d'observer les principes généraux du droit, soit l'égalité de traitement, la

proportionnalité et l'interdiction de l'arbitraire (Kahil-Wolff, *op. cit.*, no 8 ad art. 35a LPP). En l'espèce, la renonciation à la restitution porterait atteinte à ces principes dans la mesure où le montant soumis à restitution correspond aux avoirs de prévoyance professionnelle valablement constitués par un autre assuré.

5. Les pièces au dossier permettant de statuer en pleine connaissance de cause, l'audition de P._____ est superflue et ne serait pas de nature à modifier les considérations qui précèdent. Il y a donc lieu d'y renoncer, par appréciation anticipée des preuves (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et 134 I 140 consid. 5.2 avec les références citées).

6. a) Au vu de ce qui précède, les conclusions de la demanderesse seront rejetées et les conclusions de la défenderesse admises, en ce sens que R._____ est condamnée à restituer le montant de 110'195 fr. 55 à la Fondation S._____, montant arrêté après déduction des avoirs de prévoyance et de fonds libres légalement et réglementairement dus à la demanderesse et non contesté par celle-ci.

b) En matière de prévoyance professionnelle, il est admis que des intérêts moratoires sont dus par le débiteur en demeure. La demeure survient par l'interpellation (art. 102 al. 1 CO), soit, dans le cadre des art. 62ss CO par la déclaration du créancier manifestant clairement sa volonté de se voir restituer l'indu. La date de réception de cette déclaration de volonté est déterminante. Par ailleurs, à défaut de dispositions réglementaires topiques, le taux d'intérêt moratoire est de 5 %, conformément à l'art. 104 al. 1 CO (ATF 130 V 414 consid. 5.1).

En l'espèce, des intérêts moratoires de 5 % sont réclamés à partir du 9 mai 2020, soit trente jours après le courrier du 8 avril 2020 de la Fondation S._____ réclamant la restitution de l'indû à la demanderesse. Ils sont effectivement dus dès la date précitée.

c) La procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP). En sa qualité d'institution chargée de tâches de droit public, la défenderesse ne peut pas prétendre de dépens.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I. Les conclusions prises par R._____ à l'encontre de la Fondation S._____, selon demande du 27 juillet 2020, sont rejetées.

- II. R._____ est condamnée à payer à la Fondation S._____ un montant de 110'195 fr. 55 (cent dix mille cent nonante-cinq francs et cinquante-cinq centimes), avec intérêts à 5 % l'an dès le 9 mai 2020.

- III. Il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Gaëtan-Charles Barraud (pour R._____),
- la Fondation S._____,

- Office Fédéral des Assurances Sociales (OFAS),

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :