



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3932/2009

ATAS/589/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt sur partie du 26 avril 2012

En la cause

FONDATION POUR LA RETRAITE ANTICIPEE DANS LE
SECTEUR PRINCIPAL DE LA CONSTRUCTION
(FONDATION FAR), sise Obstgartenstrasse 19, 8006 Zürich ,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître
BRUCHEZ Christian

demanderesse

contre

X_____ SA, à Lancy, comparant avec élection de domicile
en l'étude de Maître MARTIN Jean-Jacques

défenderesse

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Doris GALEAZZI WANGELER, Karine
STECK, Sabina MASCOTTO, Florence KRAUSKOPF, Juges; Evelyne
BOUCHAARA et Norbert HECK, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. La société X_____ SA (ci-après la défenderesse), inscrite au Registre du commerce depuis le 2 mars 1957, a pour but l'exploitation d'une sablière sise à E_____ (Commune de S_____, Genève), lieu-dit "A_____", le transport et la vente de sable et de gravier, ainsi que toute opération s'y rattachant.

Son papier en-tête mentionne : "X_____ SA contribue à la protection de l'environnement - recyclage - gravières - location de machines".

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), 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 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).

3. Le 15 août 2005, Monsieur B_____, employé de la défenderesse, a déposé auprès de la FONDATION une demande visant à obtenir les prestations d'une retraite anticipée dès le 1^{er} décembre 2006.

Le 5 février 2008, il a informé la FONDATION que depuis 2000, la défenderesse travaillait presque exclusivement dans le recyclage, au détriment des matériaux de gravières, et qu'elle s'affichait partout comme entreprise de recyclage.

Par décision du 7 avril 2008, il a été mis au bénéfice des prestations de retraite anticipée de la FONDATION dès le 1^{er} décembre 2006.

4. Un contrôle a été effectué le 14 septembre 2007 auprès de la défenderesse afin de déterminer si celle-ci était assujettie ou non à la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse (CN). Le rapport a été établi par Monsieur C_____, contrôleur des chantiers, le 28 septembre 2007. Il en résulte que

"la société occupe habituellement cinq travailleurs fixes dans le secteur de la production. Les tâches administratives sont assumées par l'administrateur et par le directeur.

Le compte d'exploitation de l'exercice 2006 fait apparaître un chiffre d'affaires brut facturé aux clients d'un montant total de 3'414'671 fr. 76. La part la plus importante (88%) des prestations fournies consiste en des redevances de décharge (1'347'573 fr. 64, soit 39%) et de la vente de sables, graviers et tout-venant (1'676'444 fr. 23, soit 49%). Les autres prestations ne sont qu'accessoires (transports, machines de chantier et divers) puisqu'à elles trois elles ne représentent que le 12 % du chiffre d'affaires brut (390'653 fr. 90).

La plupart des transports de matériaux est confiée à une entreprise sœur (M_____ SA), pour le montant annuel 2006 de 984'056 fr. 25, soit le 29% de son chiffre d'affaires brut.

Les lieux d'exploitation se situent à D_____ (le principal, avec installation de production des produits recyclés), au E_____, ainsi qu'à la route de F_____/chemin G_____ sur la commune de S_____ (gravière).

L'entreprise commercialise aussi bien des produits naturels que des produits recyclés avec adjonction de produits naturels. Elle achète pour compléter sa production certains matériaux à des entreprises tierces (pour 105'332 fr. 40 de tout-venant en 2006).

Pour assurer sa production d'agrégats, l'entreprise dispose du matériel suivant :

- installation de lavage et de traitement des sables et graviers
- 3 chargeuses sur pneus d'une capacité de 5m³
- 2 pelles hydrauliques sur chenilles de 40 tonnes
- un compresseur à air

Les factures sont structurées sur la base de prestations offertes par l'entreprise. A titre d'exemple, il a été remis copie de deux factures types, comportant les rubriques qui se retrouvent généralement sur la plupart de celles-ci, soit : fourniture de sable et de gravier de différentes granulométries, livraison et taxe redevance poids lourds.

La clientèle est composée d'entreprises de construction et parfois de particuliers."

En conclusion, le contrôleur a constaté que la société exécutait essentiellement des prestations au sens de l'art. 2 al. 1 let. b de la CN sous forme d'une activité pour la production de matériaux stockables, d'extraction de sable et de gravier et de commerce avec ces matériaux, y compris le transport aux chantiers, qu'elle relève donc du secteur principal de la construction, et qu'à cet effet, elle dispose du personnel qualifié et des moyens de mise en œuvre correspondant à cette activité. Il a ainsi considéré que la société était soumise au champ d'application de la CN du point de vue du genre d'entreprise (art. 2 al. 1 de la CN 2006) et de par la nature de ses activités, qui sont déployées d'une manière prépondérante dans le secteur

principal de la construction. Il a précisé qu'il ne se prononçait pas, la question n'étant pas de sa compétence, sur la soumission ou non de la société à la CCT RA, entraînant l'obligation d'être affiliée à la FONDATION.

5. Par décision du 5 décembre 2007, la FONDATION a assujetti la défenderesse dans son intégralité à la CCT RA à compter du 1^{er} juillet 2003.
6. Les 14 janvier et 14 février 2008, la défenderesse a contesté ladite décision.
7. La décision litigieuse a été confirmée le 2 avril 2008 par la Commission de recours de la FONDATION. Celle-ci a en effet considéré que la principale activité de la défenderesse était exercée dans le secteur décharges et recyclage et qu'elle devait, partant, être assujettie dans son intégralité à la CCT RA, aux motifs que

"l'obligation de recultivation selon la concession cantonale ne constitue aucunement une activité du ressort exclusif des entreprises d'extraction de sable et de gravier. Le remblayage de gravières peut, indépendamment de l'extraction de gravier à proprement parler, être confié également à des entreprises tierces, en particulier de construction. Selon la teneur déclarée de force obligatoire, le remblayage de gravières avec des matériaux de construction ou inertes fait cependant partie du champ d'application de la CCT RA.

L'entreprise déploie ses activités de recyclage non pas directement sur les chantiers mais sur ses sites, ce qui est un fait insignifiant dans le cadre de la teneur claire des dispositions en vigueur. L'entreprise utilise les mêmes machines que pour le retraitement de matériaux de remblayage extraits de manière naturelle. Contrairement à la commission de recours, elle estime que ce fait constitue un élément de différenciation.

La commission de recours rejette également l'argument selon lequel l'obligation légale de ménager les ressources naturelles de matériaux de construction et d'utiliser de manière accrue des matériaux recyclés permettent d'en déduire clairement qu'il s'agit d'une entreprise d'extraction de sable et de gravier. Elle reconnaît que l'industrie du sable et du gravier est confrontée à des conditions-cadre légales modifiées et doit se conformer à des valeurs de base écologiques, ce qui entraîne en fin de compte un net déplacement des activités vers le secteur principal de la construction. Mais elle rejette à l'unanimité la conclusion tirée par X_____ en vertu de laquelle les dispositions des partenaires sociaux déclarées de force obligatoire ne sont de ce fait pas applicables. Par leurs travaux de remblayage, de recyclage et de décharge, les entreprises d'extraction de sable et de gravier effectuent des travaux faisant partie d'activités typiques du secteur principal de la construction, à savoir travaux d'excavation, déconstruction, terrassement, génie civil, travaux spéciaux du génie civil, etc. Pour cette raison, elles font partie du champ d'application de la CCT RA relatif au genre d'entreprise pour autant que celui-ci confère à la société sa caractéristique principale.

A cet effet, la commission de recours se base sur l'arrêt du TF 134 II 11 selon lequel les concurrents sont limités de manière identique dans leur liberté économique et doivent bénéficier du principe de lutte à armes égales. Les entreprises sont toujours en concurrence directe si elles proposent des produits ou des prestations de type identique. Dans le cas présent, le principe évoqué serait entravé de manière massive entre les entreprises d'extraction de sable et de gravier ainsi qu'entre entreprises de construction si le recyclage de matériaux ou l'exploitation d'une décharge faisait l'objet d'un traitement différent. L'objection émanant du représentant juridique selon laquelle il n'existe pas de concurrence étant donné que la clientèle des entreprises de construction, ainsi que de celles d'exploitation de sable et de gravier se différencie de manière significative est obsolète dans la mesure où la CCT RA ne se base aucunement sur la catégorie de clientèle, mais uniquement sur les activités effectuées par les travailleurs.

L'entreprise fait remarquer que la part du chiffre d'affaires "Décharges" ne reflète pas l'activité effective, mais la hausse des redevances sur décharges. La commission de recours ne conteste pas ce point, car cela semble être une évolution logique du marché précisément compte tenu des conditions-cadres en mutation sur le plan politique et écologique. C'est principalement une raison pour laquelle X_____ continue à déployer elle-même cette activité lucrative et ne veut pas se séparer de ce secteur. Elle ne relève pas, à juste titre, que les activités effectives ont reculé par rapport aux chiffres d'affaires publiés vu que ces derniers n'ont varié que faiblement entre 2003 et 2006 par rapport à ceux réalisés pendant la même période.

