

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3267/2005

ATAS/513/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 22 avril 2008

En la cause

X_____ SA, sise à PLAN-LES-OUATES, comparant
avec élection de domicile en l'étude de Maître VUILLE Pierre

demanderesse
principale
défenderesse
reconventionnelle

contre

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

défenderesse
principale
demanderesse
reconventionnelle

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Violaine LANDRY ORSAT et Norbert
HECK, Juges assesseurs**

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 a son siège à PLAN-LES-OUATES. 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 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 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 1^{er} 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 1^{er} 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 conteste être assujettie à la CCT RA et considère qu'elle ne devrait en tout cas pas l'être rétroactivement au 1^{er} juillet 2003 mais seulement au 10 décembre 2004, date de la décision litigieuse.
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. Dans ce cadre, 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.
10. Par arrêt du 24 janvier 2006, le Tribunal de céans a considéré que "le recours" interjeté par la demanderesse valait action en constatation de droit. Il a confirmé l'assujettissement de la demanderesse à la CCT RA pour son secteur chapes à compter du 1^{er} juillet 2003. S'agissant de la demande reconventionnelle, il l'a rejetée en l'état.
11. La STIFTUNG FAR a déposé un recours de droit administratif le 17 mars 2006 auprès du Tribunal fédéral des assurances (TFA). Elle conteste le refus d'entrer en matière sur la demande reconventionnelle du Tribunal de céans et sollicite le renvoi de la cause à celui-ci pour qu'il soit statué sur ladite demande.
12. Par arrêt du 18 avril 2007, le TFA a pris acte de ce que l'entreprise était assujettie à partir du 1^{er} juillet 2003 à la CCT RA pour son secteur chapes et qu'elle était tenue de ce fait de s'acquitter des cotisations conformément aux 6 à 9 du règlement RA. Il considère par ailleurs qu'il appartenait aux premiers juges d'examiner si la STIFTUNG FAR pouvait prétendre de l'entreprise le paiement de la créance alléguée en procédure. Il a dès lors annulé le jugement entrepris et renvoyé la cause

au Tribunal de céans afin qu'il se prononce sur la demande reconventionnelle de la STIFTUNG FAR, puis rende un nouveau jugement.

13. L'instance a été reprise et les parties ont été invitées à se déterminer. L'entreprise, désormais représentée par Maître Pierre VUILLE, a souligné le fait qu'avant l'arrêt du 24 janvier 2006 rendu par le Tribunal de céans, elle ignorait qu'elle pouvait être soumise à une deuxième convention collective de travail, et a précisé que dans l'attente du prochain jugement du Tribunal, elle continuait de verser à la fondation RESOR les cotisations pour tous ses employés, y compris ceux du secteur chapes. Elle considère que la condamner au paiement rétroactif des cotisations à compter du 1^{er} juillet 2003 à la STIFTUNG FAR revient à admettre un paiement à double des cotisations pour retraite anticipée s'agissant des travailleurs du secteur chapes. Elle relève à cet égard que la CCRA ne prévoit pas de procédure de restitution en cas de versement indu de cotisations. Elle conteste enfin devoir s'acquitter d'éventuels intérêts moratoires.
14. Le 25 février 2008, la STIFTUNG FAR, par l'intermédiaire de son mandataire, a constaté que la détermination de l'entreprise concerne des points déjà tranchés par le Tribunal cantonal des assurances et qui n'ont pas été contestés devant le Tribunal fédéral. Elle demande à ce que la cause soit gardée à juger.
15. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution des parties le 8 avril 2008.

L'entreprise a déclaré qu'elle ne contestait pas le montant en tant que tel réclamé par la STIFTUNG FAR à titre de cotisations pour les années 2003 et 2004 ; elle constatait en revanche que pour l'année 2005, la STIFTUNG FAR s'était fondée sur une masse salariale provisoire et non définitive. Elle a par ailleurs confirmé qu'elle n'avait pas pris contact avec la fondation RESOR et qu'elle avait néanmoins continué à payer auprès de cette fondation les primes LPP pour tous ses employés.

S'agissant des intérêts moratoires, la STIFTUNG FAR a déclaré qu'elle ne pouvait pas y renoncer, même pour la période s'étendant du début de l'affiliation jusqu'au jugement du TCAS, rappelant qu'ils sont dus en vertu de l'art. 9 al. 4 du règlement.

16. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Dans son arrêt du 18 avril 2007, le TFA a annulé le jugement rendu par le Tribunal de céans et a renvoyé la cause à celui-ci afin qu'il se prononce sur la demande reconventionnelle déposée par la STIFTUNG FAR.

