REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3267/2005 **ATAS/123/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 24 janvier 2006

En la cause

X_____ SA, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Antonina DEMURTAS	demanderesse principale défenderesse reconventionnelle

contre

STIFTUNG FAR, sise Weinbergstrasse 49, 8035 ZURICH, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Christian BRUCHEZ	défenderesse principale demanderesse reconventionnelle

---

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Isabelle DUBOIS et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. X_____ SA (ci-après la demanderesse), entreprise générale de revêtements de sols, chapes, parquets, plastiques et moquettes, est inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 5 octobre 1978. Elle est membre de l'Association genevoise des entreprises de revêtements d'intérieurs (AGERI) et signataire de la convention collective genevoise du second œuvre.

2. Le 12 novembre 2002, la société suisse des entrepreneurs SSE, d'une part, et les syndicats SIB (UNIA depuis le 1er 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 1er juillet 2003. Les parties à cette convention ont créé le 19 mars 2003 la fondation pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction, la STIFTUNG 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. Le conseil de fondation de la STIFTUNG FAR a édicté le 4 juillet 2003, sur la base de la CCT RA, un règlement relatif aux prestations et aux cotisations de la fondation pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (règlement RA).

3. Un contrôle d'assujettissement de la demanderesse à la convention nationale du secteur principal de la construction (CN) a été effectué le 16 septembre 2004 à la demande de la commission professionnelle paritaire du canton de Genève (CPGO). Aux termes du rapport y relatif établi le 15 octobre 2004, la demanderesse a été qualifiée d'entreprise mixte authentique, les secteurs d'activités définis étant séparés avec une grande précision, les salaires et les frais étant affectés à chaque centre de charge, et le matériel et les véhicules étant également attribués en propre à chacune des activités.

4. Par décision du 5 novembre 2004, la CPGO, se fondant sur les conclusions du rapport de contrôle, a constaté que la demanderesse était partiellement assujettie à la CN. Elle a ainsi exigé de la demanderesse qu'elle garantisse à tous les travailleurs soumis au champ d'application de la CN 2005 du point de vue du personnel les conditions de travail conventionnelles et qu'elle informe tous ses travailleurs de cette décision. Elle a par ailleurs précisé qu'elle communiquait à la STIFTUNG FAR copie de sa décision, celle-ci devant décider de l'affiliation de la demanderesse à son institution.

5. La STIFTUNG FAR a, par décision du 10 décembre 2004, confirmé que la demanderesse était partiellement assujettie, pour son secteur chapes, à la CCT RA depuis le 1er juillet 2003, date de son entrée en vigueur.

6. Le 3 juin 2005, la demanderesse a contesté ladite décision, rappelant qu'étant affiliée à la convention collective du second œuvre depuis 1978, elle s'acquittait de cotisations concernant la retraite anticipée dans le second œuvre depuis le 1er juillet 2004 auprès de la fondation RESOR.

7. La STIFTUNG FAR a réexaminé le dossier et a finalement confirmé le 17 août 2005 sa décision du 10 décembre 2004.

8. La demanderesse a interjeté recours le 20 septembre 2005 contre la décision sur réexamen de la STIFTUNG FAR auprès du Tribunal de céans. Elle considère que ce tribunal est compétent, en vertu des dispositions de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) et de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA). Elle relève à cet égard que dans sa décision du 17 août 2005, la STIFTUNG FAR n'indique, à tort, aucune voie de recours. Au fond, elle conteste être assujettie à la CCT RA et considère qu'elle ne devrait en tout cas pas l'être rétroactivement au 1er juillet 2003 mais seulement au 10 décembre 2004, date de la décision litigieuse. Elle se réfère expressément à un arrêt rendu par le Tribunal fédéral (TF) le 12 mars 2001 dans la cause 4C.350/2000. Le TF y a confirmé que le principe de l'unité du contrat de travail selon lequel un travailleur ne peut être soumis qu'à une seule convention collective de travail, même lorsqu'il déploie plusieurs activités professionnelles pour le compte du même employeur, doit être appliqué.

9. Invitée à se déterminer, la STIFTUNG FAR a adressé au Tribunal de céans un mémoire de réponse ainsi qu'une demande reconventionnelle, le 27 octobre 2005. Elle relève que le recours déposé par la demanderesse est irrecevable, sa "décision" du 17 août 2005 n'étant pas une décision au sens formel du terme, mais une prise de position. Elle admet toutefois, que compte tenu de l'intérêt juridique manifeste existant, ce recours pourrait être considéré comme valant action en constatation de droit. Principalement, elle conclut à ce que la demanderesse soit déboutée de toutes ses conclusions, rappelant d'une part que selon le rapport de contrôle, la demanderesse dispose d'un secteur chargé de la construction des chapes bien déterminé et d'autre part, que la CCT RA s'applique à toutes les entreprises qui emploient des travailleurs ayant une activité dans la construction de chapes. Sur demande reconventionnelle, elle requiert que la demanderesse soit condamnée à lui verser les montants suivants, représentant les cotisations échues au jour du dépôt de la demande:

   - Fr. 16'250.00 avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mars 2005;
   - Fr. 125'437.70 avec intérêts à 5% l'an dès le 22 avril 2005;

- Fr. 16'250.00 avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2005;
- Fr. 16'250.00 avec intérêts à 5% l'an dès le 30 septembre 2005.