Enfin, X_____ constate que l'assujettissement rétroactif au champ d'application relatif au genre d'entreprise de la CCT RA viole le principe de bonne foi. Il est exact que la Fondation FAR n'a pas pris de décision quant à son assujettissement jusqu'en 2008. Il est également correct qu'elle a contacté cette entreprise la première fois le 14 juin 2006 pour établir si elle doit cotiser à la FAR. Par conséquent, elle savait parfaitement que la Fondation FAR avait engagé un processus en vue de tirer au clair son obligation de cotiser."

8. Le 15 mai 2008, la défenderesse a contesté le bien-fondé de la décision de la Commission de recours du 2 avril 2008 et informé d'ores et déjà l'organe d'encaissement de la FONDATION qu'elle refusait de remplir les formulaires d'annonce de la masse salariale, considérant qu'elle n'était pas assujettie à la CCT RA.
9. Le 18 septembre 2008, la FONDATION a dirigé contre la défenderesse une poursuite pour un montant de 100'000 fr. Un commandement de payer a ainsi été notifié à la défenderesse le 8 octobre 2008. Il a été frappé d'opposition.
10. Le 30 octobre 2009, la FONDATION a saisi le Tribunal cantonal des assurances sociales, alors compétent, d'une demande visant, préalablement, à ce que la défenderesse produise les attestations de salaires nominatives concernant

l'ensemble de ses travailleurs pour les années 2003 à 2008, et, principalement, à ce que la défenderesse soit condamnée à lui verser les cotisations dues, parts salariale et employeur, ainsi que les contributions d'entrée prévues par le Règlement RA, à partir du 1^{er} juillet 2003, et à ce qu'elle soit autorisée, après la production des attestations de salaires nominatives, à déposer une écriture complémentaire et à chiffrer ses conclusions condamnatoires à l'encontre de la défenderesse.

Elle considère en effet que la défenderesse, en tout cas depuis juillet 2003, est principalement active dans les domaines du recyclage et de la décharge, tous deux relevant du champ d'application de la CCT RA, et que l'exploitation d'une gravière exclue quant à elle du champ d'application de la CCT RA n'est qu'accessoire. Elle en veut pour preuve que, selon le rapport du 28 septembre 2007, le poste des redevances de décharges correspond à 35% du chiffre d'affaires en 2003 et en 2004, à 40% en 2005, et à 39% en 2006. Le poste "vente de sable et gravier", représentant 51% du chiffre d'affaire en 2003, 54% en 2004 et 2005, et 49% en 2006, comprend à la fois la vente de produits provenant du recyclage et celle de produits provenant de l'extraction naturelle, étant précisé toutefois que les produits provenant du recyclage constituent la majeure partie de la production de la défenderesse. En additionnant les redevances de décharges (35% à 40%) et la vente de produits recyclés, qui représente la majeure partie des 49% à 54% des ventes de sable et gravier, la demanderesse considère ainsi que les activités de décharge et de recyclage constituent la part prépondérante du chiffre d'affaires de la défenderesse.

11. La défenderesse s'est déterminée le 18 décembre 2009. Elle conteste son assujettissement à la CCT RA, expliquant qu'elle n'exerce pas d'activité de "décharge et recyclage" au sens de cette convention, mais travaille dans le secteur du "sable et gravier", lequel est clairement exclu du champ d'application de celle-ci.

Elle précise que son activité porte sur l'exploitation proprement dite des gravières de D_____ et de S_____ destinée à produire du sable et du gravier qui sont ensuite vendus à des entreprises de construction, sur le remblayage qui fait partie intégrante du cycle de vie d'une gravière, puis sur la restitution à l'agriculture. Ainsi l'activité de "décharge et recyclage" qui, dans le secteur de la construction, consiste, d'une part, à effectuer le tri des déchets de chantier et à les recycler directement sur le site du chantier et, d'autre part, à mettre les déchets non recyclables dans des décharges spécialement prévues à cet effet, est en réalité, pour ce qui la concerne, une activité de "remblayage ou remise en état d'anciennes gravières".

Elle produit les chiffres d'affaires qu'elle a réalisés de 2003 à 2006 en distinguant les activités. Il en résulte que la plus grande partie de ses revenus provient de la vente de sable et de gravier, de même que la part en % des prestations fournies consacrée à l'exploitation de la gravière en tant que telle est plus importante puisque

si l'on ajoute aux 49% du chiffre d'affaires résultant de la vente de gravier les 39% concernant la "décharge", on obtient 88%.

La défenderesse ajoute que sur le plan organisationnel, il n'y a pas de secteur distinct et autonome en son sein, puisque les cinq personnes qu'elle emploie au niveau de la production peuvent exécuter chacune les différentes activités, soit l'extraction du gravier ou des morènes, leur traitement, le remblayage des gravières avec des matériaux d'excavation et des déblaiements pollués, le traitement des déchets de chantier et le remblayage au moyen desdits déchets, ce sur les deux sites, D_____ et S_____. Elle relève que les conditions de travail de ses employés sont moins pénibles que celles des travailleurs du secteur de la construction.

Elle indique qu'elle est classée dans la catégorie 1B par la CAISSE NATIONALE SUISSE D'ASSURANCE EN CAS D'ACCIDENTS (CNA), soit à la rubrique "entreprise de sable et gravier, centrale à béton frais, fabrique d'enrobées", alors que les entreprises du secteur principal de la construction appartiennent à la classe de risque 41A.

Elle est membre actif de l'Association suisse de l'industrie des graviers et du béton (ASGB) et du Groupement genevois des extracteurs de gravier (GEG), et membre passif de l'Association suisse de construction triage et recyclage (ASR). Elle souligne qu'elle intervient en amont du secteur de la construction et que partant il n'y a pas de rapport de concurrence entre elle et les entreprises actives dans le domaine de la construction, lesquelles sont soumises à la CCT RA.

Elle rappelle que le 9 décembre 2003, l'organe d'encaissement de la FONDATION lui avait affirmé qu'elle n'était pas soumise à la CCT RA.

Elle ajoute enfin que l'Association suisse de l'industrie des graviers et du béton (ASGB) avait formé opposition le 10 juillet 2008 à l'extension du champ d'application de la convention collective cadre des entreprises de la construction aux sablières et gravières (CN 2008). La Société suisse des entrepreneurs SSE, les syndicats UNIA et SYNA d'une part et l'ASGB d'autre part avaient alors conclu une convention provisoire le 8 septembre 2009, selon laquelle un régime transitoire allait être mis en place jusqu'au 31 décembre 2011. Elle allègue que dans ces conditions, "tout assujettissement à la CCT RA de la société, qu'il soit rétroactif ou non, passager ou définitif, est fondamentalement injustifié et contraire au bon sens : vu l'élaboration d'une CCT spécifique à la branche des gravières en cours, cette affiliation aura comme conséquence l'entrée de la défenderesse dans la FONDATION du 8 septembre 2008 avec sortie au 31 décembre 2011". La défenderesse a dès lors conclu, préalablement, à la suspension de la procédure jusqu'au 1^{er} janvier 2012 et, principalement, à ce qu'il soit constaté qu'elle n'est pas assujettie à la CCT RA.

12. Le 19 février 2010, la FONDATION a persisté dans ses conclusions. Elle s'oppose par ailleurs à la requête de suspension, rappelant que l'opposition de l'ASGB porte sur la CN 2008 et non pas sur la CCT RA et que la situation qui prévaudra à partir de 2011 est sans incidence sur la présente procédure qui concerne les années 2003 à 2008.
13. Dans sa duplique du 24 mars 2010, la défenderesse s'est expressément référée à ses précédentes écritures.
14. Par arrêt incident du 6 avril 2010, le Tribunal de céans a rejeté la demande de suspension de la procédure, considérant que les négociations en cours portant sur la mise en place d'une solution transitoire, procédant d'un compromis délimité dans le temps destiné à régler définitivement l'exclusion des secteurs de branches représentées par l'ASGB et l'Association suisse de déconstruction, triage et recyclage (ASR) de la CN, et de la mise sur pied d'une solution qui leur est propre d'ici au 31 décembre 2011, ne sauraient avoir d'effet sur la question de l'assujettissement de la défenderesse à la CCT RA de 2003 à 2008.
15. Le 30 novembre 2010, le Tribunal de céans s'est enquis directement auprès de la FONDATION, afin de s'assurer que l'aide-mémoire sur les entreprises de décharge et de recyclage du 17 mars 2008 produit sous pièce 43 du chargé du 30 octobre 2009 était complet. Il en a obtenu la confirmation.
16. Une audience d'enquêtes s'est tenue le 12 avril 2011.

a) Monsieur B_____ a été entendu. Il a notamment déclaré

"J'ai travaillé au service de X_____ en qualité de machiniste de 1993 à 2007, principalement sur le site de D_____ (...)

