

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3058/2016

ATAS/41/2017

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 24 janvier 2017

1^{ère} Chambre

En la cause

FONDATION POUR LA RETRAITE ANTICIPEE DANS LE
SECTEUR PRINCIPAL DE LA CONSTRUCTION (FAR), sise
Obstgartenstrasse 19, ZÜRICH

demanderesse

contre

A_____ SA, sise à GENÈVE

défenderesse

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. La société A_____ SA (ci-après la société), ayant pour buts l'exploitation d'une entreprise générale de construction, tous travaux publics et de génie civil, la promotion immobilière, à l'exclusion de toutes opérations immobilières en Suisse, l'aménagement de parcs, jardins et propriétés, le commerce et la culture de plantes d'agrément ou d'ornement et travaux s'y rapportant, a été inscrite au Registre du commerce de Genève le 13 mars 2003.
2. Le 12 novembre 2002, la société suisse des entrepreneurs SSE, d'une part, et les syndicats SIB (UNIA depuis le 1^{er} janvier 2005) et SYNA, d'autre part, ont conclu une convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (CCT RA). Cette convention a pour but de permettre aux travailleurs du secteur principal de la construction de prendre une retraite anticipée dès l'âge de 60 ans révolus. L'entrée en vigueur de la CCT RA a été fixée au 1^{er} juillet 2003. Les parties à cette convention ont créé le 19 mars 2003 la FONDATION POUR LA RETRAITE ANTICIPEE DANS LE SECTEUR PRINCIPAL DE LA CONSTRUCTION (ci-après la Fondation FAR), institution de prévoyance non enregistrée, dont le siège est à Zurich. Le Conseil fédéral a, par arrêté du 5 juin 2003, prévu l'extension de la CCT RA à l'ensemble du territoire suisse, à l'exception du canton du Valais. Il a prolongé l'extension jusqu'au 31 décembre 2021. Le conseil de fondation a édicté le 4 juillet 2003, sur la base de la CCT RA, un règlement relatif aux prestations et aux cotisations de la FONDATION (règlement RA).

L'Association Cadres de la construction suisse a adhéré à la CCT RA à partir du 30 septembre 2003.

3. Des factures ont été établies par la Fondation FAR sur la base des masses salariales de la société dès l'année 2003. Celle-ci s'en est acquittée, même si dans certains cas après seulement qu'une procédure de poursuite ait été introduite.
4. Par décision du 2 juillet 2015, la Fondation FAR a formellement informé la société qu'elle était assujettie à la CCT RA.
5. Lors d'un contrôle effectué par la RSA (Revisionstelle der Ausgleichskassen) le 23 mars 2016 portant sur les années 2010 à 2013, le montant des masses salariales et, partant, celui des cotisations, ont été modifiés.
6. Le 14 septembre 2016, la Fondation FAR a déposé une demande auprès de la chambre de céans visant à obtenir le paiement par la société de la somme de CHF 17'735.45, représentant les cotisations définitives des années 2008 à 2014, et un intérêt moratoire de 5% dès le 1^{er} janvier de l'année suivante, ainsi que d'une somme encore à fixer pour les cotisations des années 2015 et 2016, et un intérêt moratoire de 5% dès le 1^{er} janvier de l'année suivante.

7. Invitée à se déterminer, la société a répondu le 10 novembre 2016 qu'elle contestait le décompte de la Fondation FAR, ainsi que le montant global, ajoutant que « les cotisations sont calculées sur la base de la masse salariale non productive ».
8. Ce courrier a été transmis à la Fondation FAR et un délai lui a été imparti pour d'éventuelles observations. Celle-ci ne s'est pas manifestée.
9. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 73 al. 1 LPP, chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. Les décisions des tribunaux cantonaux peuvent être déférées au Tribunal fédéral des assurances par la voie du recours de droit administratif (art. 73 al. 4 LPP).

La Fondation FAR a été créée le 19 mars 2003 en vue de l'application commune de la CCT RA conformément à l'art. 357b CO. Il s'agit d'une institution de prévoyance non enregistrée (ch. 1.1 Acte de fondation). Elle ne participe en effet pas à l'application du régime de l'assurance obligatoire au sens de la LPP.

Selon l'art. 89 bis al. 6 CC, les art. 73 et 74 LPP sont applicables en matière de contentieux pour les institutions de prévoyance non enregistrées dont l'activité s'étend à la prévoyance professionnelle.

L'art. 73 LPP s'applique, d'une part, aux institutions de prévoyance enregistrées de droit privé ou de droit public – aussi bien en ce qui concerne les prestations minimales obligatoires qu'en ce qui concerne les prestations s'étendant au-delà (art. 49 al. 2 LPP) – et, d'autre part, aux fondations de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées, dans le domaine des prestations qui dépassent le minimum obligatoire (art. 89 bis al. 6 CC ; ATF 122 V 323 consid. 2a).