9. Le 24 novembre 2005, la demanderesse a fait savoir qu'elle persistait dans l'intégralité de ses conclusions et concluait au déboutement de la STIFTUNG FAR s'agissant de sa demande reconventionnelle.

10. Ce courrier a été transmis à la STIFTUNG FAR et la cause gardée à juger le 1er décembre 2005. Les alléguées des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit qui suit.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. b LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du code des obligations ; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 LPP ; art. 142 code civil).

   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 STIFTUNG 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).

La compétence du Tribunal de céans pour juger du cas d'espèce est dès lors établie.

3. 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).

   La STIFTUNG FAR n'avait en conséquence pas, contrairement à ce que soutient la demanderesse, à indiquer les moyens de droit dans sa prise de position du 19 août 2005. Elle n'avait pas à rendre de décision sur opposition. Aussi le "recours" interjeté par la demanderesse vaut-il action en constatation de droit.

4. 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 en constatation de droit déposée par la demanderesse est dès lors recevable.

5. Le Tribunal de céans est également compétent s'agissant de la demande reconventionnelle déposée par la défenderesse, puisqu'elle porte sur le paiement de cotisations de prévoyance réclamé à un employeur.

6. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) entrée en vigueur le 1er janvier 2003 n'est pas applicable aux litiges en matière de prévoyance professionnelle.

7. L'objet du litige porte sur la question de l'assujettissement de la demanderesse à la CCT RA.

8. Il y a lieu de constater que la demanderesse ne saurait être directement 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 à tout le territoire suisse, à l'exception du canton du Valais, les effets de cette convention.

9. 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 collectives 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).

10. Il convient dès lors d'examiner le champ d'application de la CCT RA.

Selon l'art. 2 al. 1 CCT RA, la convention s'applique à "toutes les entreprises suisses et étrangères opérant sur territoire suisse, respectivement leurs parties d'entreprises, ainsi qu'aux sous-traitants et aux tâcherons indépendants qui emploient des travailleurs qui ont une activité en particulier dans les secteurs suivants:

- (….)
h des entreprises effectuant des travaux d'asphaltage et construisant des chapes".

12. Il résulte du rapport de contrôle que la demanderesse dispose d'un secteur chargé de la construction des chapes, clairement distinct des autres secteurs. Les secteurs d'activités sont définis et séparés avec précision. Ils portent chacun une lettre de A à E, celui des chapes étant le secteurs A.

Les salaires et les frais sont affectés à chaque centre de charge. La comptabilité est présentée globalement pour l'ensemble de la société dans les comptes annuels. Cependant à l'interne, une comptabilité analytique permet de mettre en évidence les coûts et les produits des différents secteurs. La constitution d'une entité séparée pour le domaine des chapes est ainsi possible. 23 travailleurs sont occupés dans le secteur des chapes sur un total de 69. Un matériel et des véhicules sont attribués en propre à chacune des activités.

Le contrôleur a ainsi considéré que la demanderesse pouvait être reconnue comme entreprise mixte authentique.

La STIFTUNG FAR est chargée de faire appliquer la CCT RA dans son intégralité. Elle est en particulier autorisée à effectuer auprès des parties soumises à la convention les contrôles requis. Elle peut céder les activités de contrôle à des tiers, notamment aux commissions professionnelles paritaires formées pour le contrôle de la CN, soit en l'espèce la CPGO (art. 23 CCT RA).

L'art. 34 du règlement RA précise que le conseil de fondation de la STIFTUNG FAR est responsable des contrôles. Il est autorisé à procéder auprès des employeurs assujettis, de leurs institutions de prévoyance et des destinataires de prestations, à tous les contrôles nécessaires en ce qui concerne le respect des dispositions relatives à l'obligation de cotiser et le droit aux prestations. Le conseil de fondation peut mandater des tiers, à savoir les commissions professionnelles paritaires chargées de l'application de la CN, de procéder à de tels contrôles. L'activité de contrôle est indemnisée par la STIFTUNG FAR.

Il résulte de ce qui précède, que la STIFTUNG FAR est compétente pour décider de l'assujettissement des entreprises à la CCT RA. Elle s'est fondée pour ce faire sur le rapport de contrôle établi à la demande de la CPGO, étant précisé que l'assujettissement de l'entreprise à la CN constitue un indice permettant de conclure à l'assujettissement à la CCT RA. L'art. 3 CCT RA prévoit en effet que celle-ci s'applique aux travailleurs occupés sur des chantiers et dans des ateliers d'entreprises de construction opérant sur territoire suisse (art. 2 CCT RA).

C'est, au vu de ce qui précède, à juste titre que la STIFTUNG FAR a conclu a l'assujettissement de la demanderesse à la CCT RA, conformément aux art. 2 al. 1 CCT RA et 4 LECCT.