J'étais un peu polyvalent. J'étais principalement occupé à l'utilisation d'une pelle mécanique, tant dans le cadre de l'exploitation de la gravière que dans le recyclage. Je corrige : plutôt dans le cadre du recyclage, l'excavation de la gravière n'occupant qu'une vingtaine de jours par an. Il m'arrivait d'aller travailler sur des chantiers de construction. Il est difficile de chiffrer le nombre de jours, c'était variable. Le reste du temps, j'étais occupé à D_____, soit une dizaine de mois. L'essentiel de mon activité consistait à alimenter les concasseurs.

Je précise que ce site s'occupait principalement de recyclage, alors que celui de E_____ de produits de gravière destinés à la maçonnerie. En 2000 environ, l'exploitation de la gravière à E_____ a cessé. Je crois qu'elle était en fin d'exploitation. L'activité a continué sur le site de D_____.

Des entreprises de démolition apportent sur le site de D_____ des blocs de béton, d'enrobés ou de briques qui proviennent de divers chantiers. La *défenderesse* prépare ces blocs (casse au marteau-piqueur), puis les passe dans des concasseurs. Une partie du gravat obtenu est lavée, l'autre est directement remélangée à destination de chantiers, pour les chaussées par exemple. Ce qui ne peut pas être

utilisé, soit la boue obtenue ensuite du lavage, est mis à la décharge de la *défenderesse*.

Nous étions, sauf erreur, 5 ou 6 machinistes. Il n'y a pas eu de changement entre la période avant et après 2000, en termes du nombre de personnes et du travail fourni, du fait que la partie recyclage a été augmentée lorsque l'exploitation de la gravière à E_____ s'est arrêtée.

A ma connaissance, il n'est possible pour une société de n'exploiter qu'une seule gravière à la fois, sauf dérogation. En principe, c'est moi qui m'occupais d'enlever la terre arable pour préparer l'exploitation de la gravière et la remise en état. Pour l'exploitation elle-même, des collègues intervenaient. J'étais le plus ancien.

Le traitement du gravier provenant des gravières se faisait également, à raison de 10%, en plus des blocs de béton et d'enrobés apportés par les entreprises de démolition, à raison de 90% (recyclage), le tout sur la même installation à D_____. Il y avait trois concasseurs à D_____, un seul pour le gravier et le recyclage à laver, et deux pour le matériel à concasser.

Les matériaux que la *défenderesse* traite proviennent de chantiers de démolition, ainsi que des gravières, et sont ensuite fournis aux chantiers de construction.

Tant E_____ que D_____ ne devraient plus s'appeler "gravière". Il s'agit en réalité d'installations uniquement.

J'ai su que j'avais droit aux prestations relatives à la retraite anticipée en avril 2008, sauf erreur. Mon syndicat m'a informé que j'y avais droit."

b) Monsieur H_____ a déclaré

"Je travaille pour la *défenderesse* depuis juin 2003, sur le site de D_____.
(...)

J'ai commencé comme machiniste. Je suis à présent responsable de l'exploitation du site de D_____. Je ne travaille que sur ce site. (...) Des camions viennent nous apporter des matériaux récupérés sur des chantiers, afin que nous les concassions et les lavions. Ils repartent ensuite dans les entreprises de constructions. Les matériaux proviennent de la démolition de bâtiments ou de routes à hauteur de 60% ou de gravières à hauteur de 40%, ces pourcentages étant variables. (...) Nous utilisons des pelles hydrauliques sur chenilles, des chargeuses sur pneus et des concasseurs. (...) Lorsqu'il n'y a plus de graviers en stock sur le site de D_____, nous envoyons un machiniste extraire dans la gravière. Il utilise pour cela une pelle hydraulique sur chenilles de 40 tonnes qui peut extraire 2 m³ à la fois, soit jusqu'à 1'500 m³ par jour. Il n'y a qu'une gravière exploitée à la fois. Je dirais que le machiniste doit y aller environ deux-trois mois par an. C'est très variable.

C'est la même installation de lavage qui traite les matériaux alluvionnaires et les matériaux de recyclage. On obtient le même produit (sable, gravier, graves) destiné à la construction qu'il s'agisse à la base de matériaux alluvionnaires ou de matériaux de recyclage."

c) Monsieur I _____ a déclaré

"J'ai travaillé à la X _____ d'avril 2006 à octobre 2007, sauf erreur, sur le site de D _____, en tant que machiniste. (...)

Je chargeais les matériaux traités dans les camions à destination des entreprises clientes. J'utilisais une chargeuse sur pneus. Nous étions cinq employés, y compris le chef, Monsieur H _____. Messieurs B _____ et J _____ utilisaient une pelle à chenilles. Monsieur K _____ était polyvalent. Il s'occupait par exemple du tri des matériaux sur un tapis roulant. Des camions apportaient des blocs de béton, des briques et du tout-venant. Ces matériaux étaient traités avec des marteaux-piqueur, puis passés dans des concasseurs. Je dirais que la part provenant de gravières et celle provenant de démolitions est de 50 / 50."

d) Monsieur J _____ a déclaré

"Je travaille depuis le 2 avril 2007 à X _____, sur le site de D _____, en tant que machiniste. (...)

Mon travail consiste à traiter des matériaux de démolition en les passant dans des concasseurs. Il m'arrive également de devoir aller extraire du gravier sur ce que nous appelons "la parcelle" qui se trouve à environ 500 mètres à vol d'oiseau de l'installation de D _____. Il m'est difficile d'évaluer combien de jours par année je vais à cette parcelle. C'est très variable. J'y vais par périodes de 2 jours à une semaine. Je dois enlever la terre préalablement, bien sûr.

Il m'est très difficile de distinguer quelle est la part de matériaux provenant de démolition de celle provenant de la gravière. Je dirais approximativement ¼ pour le gravier, ¾ pour la démolition. (...)

Ce qui n'est pas réutilisable, soit les boues de lavage, est mis en décharge. Il s'agit de ce qu'on appelle "le déchet ultime"."

e) Tous ces témoins ont confirmé que la description faite de l'activité de la société dans un article paru dans le journal "le Genevois" le 21 octobre 2005, relevé par la FONDATION et figurant sous pièce 10 de son chargé, correspondait à la réalité.

Cet article était libellé comme suit :

"Entre deux montagnes de sable trône une gigantesque pince à béton. L'engin croque les blocs de ciment et les broie. Sur le site de D _____, à L _____, X _____ SA occupe une superficie de 45'000 m². Les camions y déversent béton, plâtre, terre cuite, carrelages et autres déchets de construction. En ressortent des sables et des graviers, prêts à être utilisés pour bâtir de nouveaux édifices, de nouvelles routes. Chaque année, 80'000 m³ de déchets y sont ainsi recyclés. L'équivalent de 40 piscines olympiques. X _____ SA, rachetée à Café Y _____ en 1973 par la famille M _____, n'était, au départ, qu'une gravière parmi d'autres. Jusqu'en 1986, où elle devient une centrale de recyclage unique en son genre. «Le matériau noble alluvionnaire se raréfiait. Il

était absurde de mettre en décharge un produit recyclable», explique M_____, 45 ans. Avec son père, il a développé une technique de valorisation des déchets et propose aux entreprises de construction d'utiliser des produits recyclés, plutôt que du matériau neuf. «Dans la construction, le recyclage devrait être une priorité.» En effet, les alluvions fluviaux jouent un rôle de fertilisant précieux dans la nature. (...) Chaque type de sable, chaque type de gravier a son propre procédé de production. Mais globalement, on commence toujours par un fractionnement primaire des déchets, suivi d'un deuxième concassage, puis d'une décomposition granulométrique. Chacune de ces étapes est accompagnée de différents procédés de lavage. Le travail de reconstitution ou d'agglomération vient achever le processus. C'est dans la seconde manœuvre, le concassage et le lavage, que s'exprime tout l'art du recyclage façon M_____. (...) Les M_____ ont aussi conservé une petite activité de gravière conventionnelle, qu'ils limitent au strict minimum. Elle leur est toutefois utile pour deux raisons. Premièrement, pour valoriser certains types de déchets, il faut parfois disposer d'un peu de matériau noble. La deuxième raison, plus subtile, tient au fait qu'à la fin du processus de valorisation, demeure toujours un déchet ultime. Celui-ci doit être évacué en décharge. Or, l'activité de la gravière engendre forcément des cavités dans le sol. Bien pratiques, ces trous recueillent les derniers déchets."

f) Monsieur N_____ a déclaré

"Je confirme que je suis le président du Groupement des entreprises genevoises d'extraction de graviers - GEG. Je suis le directeur de la Z_____ de O_____ et de W_____ SA. Les membres du GEG sont des entreprises de gravières et d'installations industrielles de recyclage. Certaines entreprises ont les deux types d'activité, ce qui est le cas de plus en plus. Nos membres ne sont pas, à ma connaissance, affiliés à la FONDATION FAR, le GEG non plus. Ils n'ont pas à être affiliés à mon sens, parce qu'ils ne sont pas assujettis au champ d'application prévu par la FONDATION FAR. Le recyclage tel qu'il est pratiqué par les entreprises, membres du GEG, conduit à fournir la construction et n'est pas une activité de construction. Par ailleurs, l'activité d'extraction de gravières est clairement exclue du champ d'application. Les entreprises membres du GEG sont de par leur activité dans un rapport de fournisseurs et non pas de concurrence avec les entreprises de construction.