L'art. 73 LPP constitue une réglementation spéciale, dérogeant à l'OJ, dans la mesure où il supprime implicitement une des conditions ordinaires de recevabilité du recours de droit administratif, à savoir l'existence d'une décision fondée sur le droit public fédéral (arrêt non publié du 25 janvier 2000, B 37/99 Kt ; ATF 114 V 105 consid. 1b).

Les institutions de prévoyance de droit privé ou de droit public ne sont en effet pas habilitées à rendre des décisions proprement dites. Leurs déclarations ne constituent pas une décision au sens juridique du terme, mais de simples prises de position qui ne peuvent s'imposer qu'en vertu de la décision d'un tribunal saisi par la voie de l'action (ATF 129 V 29 consid. 2.1.1, 115 V 228 consid. 2 et les arrêts cités). En matière de prévoyance professionnelle, le juge saisi d'une action n'a pas à se prononcer sur la validité d'une décision rendue par l'administration pour régler un rapport de droit avec un administré, mais sur l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation dont l'une des parties prétend être titulaire contre le ou les autres.

L'objet du litige est donc déterminé par l'action introduite par une partie (maxime de disposition) et cas échéant par l'action reconventionnelle de la ou des parties défenderesses (ATF 129 V 452 consid. 3.2; Meyer-Blaser, Streitgegenstand im Streit - Erläuterungen zu BGE 125 V 413, in : Schaffhauser/Schlauri [édit.], Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St-Gall 2001, p. 9 ss, p. 38).

En l'espèce, la procédure a été ouverte par la demande déposée par la Fondation FAR le 14 septembre 2016 et vise principalement à ce que la société soit condamnée à lui verser les cotisations LPP dues, parts salariale et employeur, pour les années 2008 à 2016.

La chambre de céans est dès lors compétente.

2. L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise comme telle à l'observation d'aucun délai (SPIRA, Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale, recueil de jurisprudence neuchâteloise 1984, p 19).

L'action déposée par la Fondation FAR est recevable.

3. a) Afin de déterminer si la société peut être condamnée à verser à la Fondation FAR des cotisations LPP, il y a préalablement lieu d'examiner si elle est ou non assujettie à la CCT RA.

La Fondation FAR, chargée de faire appliquer la CCT RA dans son intégralité, est compétente pour décider de l'assujettissement des entreprises à la CCT RA (art. 23 CCT RA).

En l'occurrence, elle a conclu à l'assujettissement de la société à la CCT RA.

b) La société a pour buts, selon le Registre du commerce, l'exploitation d'une entreprise générale de construction, tous travaux publics et de génie civil, la promotion immobilière, à l'exclusion de toutes opérations immobilières en Suisse, l'aménagement de parcs, jardins et propriétés, le commerce et la culture de plantes d'agrément ou d'ornement et travaux s'y rapportant.

L'activité de la société s'exerce ainsi dans le domaine de la construction, ce qui permet de conclure à l'assujettissement à la CCT RA pour cette partie-ci, mais aussi dans le commerce et la culture de plantes d'agrément, par exemple, ce qui l'en exclut pour cette partie-là.

Aussi doit-elle être qualifiée d'entreprise mixte.

c) Il s'agit à ce stade, pour juger de l'assujettissement de la société à la CCT RA, de déterminer laquelle de ces activités est prépondérante, étant rappelé que, selon la jurisprudence, seule est déterminante l'activité réalisée concrètement par l'entreprise. Peu important en conséquence les indications inscrites au Registre du commerce.

La CCT RA est une convention de branches, applicable en principe à l'ensemble de l'entreprise, d'après le principe de l'unité tarifaire. Tel est le cas lorsque les secteurs

d'activités se recoupent. Il faut alors appliquer à tout le personnel la convention collective de la branche dans laquelle l'entreprise est principalement active (ATAS/123/2006). Lorsqu'il y a conflit entre deux conventions collectives de travail, une convention propre peut s'appliquer à une subdivision d'une même entreprise pour autant que cette subdivision soit autonome sur le plan organisationnel (ATF 4C.350/2000). Ainsi, deux ou plusieurs conventions collectives peuvent être applicables dans une même entreprise si celle-ci a des secteurs d'activités différents, clairement distincts à l'interne et à l'externe.

En l'occurrence, il ressort de l'examen auquel a procédé la Fondation FAR que

« l'entreprise ne distingue pas de secteurs. Ainsi les collaborateurs ne peuvent pas être clairement attribués à chaque secteur.

