

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Jugement du 13 janvier 2023

Composition : M. MÉTRAL, président

MM. Neu et Piguet, juges

Greffière : Mme Jeanneret

Cause pendante entre :

W. _____, à [...], [...], demandeur, représenté par Me Charles Munoz,
avocat à Yverdon-les-Bains,

et

FONDATION POUR LA RETRAITE ANTICIPÉE FAR, à Zurich,
défenderesse, représentée par Me Christian Bruchez, avocat à Genève.

Art. 89a al. 6 CC ; 73 LPP

E n f a i t :

A. a) W._____ est né le [...]. Il a travaillé comme maçon pour l'entreprise H._____ Sàrl du 1^{er} juillet 2001 au 30 novembre 2017. Cette entreprise était active dans le secteur principal de la construction.

Après le 30 novembre 2017, W._____ s'est annoncé à l'assurance-chômage et a perçu des indemnités journalières de chômage du 1^{er} décembre 2017 au 30 juin 2021. Il par ailleurs réalisé des gains intermédiaires à la suite de son engagement en qualité de maçon, par périodes, par l'entreprise de location de services R._____ SA. Cette société l'a placé en mission auprès de X._____ Sàrl, les 8 et 9 mars 2018, du 16 avril au 21 décembre 2018, du 14 janvier au 20 décembre 2019, du 11 janvier au 20 mars 2020, les 27 et 28 avril 2020, du 3 juin au 26 juillet 2020, du 24 août au 18 décembre 2020 et du 1^{er} février au 1^{er} avril 2021. Les contrats de mission signés par R._____ SA et W._____ jusqu'au 17 janvier 2020 mentionnaient notamment que l'entreprise d'affectation X._____ Sàrl était soumise à la convention collective de travail « PR LA CONSTRUCTION VD ». Les contrats signés par la suite précisaient que l'entreprise d'affectation était soumise à la convention collective de travail « CN Secteur principal de la construction VD ». Tous les contrats de mission précisaient que R._____ SA était soumise à la convention collective de travail « Location de services ».

X._____ Sàrl a pour but social l'exploitation d'un bureau d'études, la valorisation, la gestion et l'entretien de biens immobiliers, la conception, la réalisation et l'entretien d'aménagements paysagers, ainsi que les opérations immobilières.

b) Le 12 novembre 2002, la Société suisse des entrepreneurs, le Syndicat industrie et bâtiment SIB et le Syndicat interprofessionnel Syna ont signé la Convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (CCT RA), avec pour but de permettre aux travailleurs concernés de prendre une retraite anticipée dès l'âge de 60 ans (art. 14). Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 et a

été étendue à l'ensemble du territoire suisse, excepté le canton du Valais, par divers arrêtés du Conseil fédéral, la première fois le 5 juin 2003. Elle prévoit, pour sa mise en œuvre, la constitution de la « Fondation pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (FAR) » (ci-après : la Fondation FAR ; cf. art. 23 CCT RA).

Le Conseil de fondation de la Fondation FAR a édicté, le 4 juillet 2003, le Règlement RA, ou Règlement relatif aux prestations et aux cotisations de la fondation pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (Fondation FAR). Celui-ci règle le départ à la retraite anticipée volontaire au cours des cinq dernières années avant l'âge ordinaire de l'AVS et prévoit une atténuation financière pour les années de transition jusqu'à l'âge ordinaire de l'AVS (art. 1 al. 1). Il est applicable pour les entreprises et catégories de travailleurs soumis à la CCT RA de même que pour les entreprises et pour les catégories de travailleurs assujettis à cette convention collective du fait de son extension (art. 3 al. 1). L'assujettissement au champ d'application de la CCT RA ou la déclaration d'adhésion écrite déploient les effets juridiques d'un contrat d'adhésion avec la Fondation FAR (art. 3 al. 3). Les entreprises composées de secteurs qui entrent dans le champ d'application relatif au genre d'entreprise de la CCT RA ou de l'arrêté d'extension de cette convention collective peuvent, par contrat, s'affilier à la Fondation FAR pour les autres secteurs de l'entreprise qui n'entrent pas dans le champ d'application relatif au genre d'entreprise (art. 3^{bis} paragraphe 1).

c) Le 23 mai 2017, la Fondation FAR a écrit à X._____ Sàrl qu'au vu de son but social, elle était probablement assujettie au champ d'application de la CCT RA. En vue de permettre de déterminer si tel était bien le cas, X._____ Sàrl était invitée à remplir un formulaire général d'auto-déclaration, un formulaire « entreprise mixte 1 » et un formulaire « entreprise mixte 2 ». X._____ Sàrl a rempli et retourné les formulaires en question le 14 juillet 2017. Elle y exposait notamment qu'elle n'avait qu'un seul employé (hors cadres dirigeants et personnel technique) et

qu'elle était active dans plusieurs secteurs, à savoir « bureau d'études, « aménagement paysagers », « nettoyage » et « maçonnerie ».