Les entreprises qui recyclent les produits de démolition sur les chantiers directement sont des entreprises de construction qui ne peuvent être membres du GEG. Les entreprises qui recyclent les produits de démolition soit sur un site de gravière, soit sur un site industriel propre peuvent a contrario être membres du GEG.

La position de l'ASGB, qui est également celle du GEG, est de faire la distinction entre le recyclage industriel et le recyclage sur le chantier, de faire la distinction entre fournir les matériaux et les mettre en œuvre.

Pour les ouvriers, le travail est certainement moins pénible lorsqu'ils travaillent sur un site propre qui bénéficie d'une infrastructure (vestiaire, cantine, etc.) et d'installations automatisées, que sur un chantier."

g) Le représentant de la FONDATION a confirmé

"des prestations avaient été accordées à Monsieur B_____ le 7 avril 2008. Nous n'avons pas attendu que le Tribunal tranche la question, car les entreprises de recyclage sont soumises à la CCT RA. Il n'y avait donc pas de raison de refuser à Monsieur B_____ les prestations auxquelles il a droit. En interne, la décision d'assujettissement avait été confirmée le 2 avril 2008 par la Commission de recours. Nous ne pensions pas que la *défenderesse* irait jusqu'au Tribunal.

Nous n'avons pas établi de rapport d'enquête de la *défenderesse* en relation à son assujettissement à la CCT RA. Nous nous sommes fondés sur le rapport établi en relation avec son assujettissement à la CN. La *défenderesse* a fait valoir ses arguments auprès de la Commission de recours qui en a tenu compte, mais qui a confirmé la décision d'assujettissement. Nous ne pouvons pas procéder à des enquêtes pour chaque cas dans la mesure où nous avons à traiter entre 600 et 700 entreprises par année.

Nous considérons que la préparation de la gravière, à savoir enlever la terre arable, puis la remise en état y compris le remblayage, peuvent être faites par une autre entreprise que celle qui extrait, et donc font partie d'une activité de construction."

h) Monsieur M_____, pour la société, a rappelé que l'exploitation d'une gravière était soumise à autorisation et que, dans ce cadre, l'entreprise a l'obligation notamment de remblayer la gravière. Il n'est donc pas possible de séparer les activités.

17. La Cour de céans a ordonné une nouvelle audience d'enquêtes le 6 septembre 2011. Monsieur P_____ a été entendu et a déclaré que

"Je confirme être le directeur de l'ASGB. Les entreprises membres de cette association sont des entreprises fabricant des granulats et du béton de manière industrielle pour les entreprises de construction. L'ASGB n'est pas signataire de la CN. L'ASGB n'a en l'état signé aucune convention. Elle est soumise à l'arrêté d'extension de la CN. Elle a conclu un accord en septembre 2008 avec les partenaires sociaux, accord aux termes duquel au 1^{er} janvier 2012 elle signera une convention nationale englobant la production de granulats. Les membres de l'ASGB ne paient pas de cotisations auprès de la FAR, à ma connaissance. Je corrige : J'en suis certain. La production de granulats n'est mentionnée dans aucune de ces deux conventions, la CN et la FAR. Il est vrai que l'ASGB a formé une communauté d'intérêts en décembre 2010 avec l'Association suisse de déconstruction, triage et recyclage (ASR), car plusieurs membres de l'ASGB étaient déjà membres de l'ASR. Cette communauté d'intérêts représente autant les membres affiliés à l'ASR qu'à

l'ASGB. Elle est intéressée également à la retraite anticipée, concernant des travailleurs qui exercent des activités astreignantes sur les chantiers.

Le critère de distinction entre les entreprises soumises à la FAR et celles qui ne le sont pas vient d'un accord que l'ASGB et l'ASR ont conclu avec UNIA, SYNA et la société suisse des entrepreneurs (SSE), selon lequel les travailleurs actifs sur les chantiers sont affiliés à la CN et ceux actifs à l'extérieur échappent au champ d'application de la CN. Cette distinction existait déjà avant la création de la FAR sur la base de contrats oraux. C'est la raison pour laquelle l'extraction de granulats et de sable ne sont pas mentionnées dans la FAR. Ce sera la même chose dans la convention actuellement en cours de négociations.

Un autre critère est celui de la concurrence (les entreprises soumises à une convention nationale peuvent être en concurrence les unes avec les autres), les membres de l'ASGB sont des entreprises fournisseurs de la construction et pour cette raison ne peuvent faire concurrence aux entreprises de la construction.

Un autre critère encore est celui de libre passage. L'absence de libre passage ne pose pas de problème dans les entreprises de la construction, parce que les travailleurs restent dans la construction. Tel n'est pas le cas pour les travailleurs employés dans des entreprises affiliées à l'ASGB parce que ceux-ci sont plus mobiles.

La pièce numéro 11 m'est montrée. Il s'agit bien de l'accord dont je viens de parler. Je confirme que la *défenderesse* est membre de l'ASGB. Il s'agit d'une entreprise que je pourrais qualifier "d'entreprise-type" de notre association. Le remplissage des décharges est une activité exercée par toutes les entreprises. L'activité de recyclage est pratiquée par trois-quarts des membres de l'ASGB. Ils ne s'occupent pas de démolition. Dès que les produits sont sortis des chantiers, leur traitement sur le site de l'entreprise fait partie de l'activité typique d'une entreprise affiliée à l'ASGB. Il s'agit d'activités industrielles soumises à autorisation, contrairement aux activités s'exerçant sur les chantiers.

Il y a trente ans environ, il y avait un minimum de recyclage. Actuellement, il y en a beaucoup plus. Je vous donne la moyenne nationale : 12% proviennent des déchets de chantiers, et 88% de l'extraction elle-même. En ville, il va de soi que le taux de 12% est augmenté. Le mode de travailler les produits, qu'ils viennent de déchets de chantiers ou d'extraction, est exactement le même. On obtient un produit sous forme de granulats qui est revendu aux entreprises de construction.

L'exploitation d'une gravière recouvre la préparation, l'extraction et la remise en l'état (restitution à l'agriculture). La remise en état constitue une importante activité. Elle fait du reste l'objet d'autorisation. C'est l'entreprise qui exploite la gravière qui est responsable de la remise en état. L'ASGB dispense une formation à ses membres pour la remise en état.

Je peux dire que les critères dont j'ai parlé plus haut seront repris tels quels dans la convention actuellement en cours de négociations, parce qu'ils ont le soutien des partenaires sociaux."

18. Dans ses conclusions après enquêtes du 21 octobre 2011, la FONDATION a relevé que l'instruction avait permis de démontrer que l'activité principale de la défenderesse relevait du recyclage de matériaux de chantiers, et non pas de l'exploitation d'une gravière (extraction de matériaux naturels), que les tâches effectuées et les machines utilisées sur le site de D_____ pour l'activité de recyclage étaient les mêmes que sur les chantiers de construction, de sorte qu'elle est bien assujettie à la CCT RA. Le fait que selon Monsieur P_____, les membres de l'ASGB ne paient pas de cotisations à la FONDATION, n'est pas déterminant. La FONDATION ne voit pas de contradiction dans le fait que la défenderesse, en tant qu'entreprise de recyclage et de décharge, soit soumise à la CCT RA, quand bien même elle est membre de l'ASGB. Du reste, la FONDATION réclame également des cotisations aux autres entreprises, qu'elles soient membres ou non de l'ASGB, dès qu'elles exercent une activité prépondérante dans le secteur du recyclage et de la décharge. Elle considère que l'accord conclu par l'ASGB avec les partenaires sociaux en septembre 2008, en vue de la conclusion d'une convention collective spécifique dans le secteur du sable et du gravier, et selon lequel les travailleurs actifs à l'extérieur des chantiers seront exclus dès 2012 du champ d'application de la CN, ne concerne ni la présente procédure, laquelle porte sur des cotisations réclamées pour la période de 2003 à 2008, ni la question de la retraite anticipée. Quoi qu'il en soit, un acteur sectoriel ne saurait restreindre la portée d'une convention collective étendue par arrêté du Conseil fédéral.