2. Il y a préalablement lieu de constater que le TFA n'a pas remis en cause le jugement du Tribunal de céans en tant qu'il confirmait l'assujettissement de l'entreprise à la CCT RA pour son secteur chapes dès le 1^{er} juillet 2003. L'entreprise n'avait au demeurant pas contesté ce jugement auprès du TFA.
3. L'objet du litige porte dès lors uniquement sur le droit de la STITFUNG FAR de réclamer à l'entreprise le paiement des sommes suivantes:
 - Fr. 125'437.70 représentant les cotisations dues pour les années 2003 et 2004, plus intérêts à 5% dès le 22 avril 2005,
 - Fr. 16'250.00 représentant les cotisations du premier trimestre 2005 plus intérêts dès le 31 mars 2005,
 - Fr. 16'250.00 représentant les cotisations du deuxième trimestre 2005 plus intérêts dès le 30 juin 2005,
 - Fr. 16'250.00 représentant les cotisations du troisième trimestre 2005 plus intérêts dès le 30 septembre 2005.
4. Aux termes de l'art. 7 LPP :

¹ Les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à 18 990 francs¹ 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.

5. 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 :

¹ L'employeur est redevable envers la Fondation FAR de la totalité des cotisations de l'employeur et des travailleurs.

² 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.

- ³ 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.
 - ⁴ La fondation facture par sommation un montant de 50 fr. ainsi qu'un intérêt moratoire de 5% dès l'exigibilité.
 - ⁵ Le conseil de fondation est habilité à convenir ou prévoir d'autres modalités de perception pour autant que celles-ci soient équivalentes.
6. Il y a lieu en l'espèce de constater que la STIFTUNG FAR a fixé le montant des cotisations dues par l'entreprise conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables. Du reste, l'entreprise ne le conteste pas en tant que tel. S'agissant des cotisations dues pour l'année 2005, restera à la STIFTUNG FAR d'en établir le montant définitif sur la base de la masse salariale effective.
 7. L'entreprise considère en revanche que la condamner au paiement rétroactif des cotisations à compter du 1^{er} juillet 2003 revient à admettre un paiement à double des cotisations pour retraite anticipée s'agissant des travailleurs du secteur chapes. Le Tribunal de céans relève à cet égard que l'entreprise avait déjà fait valoir cet argument lors de la précédente procédure, qu'il s'était alors clairement déterminé dans son arrêt du 24 janvier 2006 sur ce point (cf. consid. 13 partie en droit dudit arrêt) qui n'avait au surplus pas été remis en question par le TFA.
 8. L'entreprise souligne que la CCRA ne prévoit pas de procédure de restitution en cas de versement indu de cotisations. Le Tribunal de céans relève à cet égard qu'à défaut de norme statuaire ou réglementaire, la demande de restitution de prestations obligatoires ou surobligatoires de la prévoyance professionnelle ou de primes versées à tort se fonde en principe sur les règles de l'enrichissement illégitime selon les art. 62 et ss. CO (ATF 127 III 421 consid. 3c/bb p. 426 et les exemples cités ; ATF 128 V 50 consid. 3a p. 52, 236 consid. 2b p. 240 ; arrêt du TFA du 11 juin 2007, cause B 149/2006). Il n'examinera cependant pas cette question plus avant, car il ne lui appartient pas, dans le cadre du présent litige, de statuer sur les relations existant entre l'entreprise et la Fondation RESOR.
 9. L'entreprise conteste également devoir payer des intérêts moratoires à compter du 1^{er} juillet 2003, rappelant qu'elle ignorait à l'époque devoir être assujettie pour son secteur chapes à la CCT RA. Elle fait ainsi valoir sa bonne foi.

Le Tribunal de céans s'étonne dans ces conditions, que l'entreprise continue à s'acquitter auprès de la fondation RESOR des cotisations pour tous ses employés, y compris ceux du secteur chapes.

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).

En l'espèce, 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.

C'est dès lors à bon droit que la STIFTUNG FAR a réclamé le paiement d'intérêts moratoires à l'entreprise.

10. Selon la réglementation légale et la jurisprudence, les assureurs sociaux qui obtiennent gain de cause devant une juridiction de première instance n'ont pas droit à une indemnité de dépens, sauf en cas de recours téméraire ou interjeté à la légère par l'assuré ou lorsque, en raison de la complexité du litige, on ne saurait attendre d'une caisse qu'elle se passe des services d'un avocat indépendant; cela vaut également pour les actions en matière de prévoyance professionnelle (ATF 126 V 149 consid. 4, 106 V 123 consid. 3).
11. Aussi la demande de la STIFTUNG FAR doit-elle être admise.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande de la STIFTUNG FAR recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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); 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

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