Le 31 octobre 2018, après un rappel, X._____ Sàrl a rempli un questionnaire complémentaire que lui avait adressé la Fondation FAR le 25 avril 2018 (formulaire « activité prédominante »), dans lequel elle précisait être active à raison de 20 % dans le domaine du bâtiment et du génie civil, 25 % dans celui de l'entretien de jardins, 10 % dans celui du nettoyage et 45 % dans celui des « travaux dans le bureau d'études ». Elle indiquait n'être assujettie à aucune convention collective de travail ni à aucune association professionnelle.

Le 13 novembre 2018, la Fondation FAR a communiqué à X._____ Sàrl une « décision de l'office de gestion de la Fondation FAR » constatant qu'elle n'entrait pas dans le champ d'application de la CCT RA relatif au genre d'entreprise et, partant, qu'elle n'était pas tenue de cotiser à la Fondation FAR pour ses collaborateurs. La « décision » pouvait faire l'objet d'un recours dans les trente jours, devant la Fondation FAR.

d) R._____ SA a régulièrement annoncé les salaires versés à W._____ à la Fondation FAR et lui a versé des cotisations tenant compte de ces salaires. Ces cotisations comprenaient une part prélevée sur le salaire de l'employé, correspondant à 1,5 à 2,25 % du salaire AVS (jusqu'au maximum LAA), et une part employeur correspondant à 5,5 % du salaire AVS (jusqu'au maximum LAA ; art. 6 et 7 du Règlement RA).

e) Le 30 octobre 2020, W._____ a adressé à la Fondation FAR une demande de prestations en vue d'une retraite anticipée à 60 ans, soit au [...]. Le 16 février 2021, la Fondation FAR a rendu une « décision » par laquelle elle a refusé la demande de prestations au motif que W._____ ne remplissait pas les conditions relatives à la durée d'emploi dans le secteur principal de la construction. En particulier, il présentait une lacune de deux ans et onze mois durant les sept dernières années, les périodes pendant lesquelles il avait été placé en mission auprès de X._____ Sàrl par R._____ SA n'étant pas soumises à la CCT RA.

f) Le 25 février 2021, W._____ a interjeté un « recours » contre cette « décision » après de la Commission de recours du Conseil de la Fondation FAR en alléguant que R._____ SA lui avait assuré qu'il était bien soumis à la CCT RA pendant son activité pour cette société et qu'il avait pris des dispositions en vue d'une retraite anticipée en se fondant, de bonne foi, sur ces renseignements. Il avait ainsi résilié son contrat de bail et son épouse avait résilié son contrat de travail en vue d'un départ pour [...]. Etant privé de prestations de retraite anticipée, il se trouverait prochainement sans source de revenu, alors qu'il avait travaillé près de 35 ans dans le secteur principal de la construction. Il demandait par conséquent à la Fondation FAR d'appliquer la clause de rigueur prévue par l'art. 14 al. 3 de la CCT RA et de le mettre au bénéfice des prestations de retraite anticipée.

Par « décision » du 28 mai 2021, la Commission de recours de conseil de la Fondation FAR a maintenu le refus de prester.

B. Par acte du 31 août 2021, W._____ (ci-après : le demandeur), représenté par Me Charles Munoz, a ouvert contre la Fondation FAR (ci-après : la défenderesse), devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, une action en paiement d'une rente transitoire pour la retraite anticipée dès le 1^{er} juillet 2021, subsidiairement en paiement d'une « rente transitoire pour cas de rigueur injuste », dès le 1^{er} juillet 2021, sous suite de frais et dépens.

La Fondation FAR s'est déterminée le 28 octobre 2021 et a conclu au rejet de la demande.

Les parties se sont encore déterminées les 14 décembre 2021 (demandeur) et 11 janvier 2022 (défenderesse), en maintenant leurs conclusions.

Le 22 septembre 2022, le juge en charge de l'instruction a invité la défenderesse à produire son dossier complet concernant la

procédure qui l'avait conduite à constater l'absence d'assujettissement de X._____ Sàrl le 13 novembre 2018. La défenderesse, désormais représentée par Me Christian Bruchez, a produit le dossier demandé le 21 octobre 2022, avec une nouvelle détermination. Ces documents ont été communiqués à la partie adverse pour information.