S'agissant de l'allégation selon laquelle les membres du GEG et de l'ASGB ne peuvent pas faire concurrence aux entreprises de la construction et ne doivent pas être soumis à la même convention collective que celle-ci, la FONDATION souligne que rien ne s'oppose à ce que des entreprises relevant de branches ou de sous-branches différentes soient soumises à la même convention collective. En réalité, la distinction entre le recyclage sur le chantier et le recyclage à l'extérieur du chantier, n'est pas prévue par l'arrêté d'extension et aboutirait à une distorsion de concurrence.

La FONDATION constate que selon Monsieur P_____, entendu comme témoin, l'absence de libre-passage dans la FONDATION ne poserait pas problème dans les entreprises de construction, parce que les travailleurs restent dans la construction et que tel ne serait pas le cas pour les travailleurs employés dans des entreprises affiliées à l'ASGB, puisque ceux-ci seraient plus mobiles. Or, on ne saurait dans une procédure judiciaire, s'affranchir des dispositions de l'arrêté d'extension, au motif que certains travailleurs ne pourraient pas bénéficier des prestations de retraite anticipée, en raison de leur mobilité. Du reste, plus le champ d'application d'une convention collective sur la retraite anticipée est large, moins les risques de perte de tout ou partie du droit aux prestations en cas de mobilité sont élevés. Aussi, la FONDATION conclut-elle que tous les arguments présentés par Messieurs N_____ et P_____ sont juridiquement infondés et persiste dès lors dans ses conclusions précédentes.

19. La défenderesse s'est également déterminée le 21 octobre 2011. Elle aussi relève que les cinq témoins, ayant travaillé ou travaillant à son service sur le site de D_____, ont confirmé que son activité était bien celle décrite dans le journal "Le Genevois", et en conclut qu'il a ainsi été démontré que son activité consiste bien en la production de granulats provenant de la gravière et du recyclage sur le site-même de D_____, et non pas sur les chantiers. Elle souligne que selon les employés entendus, ses rapports avec les entreprises de construction sont ceux de fournisseur-clients, de sorte qu'elle ne saurait en aucun cas être comparée à une entreprise de construction, ces dernières étant des clientes. Monsieur N_____, de même que Monsieur P_____ ont du reste clairement fait la différence entre les entreprises qui recyclent les produits de démolition directement sur les chantiers, entreprises de construction ne pouvant être membres du GEG, et celles qui recyclent les produits de démolition, soit sur un site de gravière, soit sur un site industriel propre, seules habilitées à être membres du GEG. Les conditions de travail des ouvriers travaillant dans les deux activités sont ainsi différentes. A la différence des ouvriers de construction, les employés de la défenderesse ne sont en effet pas touchés par les aléas météorologiques et conjoncturels; ils sont dans la majorité des machinistes ou encore des responsables de l'installation de D_____ se trouvant dans un environnement fermé sur une installation stable.

Elle rappelle qu'un autre critère doit être appliqué afin de déterminer l'assujettissement à une convention collective de travail, c'est celui du libre-passage. Se référant à l'audition de Monsieur P_____, elle relève que le critère de distinction entre les entreprises soumises à la FONDATION FAR et celles qui ne le sont pas vient de ce que les travailleurs affiliés à la CN sont actifs sur les chantiers, et non pas à l'extérieur. Monsieur P_____ a également mentionné le fait que les entreprises affiliées à l'ASGB exercent des activités industrielles soumises à autorisation.

La défenderesse persiste dès lors dans ses allégués et conclusions.

20. Les écritures des parties ont été transmises et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 ; art. 142 code civil).

Depuis le 1^{er} janvier 2011, cette compétence est revenue à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010).

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 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).

2. 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 de la FONDATION déposée le 30 octobre 2009 et visant principalement à ce que la défenderesse soit condamnée à lui verser les cotisations LPP dues, parts salariale et employeur, ainsi que les contributions d'entrée prévues par le Règlement RA, pour les années 2003 à 2008.

La Cour de céans est dès lors compétente.

3. 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 demanderesse est dès lors recevable.

4. Afin de déterminer si la défenderesse peut être condamnée à verser à la FONDATION des cotisations LPP, il y a préalablement lieu d'examiner si elle est ou non assujettie à la CCT RA.

Dans son rapport du 28 septembre 2007, l'enquêteur a considéré que la défenderesse était soumise au champ d'application de la CN. Il a indiqué qu'il ne lui appartenait en revanche pas de se prononcer sur la question de son assujettissement à la CCT RA.

5. La CCT RA donne la possibilité au personnel des entreprises qui lui sont assujetties, de bénéficier d'un départ à la retraite anticipé volontaire au cours des cinq dernières années avant l'âge ordinaire de l'AVS et prévoit une atténuation financière pour les années de transition jusque-là. Elle entend en effet "tenir compte de la sollicitation physique des travailleurs du secteur principal de la construction et d'atténuer les maux dus à l'âge qui y sont liés".

La FONDATION 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 demanderesse 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 FONDATION.

Il résulte de ce qui précède que la FONDATION est compétente pour décider de l'assujettissement des entreprises à la CCT RA.

En l'occurrence, elle a conclu à l'assujettissement de la défenderesse à la CCT RA, se fondant 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).

6. 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, la défenderesse n'a pas de secteurs d'activités bien déterminés et reconnaissables de l'extérieur et les travailleurs effectuent l'ensemble des activités. Il n'y a pas de secteurs autonomes au sein de l'entreprise, laquelle forme une unité organisationnelle propre et fait clairement office de fournisseur à l'extérieur avec ses produits spécifiques.

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

7. La Cour de céans constate que la défenderesse 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 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, 3^{ème} 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).

8. La CN a pour buts

- d'assurer le plein emploi dans le secteur principal de la construction en Suisse (maçonnerie, génie civil) ainsi que la paix absolue du travail, les parties contractantes s'engageant à promouvoir les intérêts des organisations

professionnelles signataires, pour le bien commun des employeurs et des travailleurs,

- de soumettre leurs accords au principe de la bonne foi, les parties contractantes s'engagent en outre à faire preuve de compréhension réciproque, dans l'intérêt des deux parties, lors de l'application de leurs conventions et de l'utilisation des institutions sociales créées en commun,
- de promouvoir les intérêts professionnels communs, tels que :
 - la promulgation et l'application de conditions de soumission convenables,
 - le plein emploi,
 - l'adjudication de travaux de construction des pouvoirs publics ou de travaux de construction cofinancés par les deniers publics uniquement à des entreprises qui respectent les dispositions des conventions collectives de travail,
 - la lutte contre la concurrence déloyale caractérisée par des sous enchères,
 - l'encouragement de la qualité,
 - l'encouragement de la formation professionnelle,
 - l'encouragement de la sécurité au travail, de l'hygiène et de la protection de la santé,

Son champ d'application est défini à l'art. 2 al. 1 de la CN, aux termes duquel, notamment,

"la CN s'applique à toutes les entreprises suisses et étrangères travaillant sur territoire suisse, respectivement aux parties d'entreprises (y compris les entreprises immobilières ayant des départements correspondants), aux sous-traitants et aux tâcherons indépendants qui emploient des travailleurs, ayant une activité en particulier dans les secteurs suivants :

(...)

b) du terrassement, de la démolition, des entreprises de décharge et de recyclage ;

(...)

j) des entreprises des départements d'entreprises d'extraction de sable et de gravier;"

9. Le champ d'application de la CCT RA est défini à l'art. 2 al. 1 CCT RA, selon lequel,

"la CCT RA 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:

a) (...)

b) du terrassement, de la démolition, des entreprises de décharge et de recyclage ;
(...)"

10. Il apparaît au vu de ces deux dispositions, que les entreprises de décharge et de recyclage sont soumises tant à la CN qu'à la CCT RA. Les entreprises d'extraction de sable et de gravier ne le sont en revanche qu'à la CN. En d'autres termes, si l'activité de la défenderesse se limite à l'exploitation d'une gravière, seule la CN est applicable.

Selon la demanderesse toutefois, la défenderesse doit également être assujettie à la CCT RA, au motif qu'elle exerce en réalité une activité de décharge et de recyclage, au sens de l'art. 2 al. 1 let. b CCT RA, et ce à titre prépondérant, au moins depuis le 1^{er} juillet 2003, date d'entrée en vigueur de la CCT RA.

Il s'agit ainsi, pour juger de l'assujettissement de la défenderesse à la CCT RA, de déterminer laquelle de ces deux 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.

Il y a préalablement lieu de définir ce qu'il faut entendre précisément par l'activité de décharge et de recyclage que la défenderesse exerce, et de dire si cette activité est ou non liée à l'exploitation d'une gravière et le cas échéant, dans quelle mesure.

11. Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique), du but poursuivi, de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 135 II 243 consid. 4.1 p. 251; 132 III 18 consid. 4.1 p. 20/21; 131 II 361 consid. 4.2 p. 368).

Dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue, couverte par une institution de prévoyance de droit privé, les employés assurés sont liés à l'institution par un contrat innommé (sui generis) dit de prévoyance (ATF 131 V 28 consid.

2.1). Le règlement de prévoyance constitue le contenu préformé de ce contrat, savoir ses conditions générales, auxquelles l'assuré se soumet expressément ou par actes concluants. Il doit ainsi être interprété selon les règles générales sur l'interprétation des contrats.

Il y a lieu de rechercher, tout d'abord, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO), ce qui, en matière de prévoyance professionnelle, vaut avant tout pour les conventions contractuelles particulières (ATF 129 V 147 consid. 3.1; RIEMER, Vorsorge-, Fürsorge- und Sparverträge der beruflichen Vorsorge, in *Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*, Zurich 1988, p. 239; au sujet de telles conventions, voir ATF 118 V 231 consid. 4a). Lorsque cette intention ne peut être établie, il faut tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations selon le sens que le destinataire de celles-ci pouvait et devait raisonnablement leur donner selon les règles de la bonne foi. Cette interprétation se fait non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais aussi d'après les circonstances qui les ont précédées ou accompagnées (ATF 129 III 122 consid. 2.5, 126 III 391 consid. 9d, 122 V 146 consid. 4c, 122 III 108 consid. 5a, 121 III 123 consid. 4b/aa, 116 V 222 consid. 2). Il y a lieu également de tenir compte du mode d'interprétation spécifique aux conditions générales, notamment la règle de la clause peu claire et la règle dite de l'inhabituel ou de l'insolite (ATF 122 V 146 consid. 4c).

Les dispositions concernant l'extension d'une CCT ont un caractère normatif et sont en conséquence soumises aux règles régissant l'interprétation des textes de lois (ATF 127 III 318 consid. 2a ; arrêt 4C.191/2006 du 17 août 2006, consid. 2.2 ; arrêt 4P.49/2006 du 24 avril 2006, consid. 3.3; arrêt 4C.45/2002 du 11 juillet 2002, consid. 2.1.2). Ainsi, ces dispositions doivent être interprétées en premier lieu selon leur lettre. Lorsque leur sens littéral est clair et univoque, l'autorité qui doit les appliquer est en principe liée (cf. ATF 132 III 18 consid. 4.1; 130 I 82 consid. 3.2).

Rien ne justifie d'interpréter extensivement une convention étendue, dès lors que la décision d'extension constitue déjà en soi une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'à la liberté contractuelle (arrêt 4C.409/1995 du 15 mai 1996, consid. 2b et les références citées; plus récemment STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6e éd., Zurich 2006, n. 11 ad art. 356b CO ; arrêt 4C.191/2006 du 17 août 2006).

12. La Commission professionnelle paritaire suisse du secteur principal de la construction (CPPS) a rappelé, dans un aide-mémoire sur les entreprises de décharge et de recyclage élaboré le 17 mars 2008, que

"Lors des négociations de 2003 en vue de la CCT RA, les entreprises d'extraction de sable et de gravier ont été définies comme procédant à des gisements de sables et de graviers naturels. Ces entreprises se sont opposées à leur assujettissement à la

CCT RA et ont finalement été exclues du champ d'application de ladite convention." Elle a cependant constaté que "les entreprises de décharge et de recyclage" sont expressément mentionnées à l'art. 2 al. 4 let. b de l'Arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction du 5 juin 2003. Depuis le tout début, on entendait par les termes de "recyclage" et "décharge" le recyclage de déchets de chantier ainsi que leur réintégration dans le processus de construction ou respectivement leur stockage final lorsqu'il s'agit de déchets non valorisables. Le groupe de travail "Sable et gravier" s'est penché lors de deux séances les 4 octobre 2006 et 15 novembre 2007 sur la question des activités de recyclage et de décharge déployées par les entreprises d'extraction de sable et de gravier ainsi que d'exploitation de carrières, dans le but de préciser chaque secteur d'activités. Il a ainsi défini les termes utiles comme suit :

- recyclage : consiste à traiter/transformer les déchets de chantiers en des matériaux de construction réutilisables, équivalents aux substances naturelles. Le processus de recyclage entraîne la fabrication de matériaux qui retournent dans le cycle de construction en tant que matériaux de construction. Le recyclage débute par la séparation des déchets sur le chantier et débouche sur le produit final en passant par plusieurs étapes. Le tri consiste à séparer les déchets réutilisables (directement ou après traitement/transformation) de ceux qui ne le sont pas. Les déchets non réutilisables doivent être mis en décharge.

- mise en décharge : on entend le stockage définitif des déchets de chantier et contrôle de ce stockage. Il s'agit souvent de sites d'extraction de sable et de gravier, dont l'exploitation est achevée. La réalisation et la mise en service d'une décharge sont soumises à autorisation officielle. La gestion de la décharge consiste entre autres à étanchéifier la décharge proprement dite, à contrôler les matériaux livrés, ainsi qu'à effectuer leur déplacement, dépôt et nivellement. Fait également partie de ces activités, la vérification du respect des standards de sécurité et d'environnement. Ces travaux nécessitent l'utilisation de machines de chantiers, de véhicules et d'installations ainsi que (pour conduire ces machines) du personnel spécialement qualifié pour ce genre de travaux.

- dépôt : consiste en l'apport en vrac de matériaux d'excavation dans le lieu de prise en charge ainsi que le nivellement de ces matériaux au moyen de trax. Ces travaux relèvent d'activités de génie civil (terrassement, déplacement de sols) faisant aussi partie du champ d'application de la CCT RA.

Dans un courrier du 9 septembre 2005 adressé à la Commission paritaire genevoise du gros œuvre (CPGO), la CPPS a plus précisément examiné la question de l'assujettissement d'entreprises d'exploitation de gravières à la CN 2005, alors en vigueur. Elle rappelle que les entreprises membres d'extraction de sable et de gravier sont soumises à la CN (art. 2 al. 1 let. b ch. 5 CN 2005). Les entreprises de

décharge et de recyclage tombent également sous le champ d'application de la CN selon l'Arrêté du Conseil fédéral étendant ce champ d'application du 22 août 2003 (ch. 1 art. 2 al. 3 de l'Arrêté du Conseil fédéral étendant la CN), étant précisé qu'en ce qui concerne ce type d'entreprises, il faut chaque fois examiner quels sont les matériaux qui sont déchargés et recyclés.

13. a) En l'espèce, la défenderesse a pour but, selon le Registre du commerce, l'exploitation d'une sablière, le transport et la vente de sable et de gravier. Il est établi en l'espèce qu'en réalité elle exerce tant une activité d'extraction de sable et de gravier qu'une activité de décharge et de recyclage.

b) La défenderesse souligne que l'exploitation d'une gravière, qui fait du reste l'objet d'une autorisation, comprend trois étapes, soit la préparation, l'extraction et la remise en l'état ou restitution à l'agriculture. La défenderesse soutient ainsi que son activité porte sur l'exploitation proprement dite de gravières, destinée à produire du sable et du gravier qui sont ensuite vendus à des entreprises de construction, sur le remblayage qui fait partie intégrante du cycle de vie d'une gravière, puis sur la restitution à l'agriculture. Ces trois étapes sont expressément mentionnées dans l'autorisation d'exploiter une gravière délivrée par le Service cantonal de géologie. Elle explique que l'activité de "décharge et recyclage" qui, dans le secteur de la construction, consiste, d'une part, à effectuer le tri des déchets de chantier et à les recycler directement sur le site du chantier et, d'autre part, à mettre les déchets non recyclables dans des décharges spécialement prévues à cet effet, est en réalité, pour ce qui la concerne, une activité de "remblayage ou remise en état d'anciennes gravières. Elle insiste sur le fait qu'elle assure la production de granulats provenant de la gravière et du recyclage sur le site de D_____ et non pas sur les chantiers, ce qui fait sa différence avec les entreprises de construction qui, elles, recyclent les produits de démolition directement sur les chantiers.