13. La demanderesse allègue cependant être membre de l'AGERI, association signataire de la convention collective de la retraite anticipée du second œuvre (CC RA). Elle verse depuis le 1er juillet 2004 des cotisations de retraite anticipée pour l'ensemble de ses employés à la fondation RESOR (art. 22 CCRA). Elle souligne ainsi qu'elle ne peut être soumise à deux conventions collectives de travail. Elle fait à cet égard valoir que le Tribunal fédéral (TF) a clairement posé le principe de l'unité du contrat de travail.

Dans l'arrêt auquel elle se réfère, force est cependant de constater que le TF a eu à traiter le cas d'une entreprise mixte au sein de laquelle plusieurs secteurs d'activité étaient distingués, dont celui de la gypserie. Le TF a jugé que cette entreprise, bien que soumise à la CCT pour le secteur principal de la construction, devait également l'être à la CCT de la gypserie pour le secteur gypserie.

En effet, deux ou plusieurs conventions collectives de travail peuvent être applicables dans une même entreprise, si celle-ci est active dans des secteurs d'activité différents et que ses secteurs sont clairement distincts non seulement à l'interne, mais également vis-à-vis de l'extérieur. Si en revanche des secteurs

d'activité se recoupent, il faut en vertu du principe de l'unité de tarif appliquer à tout le personnel la convention collective de branche dans laquelle l'entreprise est principalement active.

En vertu du principe de l'unité du contrat de travail, une relation de travail ne peut être soumise qu'à une seule convention collective. Si une relation de travail entre simultanément en champ d'application de deux conventions collectives non-étendues, ce n'est pas le principe de la clause la plus favorable qui trouve application, mais les principes suivants:

- en cas de conflit entre une convention de branche et une convention de métier la première est applicable (principe de l'unité de tarif),

- en cas de conflit entre conventions de branches ou entre conventions de métiers, la convention la plus spécifique s'applique (principe de la spécialité).

En vertu de ce même principe, une convention spécifique à une entreprise a la priorité sur une convention collective de branche ou de métier (op cit. ad. art. 356a-358, N 5 et ss).

En l'espèce, rien ne s'oppose dès lors à ce que la CCT RA soit applicable à la demanderesse pour le secteur chapes en vertu du principe de la spécialité. Au surplus, dans l'arrêt rendu en la cause 2A. 452/00, le TF a rappelé qu'en réalité dans un tel cas, l'entreprise n'est pas soumise simultanément à deux conventions collectives, précisant

"la recourante n'est pas soumise simultanément à deux conventions collectives. Pour les travaux qu'elle exécute dans le canton de Vaud, elle n'est soumise, comme toutes les entreprises vaudoises, qu'à la convention vaudoise. Pour les travaux qu'elle exécute dans d'autres cantons - hormis les cantons de Genève et Valais -, elle est soumise, comme toutes les autres entreprises étrangères, vaudoises, genevoises ou valaisannes exerçant une activité dans ces cantons, à certaines dispositions de la convention nationale garantissant une protection minimale. Il n'y a donc, pour les mêmes travaux, qu'une seule convention collective applicable".

Le TF a ainsi considéré qu'une entreprise n'est pas défavorisée par l'arrêté d'extension, si pour des travaux spécifiques, elle est soumise à une autre convention que celle applicable au reste de l'entreprise.

L'action en constatation de droit est en conséquence rejetée.

14. La demanderesse allègue qu'elle ne devrait pas, quoi qu'il en soit, être assujettie rétroactivement au 1er juillet 2003, mais seulement au 10 décembre 2004, date à laquelle elle a été informée de ses obligations relatives à la CCT RA.

Il convient toutefois de rappeler qu'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 LECCT). L'effet est direct en ce sens qu'il se produit même si les parties, ou l'une d'elles, ignorent l'existence de la convention collective (BRUNNER, BUHLER, WEBER, BRUCHEZ, op. cit. N 15). C'est en conséquence à compter du 1er juillet 2003 que la demanderesse est assujettie à la CCT RA pour son secteur chapes.

15. La STIFTUNG FAR a déposé auprès du Tribunal de céans une demande reconventionnelle visant au paiement par la demanderesse des cotisations dues en vertu du règlement RA.

Certes la demanderesse est-elle tenue de s'acquitter de cotisations conformément aux art. 6, 7, 8 et 9 du règlement RA, puisqu' elle est assujettie à la CCT RA. Il appartient toutefois à la STIFTUNG FAR de notifier à la demanderesse une décision aux termes de laquelle elle établira le montant des cotisations dues. En cas d'opposition, elle agira en reconnaissance de droit écartant expressément celle-ci conformément à l'art. 79 LP.

Aussi la demande reconventionnelle doit-elle être rejetée en l'état.

16. Les dépens sont, au vu de ce qui précède, compensés.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

Sur demande principale

A la forme :

1. Déclare la demande déposée par X_____ SA recevable.

Au fond :

2. La rejette.

Sur demande reconventionnelle

A la forme :

3. Déclare la demande reconventionnelle déposée par STIFTUNG FAR recevable.

Au fond :

4. La rejette en l'état.

5. Les dépens sont compensés.

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière	La Présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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