Le 22 novembre 2022, le juge en charge de l'instruction de la cause a informé les parties du fait que la cause paraissait en l'état d'être jugée et que, sauf nouvelle réquisition, un jugement serait rendu dès que la charge du tribunal le permettrait.

E n d r o i t :

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

b) La défenderesse est une fondation de prévoyance non enregistrée au registre de la prévoyance professionnelle obligatoire et pratique exclusivement la prévoyance surobligatoire (cf. art. 48 al. 1 LPP). Comme fondation de prévoyance en faveur du personnel dont le domaine d'activité s'étend à celui de la prévoyance vieillesse au sens de l'art. 89a al. 6 CC, elle est soumise, conformément au ch. 19 de cette disposition, aux art. 73 et 74 LPP relatifs au contentieux. Le demandeur était par ailleurs essentiellement engagé dans le canton de Vaud dans le cadre de

sa dernière activité pour R._____ SA, de sorte que la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente à raison de la matière et à raison du lieu. Pour le surplus, la demande a été déposée dans les formes requises, de sorte qu'elle est recevable.

2. Le litige porte sur le droit du demandeur à une rente transitoire de la défenderesse, dès le 1^{er} juillet 2021. Il s'agit plus particulièrement de déterminer s'il remplit les conditions relatives à la durée minimale d'assujettissement ou s'il peut exceptionnellement en être exempté.

3. Le demandeur se réfère régulièrement à des dispositions de la CCT RA, dont il déduit des droits vis-à-vis de la défenderesse. Les prestations de la défenderesse sont toutefois définies dans son Règlement RA, sous réserve d'éventuels renvois à la CCT RA. On se référera donc, ci-après, aux dispositions du Règlement RA. On observera néanmoins que ce règlement reprend, dans une très large mesure, la CCT RA sur les conditions du droit aux prestations et qu'il ne paraît pas s'en écarter sur des questions qui seraient déterminantes en l'espèce.

4. a) aa) Aux termes de l'art. 13 al. 1 du Règlement RA, le travailleur peut faire valoir son droit à une rente transitoire si, de manière cumulative, il a 60 ans révolus (let. a), il n'a pas encore atteint à l'âge de la retraite AVS (let. b), il a exercé une activité soumise à l'obligation de cotiser pendant au moins 15 ans pendant les 20 dernières années et de manière ininterrompue pendant les sept dernières années précédant le versement des prestations dans une entreprise selon le champ d'application de la CCT RA (let. c) et il renonce définitivement à toute activité lucrative (let. d).

bb) Conformément à l'art. 13 al. 2 du Règlement RA, le travailleur ne satisfaisant pas intégralement au critère de la durée d'occupation (al. 1 let. c) peut faire valoir son droit à une rente transitoire réduite lorsqu'il a exercé une activité soumise à l'obligation de cotiser pendant 10 ans seulement dans une entreprise selon le champ

d'application de la CCT RA en Suisse au cours des 20 dernières années et de manière ininterrompue pendant les sept dernières années précédant le versement des prestations (let. a) et/ou lorsqu'il a été chômeur pendant deux ans au maximum au cours des sept années précédant la retraite anticipée (let. b, première phrase).

cc) Pour établir les durées d'occupation mentionnées dans ces dispositions, les périodes pendant lesquelles des travailleurs ont été placés par un bailleur de services dans une entreprise locataire qui est soumise à la CCT RA sont également prises en considération, à condition que la fonction exercée dans l'entreprise locataire de service entre dans le champ d'application relatif au personnel (art. 3 al. 1 CCT RA) et si les cotisations réglementaires ont été versées pendant cette période à la Fondation FAR (cf. art. 13 al. 1^{bis} du Règlement RA).

b) Il est admis par les parties, à juste titre, que H. _____ Sàrl était soumise à la CCT RA. Il n'y pas lieu d'y revenir. La défenderesse conteste, en revanche, que l'activité du demandeur pour R. _____ SA entre dans le champ d'application de cette convention. A cet égard, le point de savoir si X. _____ Sàrl était soumise à la CCT RA est déterminant pour l'application de l'art. 13 du Règlement RA (consid. 4a/cc ci-avant). Or, la Fondation FAR a constaté à juste titre, le 13 novembre 2018, que tel n'était pas le cas. Il ressort en effet des renseignements communiqués par X. _____ Sàrl que son activité dans le domaine de la construction n'est qu'accessoire (20 %) par rapport aux autres activités telles que l'entretien de jardins, le nettoyage et le « bureau d'études » (consid. A/c ci-avant). Cela correspond d'ailleurs à son but social (exploitation d'un bureau d'études, la valorisation, la gestion et l'entretien de biens immobiliers, la conception, la réalisation et l'entretien d'aménagements paysagers, ainsi que les opérations immobilières). La Fondation FAR a également constaté à l'époque, à juste titre, que X. _____ Sàrl avait une taille insuffisante pour constituer une entreprise mixte authentique et qu'il convenait par conséquent de l'exclure intégralement du champ d'application de la CCT RA (sur ce point : TF 4A_351/2014 du 9 septembre 2014). X. _____ Sàrl n'a pas émis de contestation à la suite de ce constat ; elle avait d'ailleurs