La FONDATION considère quant à elle que l'activité principale de la défenderesse relève du recyclage de matériaux de chantiers et non de l'extraction de sable et de gravier, ce qui suffit selon elle pour conclure à l'assujettissement de celle-ci à la CCT RA. La commission de recours de la FONDATION a également indiqué que le remblayage de gravières peut, indépendamment de l'extraction de gravier à proprement parler, être confié à des entreprises tierces, en particulier de construction, de sorte que le remblayage de gravières avec des matériaux de construction ou inertes peut parfaitement entrer dans le champ d'application de la CCT RA.

c) Le recyclage consiste, si l'on se réfère à la définition donnée par le groupe de travail "sable et gravier" de la CPPS, à traiter/transformer les déchets de chantiers en des matériaux de construction réutilisables. Il faut ainsi partir de la séparation des déchets sur le chantier. Aussi peut-on en déduire, [a contrario], que l'activité de

recyclage ne peut être considérée comme faisant partie de l'exploitation d'une gravière que si elle porte sur des matériaux provenant de l'extraction de sable et de gravier. Il importe dès lors d'examiner quels sont les matériaux qui sont déchargés et recyclés afin de définir le type de l'activité. Distinguer les entreprises qui se consacrent au recyclage et qui sont partant, soumises à la CCT RA, de celles qui relèvent de la branche du sable et du gravier revient ainsi à déterminer si les matériaux déchargés et recyclés résultent de déchets de chantier ou de l'extraction de sable et de gravier. La Cour de céans ajoutera quoi qu'il en soit qu'on ne saurait assimiler l'activité de recyclage au remblayage ou remise en état de la gravière, comme l'entend la défenderesse, dans la mesure où la production de granulats obtenue en recyclant des matériaux est ensuite vendue, soit à des entreprises de construction, soit à des particuliers.

d) La description des activités de la défenderesse figurant dans un article paru dans "Le Genevois" du 21 octobre 2005 a été soumise aux témoins entendus par la Cour de céans et ayant travaillé au service de la défenderesse. Ceux-ci ont confirmé qu'elle correspondait à la réalité.

Il s'avère ainsi que la défenderesse produit des granulats provenant de l'extraction de sable et de gravier et de déchets de chantier. La part consacrée au traitement de déchets de chantier apparaît d'emblée comme étant beaucoup plus importante. Il est en effet indiqué que "Les M_____ ont aussi conservé une petite activité de gravière conventionnelle, qu'ils limitent au strict minimum. Elle leur est toutefois utile pour deux raisons. Premièrement, pour valoriser certains types de déchets, il faut parfois disposer d'un peu de matériau noble...". Ce pourcentage plus faible ressort également des déclarations des témoins B_____ et J_____, pour lesquels le traitement du gravier provenant de la gravière ne dépasse pas respectivement 10% et 25%. Seul I_____ a fait état d'une répartition égale pour chacune des activités. Il est également apparu que l'extraction du gravier elle-même n'occupait que peu de temps par année, soit une personne pour une vingtaine de jours par année selon B_____, ou deux ou trois mois par an selon H_____.

e) On peut en conclure, nonobstant le témoignage de I_____, au demeurant seul de son avis, et qui n'a travaillé pour la défenderesse que relativement peu de temps, que la production par la défenderesse de gravats provient pour la plus grande partie de déchets de chantier et non pas de gravier et de sable extraits de la gravière.

Ces proportions risquent d'évoluer sensiblement avec l'ouverture de la gravière au lieu-dit Sous-Bernex envisagée prochainement. Cette évolution n'influe toutefois pas sur le présent litige dès lors que la période déterminante dans le cadre du présent litige porte sur les années 2003 à 2008.

Il résulte du rapport de contrôle du 28 septembre 2007 qu'en 2006 la défenderesse avait réalisé 39% de son chiffre d'affaires avec des redevances de décharge et 49% avec la vente de sables et de graviers provenant de la gravière de S_____.

La défenderesse relève que la part du chiffre d'affaires "Décharges" ne reflète pas l'activité effective, mais la hausse des redevances sur décharges. La commission de recours a à cet égard relevé que cela semblait être une évolution logique du marché précisément compte tenu des conditions-cadres en mutation sur le plan politique et écologique, et que cela expliquait que la défenderesse ne veuille pas se séparer de ce secteur.

La Cour de céans constate que le poste des redevances de décharge n'a que relativement peu varié, puisqu'il correspond à 35% du chiffre d'affaires en 2003 et en 2004, à 40% en 2005, et à 39% en 2006. Il en résulte que l'activité de décharge elle-même a vraisemblablement quelque peu baissé, parallèlement à la hausse des redevances sur décharge. Il n'en reste pas moins que le poste "Vente de sable et gravier" de 49% en 2006 comprend à la fois la vente de granulats provenant du recyclage et celle de produits provenant du gravier et du sable extraits de la gravière, étant rappelé que les premiers sont plus importants. On ne saurait dès lors, comme le voudrait la défenderesse, simplement additionner les deux pourcentages pour obtenir 88% et dire que ceux-ci représenteraient la part de l'activité consacrée à l'exploitation de la gravière. Force est de conclure que les 49% sont composés en grande partie de la vente de produits issus du recyclage et non pas de l'extraction de matériaux naturels.

A titre de comparaison du reste, il est intéressant d'observer que selon la moyenne nationale, les entreprises membres de l'ASGB - lesquelles ne sont pas soumises à la CCT RA, tant que leur activité de recyclage n'est pas prépondérante - recyclent des déchets de chantier pour 12% et du gravier et du sable extraits de la gravière pour 88%.

f) La défenderesse, en tant qu'entreprise d'extraction de sable et de gravier, a l'obligation légale de ménager les ressources naturelles de matériaux de construction et d'utiliser de manière accrue des matériaux recyclés. La défenderesse en déduit que les dispositions de la CCT RA ne lui sont pas applicables. Tel n'est pas l'avis de la Cour de céans, l'obligation légale ne changeant rien quant au type d'activité exercé par l'entreprise.

14. La défenderesse insiste sur le fait que son activité de recyclage s'effectue sur le site même de D_____, et non pas sur les chantiers. Elle se réfère aux déclarations des témoins, notamment celles de Monsieur B_____, lequel a confirmé avoir principalement travaillé, sur le site de D_____, à passer des blocs de béton provenant de divers chantiers dans des concasseurs, afin d'obtenir du granulats. La défenderesse en conclut que les entreprises qui recyclent sur un site propre sont des

entreprises de gravière et d'installations de recyclage non soumises à la CCT RA. Le Président du GEG et le directeur de l'ASGB ont en effet expliqué, lors de leur audition, qu'il y avait, d'une part, les entreprises qui recyclent les produits de démolition directement sur les chantiers, qui n'étaient du reste pas membres du GEG, et, d'autre part, celles qui recyclent les produits de démolition, soit sur un site de gravières, soit sur un site industriel propre, qui, elles, sont membres du GEG, ce qui est précisément le cas de la défenderesse.

Selon la définition de l'activité de recyclage donnée par la CPPS toutefois, celle-ci consiste à traiter/transformer les déchets de chantiers en des matériaux de construction réutilisables. Il n'est pas question dans cette définition du lieu où se déroule la transformation. La CPPS n'en fait pas mention. Dans son courrier du 9 septembre 2005 du reste, elle indique expressément qu'il faut examiner quels sont les matériaux qui sont déchargés et recyclés, mais ne précise rien quant au lieu. Les art. 2 al. 1 CN et 2 al. 1 CCT RA sont également muets sur ce point.

La Cour de céans constate dès lors que la question de savoir si le traitement/transformation s'effectue sur le chantier ou sur un site propre n'est pas déterminante et ne permet pas de constituer un critère de distinction entre les activités soumises à la CCT RA et les autres. Elle relève au surplus et à l'instar de la FONDATION, que si l'on suivait le raisonnement tenu par la défenderesse à cet égard, les entreprises effectuant des travaux de recyclage similaires avec des matériaux similaires, soit par définition, des entreprises concurrentes, seraient soumises à une convention collective différente, selon le lieu de l'activité, ce qui aboutirait à un résultat pour le moins curieux, et que la FONDATION qualifie, à juste titre, de "distorsion de concurrence".

15. Il y a encore lieu de déterminer si la défenderesse se trouve en concurrence avec des entreprises de construction, si en d'autres termes elles se partagent le même marché (ATF 4C.191/06 ; 2A. 452/00).

La défenderesse allègue que tel n'est pas le cas. Elle s'efforce en effet de démontrer qu'elle ne peut être assimilée à une entreprise de construction, dans la mesure où les entreprises de construction sont précisément ses clientes - ce sont elles qui achètent le résultat de son activité - de sorte qu'elle ne saurait être en concurrence avec celles-ci.

Dans la mesure où la défenderesse produit des matériaux de construction réutilisables, comme le font les entreprises de construction qui procèdent au recyclage de leurs propres déchets, on ne voit cependant pas comment la défenderesse pourrait soutenir que ce faisant elle ne se trouve pas dans un rapport de concurrence directe avec celles-ci. Peu importe à cet égard qu'elle utilise parfois du sable et du gravier issus de la gravière et qu'elle exerce cette activité de recyclage sur un site propre.

e) Le directeur de l'ASGB, entendu le 6 septembre 2011, a encore évoqué un autre critère permettant de distinguer les entreprises soumises à la CCT RA des autres, celui du libre-passage. Il considère en effet que "l'absence de libre-passage ne pose pas de problème dans les entreprises de la construction, parce que les travailleurs restent dans la construction. Tel n'est pas le cas pour les travailleurs employés dans des entreprises affiliées à l'ASGB, parce que ceux-ci sont plus mobiles.