Les secteurs fournissent normalement leurs prestations directement pour des tiers et pas à titre auxiliaire dans le cadre des autres activités de l'entreprise.

À l'extérieur, on ne distingue pas de secteurs autonomes ».

Rien au dossier ne permet de s'écarter de ces constatations.

Dès lors, si l'assujettissement de la société à la CCT RA devait être confirmé, celui-ci porterait sur l'intégralité de l'entreprise.

d) La chambre de céans constate qu'en principe la société ne saurait être soumise à la CCT RA, puisqu'elle n'est membre d'aucune des parties contractantes à la convention. Elle peut en revanche l'être en application de l'art. 2 al. 1 de l'arrêté du Conseil fédéral du 5 juin 2003, lequel a étendu les effets de cette convention à tout le territoire suisse, à l'exception du canton du Valais.

L'extension est une décision par laquelle une convention collective, ou certaines de ses décisions seulement, est aussi rendue impérativement applicable à tous les employeurs et travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée, mais qui ne sont pas liés par cette convention. La décision d'extension ne peut avoir pour effet d'étendre le champ d'application matériel personnel et géographique d'une convention collective ni de prolonger sa durée; elle peut en revanche être limitée à une partie seulement de son champ d'application matériel ou géographique ou être limitée dans le temps (art. 12 al. 2 de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail - LECCT). Une fois étendues, les clauses normatives d'une convention collective s'appliquent directement et impérativement à tous les travailleurs et à tous les employeurs entrant dans le champ d'application de l'arrêté d'extension (art. 4 al. 1 LECCT; cf. BRUNNER, BUHLER, WEBER, BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., Lausanne, 2004; ATF 2A. 452/2000).

La décision d'extension permet l'application d'une CCT aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette convention (cf. art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail; RS 221.215.311). Pour savoir si une entreprise appartient à la

branche économique ou à la profession visée et entre, de ce fait, dans le champ d'application de la CCT étendue, il faut examiner de manière concrète l'activité généralement déployée par l'entreprise en cause (arrêt 4P.49/2006 du 24 avril 2006, consid. 3.3 ; 4C.191/2006 du 17 août 2006, consid. 2.2). Il va sans dire que seule doit être prise en considération, dans le cadre de cet examen, l'activité généralement exercée par l'employeur en question, c'est-à-dire celle qui caractérise son entreprise, et non pas une prestation de service exorbitante de sa sphère d'activité naturelle, qu'il pourra être amené à fournir à titre exceptionnel (arrêt 4C.409/1995 du 15 mai 1996, consid. 2b). Lorsqu'une entreprise exerce différents types d'activités, celle qui la caractérise est décisive pour décider de sa soumission à telle ou telle convention collective de travail (cf. arrêt 4C.409/1995 du 15 mai 1996, consid. 2b; 4C.311/1995 du 27 février 1996, consid. 2b/aa). Le but social inscrit au registre du commerce n'est pas déterminant pour trancher la question de l'applicabilité d'une CCT étendue à un employeur qui n'est pas lié par cette convention (arrêt 4P.49/2006 du 24 avril 2006, consid. 3.3; 4C.409/1995 du 15 mai 1996, consid. 2b).

La jurisprudence a encore précisé que les entreprises visées par la déclaration d'extension doivent offrir des biens ou des services de même nature que les entreprises qui sont soumises contractuellement à la CCT; il doit exister un rapport de concurrence directe entre ces entreprises (arrêt 4P.49/2006 du 24 avril 2006, consid. 3.3; 4C.45/2002 du 11 juillet 2002, consid. 2.1.2; 4C.46/1995 du 11 octobre 1995, consid. 3a).

En l'espèce, la Fondation FAR a, à juste titre, qualifié la société d'entreprise mixte non authentique.

e) Il y a lieu de conclure, au vu de ce qui précède, à l'assujettissement de la société, dans son intégralité, à la CCT RA. La société ne le conteste du reste pas. Elle n'a pas recouru contre la décision à elle notifiée par la Fondation FAR le 2 juillet 2015 et a du reste payé les factures de cotisations depuis 2003, même si elle accusait parfois quelque retard pour ce faire.

4. Aux termes de l'art. 7 LPP :

¹ Les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à 18'990 francs sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans et, pour la vieillesse, dès le 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 24 ans.

² Est pris en considération le salaire déterminant au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Le Conseil fédéral peut admettre des dérogations.

Selon l'art. 6 al. 1 du règlement RA :

"les cotisations sont basées sur le salaire déterminant. Est considéré comme salaire déterminant le salaire soumis à l'AVS des travailleurs assujettis jusqu'au maximum LAA".

La cotisation du travailleur correspond à 1% du salaire déterminant ; celle de l'employeur à 4% (art. 7 al. 1 et 8 du règlement RA).