Il est vrai que certains travailleurs ne pourraient pas être mis au bénéfice des prestations de retraite anticipée, en raison de leur mobilité. On peut toutefois à l'inverse imaginer le cas d'un ouvrier qui viendrait travailler pour une entreprise non soumise à la CCT RA et qui dès lors perdrait totalement ou partiellement son droit à une retraite anticipée, pourtant acquis lors d'un emploi précédant auprès d'une entreprise de la construction. La Cour de céans ne retiendra dès lors pas non plus cet argument.

f) Il y a lieu de rappeler que le but de la CCT RA est de donner la possibilité au personnel travaillant pour les entreprises soumises à cette convention de prendre une retraite anticipée financièrement supportable. Or, la défenderesse considère que ses employés n'ont pas à être protégés de la sorte, dans la mesure où leurs conditions de travail ne sont pas aussi difficiles que celles que connaissent les ouvriers des entreprises de construction. Elle relève que ceux-ci demeurent sur les sites de D_____ et de S_____, bénéficient d'installations fixes (vestiaires, WC, cantines, etc.), et sont en général à l'abri, alors que les travailleurs du secteur de la construction changent sans cesse de lieu de travail en fonction des chantiers et travaillent surtout à l'extérieur ou dans des endroits peu protégés. Enfin, ses employés ont essentiellement à conduire des machines de chantiers, ce qui physiquement est beaucoup moins pénible.

La FONDATION souligne qu'en réalité, les conditions de travail sont variables selon les activités exercées et les circonstances dans le secteur principal de la construction, comme dans les autres secteurs économiques. Par ailleurs, de nombreux travailleurs du secteur principal de la construction conduisent également des machines de chantiers ou des camions.

La Cour de céans constate certes que le fait de disposer d'installations fixes sur son lieu de travail constitue un avantage indéniable de confort. Elle relève toutefois que le travail des employés de la défenderesse ne se borne pas à conduire des machines de chantier, ils doivent également traiter les blocs de béton et d'enrobés, les briques et le tout-venant avec des marteaux-piqueurs avant de les passer dans les concasseurs, ce qui constitue indéniablement une activité pénible (cf PV I_____ notamment). Il ressort par ailleurs des témoignages que s'agissant de l'activité de recyclage, les tâches effectuées et les machines utilisées sont les mêmes, sur le site de D_____ ou sur les chantiers de construction.

La défenderesse indique enfin qu'elle est classée dans la catégorie 1B par la CAISSE NATIONALE SUISSE D'ASSURANCE EN CAS D'ACCIDENTS (CNA), soit à la rubrique "entreprise de sable et gravier, centrale à béton frais, fabrique d'enrobées", alors que les entreprises du secteur principal de la construction appartiennent à la classe de risque 41A.

La Cour de céans ne retiendra pas non plus cet argument comme pertinent. En effet, les classes de risque sont estimées par la CNA/SUVA en fonction du nombre de cas d'accidents enregistrés et acceptés par année par rapport à 1'000 travailleurs employés à plein temps dans une catégorie professionnelle déterminée ; elles ne permettent pas de se rendre compte du caractère pénible des conditions de travail et prennent du reste également en compte les accidents survenus durant les loisirs.

16. a) La défenderesse reproche à la demanderesse d'avoir agi en violation du principe de la bonne foi en l'assujettissant à la CCT RA rétroactivement au 1^{er} juillet 2003, alors que l'organe d'encaissement de la demanderesse avait affirmé le 9 décembre 2003 qu'elle n'était pas concernée par la CCT RA.

La FONDATION rappelle à cet égard que le 14 juin 2006, elle avait informé la défenderesse qu'un contrôle visant à déterminer si l'entreprise était ou non assujettie à la CCT RA serait prochainement effectué. Dès lors, la défenderesse ne pourrait se prévaloir du droit à la protection de la bonne foi que pour la période antérieure à cette date.

b) Le droit à la protection de la bonne foi est expressément consacré à l'art. 9 Cst. Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst., qui est toujours valable (ATF 127 I 36 consid. 3a, 126 II 387 consid. 3a ; RAMA 2000 n. KV 126 p. 223), l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. Le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci. De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime (ATF 129 II 381 consid. 7.1 et les nombreuses références citées).

Pour cela, les conditions cumulatives suivantes doivent être réunies : 1. il faut que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ; 2. qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence ; 3. que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu ; 4. qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice ; 5. que la

loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 121 V 66 consid. 2a et les références).

Une autorité ne peut toutefois pas valablement promettre le fait d'une autre autorité (KNAPP, Précis de droit administratif, 4^e éd., p. 108).

Le droit à la protection de la bonne foi suppose un lien de causalité entre le renseignement obtenu et les dispositions prises par l'administré. Un tel lien existe si l'on peut admettre que celui-ci se serait comporté autrement sans le renseignement donné par l'autorité. En revanche, tout lien de causalité doit être nié si l'on peut admettre que même sans le renseignement obtenu, l'administré aurait pris les mêmes dispositions (WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bâle 1983, p. 102; le même auteur, Falsche Auskünfte von Behörden, in: ZBl 1991 p. 16). En ce qui concerne la preuve du lien de causalité, on ne saurait poser des exigences trop strictes. En effet, à partir du moment où l'administré a demandé des renseignements, il en découle la présomption de fait qu'en cas de réponse négative, celui-ci aurait adopté un autre comportement. Dès lors, la preuve du lien de causalité sera considérée comme donnée s'il apparaît vraisemblable, selon l'expérience générale de la vie, que l'administré se serait comporté autrement sans le renseignement obtenu (ATF 121 V 67 consid. 2b; ATFA non publié du 7 mai 2001, déjà cité).

c) En l'espèce, il est exact que par courrier du 9 décembre 2003, l'organe d'encaissement de la FONDATION a indiqué que la défenderesse ne devait pas être soumise à la CCT RA. Il y a toutefois lieu de relever que ce courrier n'était pas adressé à la défenderesse elle-même, mais à la SSE. L'indication était pour le moins succincte. On ne sait notamment pas sur quels éléments l'organe d'encaissement s'est fondé pour aboutir à cette conclusion. La question de savoir si par ce courrier, la FONDATION est intervenue dans une situation concrète à l'égard d'une personne déterminée, soit la défenderesse, paraît dans ces conditions plus que douteuse. On peut à cet égard s'étonner qu'elle n'ait pas jugé nécessaire, alors qu'elle-même se présente comme une entreprise de recyclage, de s'enquérir directement auprès de la FONDATION pour obtenir une confirmation de ce qu'elle n'avait pas à être assujettie. Elle ne saurait dès lors venir invoquer la protection de sa bonne foi. Rien dans le dossier ne permet par ailleurs de retenir que cette information l'ait conduite à adopter un comportement qui lui ait été préjudiciable. Elle ne l'allègue du reste pas.

17. Il y a lieu de conclure, au vu de tout ce qui précède, à l'assujettissement de la défenderesse, dans son intégralité, à la CCT RA.

18. 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 :

- i. L'employeur est redevable envers la FONDATION de la totalité des cotisations de l'employeur et des travailleurs.
- ii. 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 est en droit de déterminer les cotisations exigibles et pas encore prescrites sur la base d'une estimation.
- iii. 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.
- iv. La fondation facture par sommation un montant de 50 fr. ainsi qu'un intérêt moratoire de 5% dès l'exigibilité.
- v. 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.

19. Du fait de son assujettissement à la CCT RA, la défenderesse est ainsi tenue de s'acquitter des cotisations, parts salariales et employeur, calculées à compter de juillet 2003, conformément aux dispositions du règlement RA, de la cotisation d'entrée (art. 36 du règlement RA), ainsi que des intérêts moratoires (art. 9 al. 4 du règlement RA).

Il y a lieu d'ordonner à la défenderesse de communiquer à la FONDATION les attestations de salaire nominatives pour l'ensemble de ses travailleurs pour les années 2003 à 2008, de sorte que celle-ci soit en mesure de chiffrer ses conclusions en paiement.

20. 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).

La Cour de céans fixe en l'occurrence les dépens à 4'000 fr., en raison de la complexité du litige.

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

Statuant sur partie

conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

1. Déclare la demande recevable.
2. Dit que la défenderesse est assujettie à la CCT RA de 2003 à 2008 et est, partant, tenue de s'acquitter des cotisations y relatives.
3. Ordonne à la défenderesse de communiquer à la FONDATION les attestations de salaire nominatives pour l'ensemble de ses travailleurs pour les années 2003 à 2008.
4. L'y condamne en tant que de besoin.
5. Condamne la défenderesse à verser à la demanderesse la somme de 4'000 fr. à titre de participation à ses dépens.
6. Réserve la suite de la procédure.
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

Juliana BALDE

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