L'art. 9 du règlement RA précise les modalités de perception comme suit :

L'employeur est redevable envers la Fondation FAR de la totalité des cotisations de l'employeur et des travailleurs.

La masse salariale annuelle à la base du calcul des cotisations est déterminée par la déclaration de l'entreprise selon l'art. 6 al. 2. L'employeur est tenu d'annoncer immédiatement à la fondation des différences en cours d'année de plus de 10% de la masse salariale déclarée. Si l'entreprise ne déclare pas quelle est sa masse salariale, le secrétariat de la Fondation FAR est en droit de déterminer les cotisations exigibles et pas encore prescrites sur la base d'une estimation.

L'employeur doit effectuer un versement par acomptes chaque trimestre, payable 30 jours après facturation, mais au plus tard à la fin de chaque trimestre. Est déterminante pour les paiements par acomptes la masse salariale servant de base à la facture définitive, respectivement la dernière déclaration de masse salariale selon l'al. 2.

La fondation facture par sommation un montant de CHF 50.- ainsi qu'un intérêt moratoire de 5% dès l'exigibilité.

Le conseil de fondation est habilité à convenir ou prévoir d'autres modalités de perception pour autant que celles-ci soient équivalentes.

Conformément à l'art. 66 al. 2 LPP, l'employeur est le débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement. Le taux d'intérêt se détermine en premier lieu selon la convention conclue par les parties dans le contrat de prévoyance et, à défaut, selon les dispositions légales sur les intérêts moratoires des art. 102 ss. CO (SVR 1994 BVG n° 2 p. 5 consid. 3b/aa; RSAS 1990 p. 161 consid. 4b). Aux termes de l'art. 102 al. 1 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier. Lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (art. 102 al. 2 CO). Le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit un intérêt moratoire à 5 % (ATF 127 V 390 consid. 5e/bb et les références), dans la mesure où un taux d'intérêt plus élevé n'a pas été convenu par contrat (art. 104 al. 1 et 2 CO). Selon l'art. 105 al. 3 CO, des intérêts ne peuvent être portés en compte pour cause de retard dans les intérêts moratoires (RSAS 2003 p. 500 consid. 6.1 ; ATFA du 26 août 2004 en la cause B 106/03).

L'art. 9 al. 4 du règlement RA prévoit un intérêt moratoire de 5% dès l'exigibilité. En conséquence, il convient de faire application de ce taux dès la mise en demeure de l'employeur et l'exigibilité de l'obligation.

5. Du fait de son assujettissement à la CCT RA, la société est tenue de s'acquitter des cotisations, parts salariale et employeur, encore dues pour les années 2008 à 2014, conformément aux dispositions du règlement RA, ainsi que des intérêts moratoires (art. 9 al. 4 du règlement RA).
6. En l'espèce, la Fondation FAR a réclamé à la société le paiement de la somme de CHF 17'735.45, représentant les cotisations définitives dues pour les années 2008 à 2014 et les frais selon un tableau figurant dans sa demande au ch. 26. La société a déclaré qu'elle contestait le décompte établi par la Fondation FAR, sans toutefois expliquer pourquoi. On ne comprend en particulier pas quels sont les montants contestés. Bien qu'elle ait été invitée à se déterminer, elle ne s'est pas manifestée.

Or, selon l'art. 22 LPA, applicable en l'espèce (art. 1^{er} *cum* 6 al. 1^{er} let. b LPA), les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits dans les procédures qu'elles introduisent elles-mêmes, dans celles où elles y prennent des conclusions indépendantes, ainsi que dans les autres cas prévus par la loi.

Force dès lors est de confirmer le montant de CHF 17'735.45, - au demeurant fixé par la Fondation FAR conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables -, s'agissant des cotisations 2008 à 2014 dues par la société, étant précisé qu'il appartiendra à la Fondation FAR d'établir le montant des cotisations 2015 et 2016 et de les communiquer à la société. Il y a également lieu de confirmer le droit pour la Fondation FAR d'obtenir le remboursement des frais de sommation, à hauteur de CHF 879.90.

7. Au vu de ce qui précède, la demande en paiement est admise.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare la demande en paiement recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Condamne A_____ SA à payer à la Fondation FAR la somme de CHF 17'735.45, représentant les cotisations définitives des années 2008 à 2014, et, pour chacune de ces années, un intérêt moratoire de 5% dès le 1^{er} janvier de l'année suivante.
4. Invite la Fondation FAR à établir le montant des cotisations 2015 et 2016 dues par la société.
5. Condamne la société à payer à la Fondation FAR la somme de CHF 879.90, correspondant à ses frais supplémentaires.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le