elle-même indiqué, dans ses réponses du 30 octobre 2018 sur le formulaire « activité prédominante », ne pas être soumise à une convention collective de travail. Il s'ensuit que la période d'activité du demandeur pour R. _____ SA, en mission auprès de X. _____ Sàrl, ne correspond pas à une période d'activité pour une entreprise entrant dans le champ d'application de la CCT RA. Le demandeur ne développe du reste aucun argument en vue d'établir que X. _____ Sàrl aurait été assujettie à la CCT RA, mais se limite à alléguer que R. _____ SA lui avait donné des assurances dans ce sens, auxquelles il avait cru de bonne foi.

c) aa) Le demandeur remplit, depuis le 1^{er} juillet 2021, les conditions posées par les lettres a, b et d de l'art. 13 al. 1 du Règlement RA pour l'octroi de prestations de retraite anticipée. La défenderesse ne le conteste pas. Elle considère, en revanche, qu'il ne remplit pas les conditions posées par l'art. 13 al. 1 let. c ou, à défaut, par l'art. 13 al. 2, en particulier l'exercice d'une activité soumise à l'obligation de cotiser de manière ininterrompue pendant les sept dernières années, dans une entreprise entrant dans le champ d'application de la CCT RA.

bb) Pendant les sept années précédant le 1^{er} juillet 2021, soit pendant la période du 1^{er} juillet 2014 au 30 juin 2021, le demandeur a travaillé pendant trois ans et cinq mois dans une entreprise du secteur principal de la construction, soumise à la CCT RA. Il lui manque donc trois ans et sept mois d'activité dans ce secteur. Si l'on admet de prendre en considération l'intégralité des périodes de chômage du recourant, mais deux ans au maximum, comme semble le suggérer l'art. 13 al. 2 let. b du Règlement RA, on constate une durée totale de cinq ans et cinq mois à prendre en considération pendant les sept dernières années, de sorte que subsiste une lacune d'une année et sept mois au moins. Cette lacune exclut en principe l'ouverture des prestations de retraite anticipée prévues par les art. 13 al. 1 et 2 du Règlement RA.

5. a) Le demandeur soutient avoir choisi de travailler pour R. _____ SA et X. _____ Sàrl parce qu'il était certain d'être soumis à la CCT RA pendant son activité pour ces sociétés et que son ancien

employeur, G._____, était le contremaître de X._____ Sàrl. Il s'était renseigné expressément auprès de R._____ SA pour déterminer s'il était assujetti à la CCT RA et avait reçu une réponse positive de cet employeur. Il souligne que des cotisations ont été payées sur son salaire à la Fondation FAR par X._____ Sàrl. De bonne foi, il a donc cru pouvoir bénéficier d'une retraite anticipée et a pris des dispositions pour rentrer au [...] avec son épouse dès l'été 2021, de sorte qu'il se trouve depuis lors sans revenu.

b) Le recourant n'a demandé directement aucun renseignement à la défenderesse. Cette dernière n'en a pas davantage communiqué à R._____ SA, en relation avec la situation particulière du demandeur. Elle n'est pas liée par les assurances que R._____ SA ou G._____ auraient données au demandeur, qui ne peut donc pas invoquer à son encontre le droit à la protection de la bonne foi, garanti par l'art. 9 Cst, à supposer que cette disposition soit directement applicable en l'espèce. On observera au demeurant que X._____ Sàrl a connaissance de la position de la défenderesse relative à l'absence d'assujettissement depuis le mois de novembre 2018, qu'elle savait auparavant que cette question faisait l'objet de mesures d'instruction, et qu'elle a elle-même indiqué à la défenderesse qu'elle n'était soumise à aucune convention collective, en octobre 2018. Elle était donc parfaitement en mesure de renseigner correctement le demandeur ou l'entreprise bailleuse de services R._____ SA, pour autant qu'ils s'informent, avant que le demandeur entreprenne, dans la perspective d'une retraite anticipée, des démarches préjudiciables à ses intérêts.

Il est vrai que des cotisations ont été versées, en partie prélevées sur le salaire du demandeur. Cela découle du fait que R._____ SA intégrait le salaire du demandeur dans la masse salariale annuelle qu'elle annonçait à l'institution de prévoyance. Rien ne permet de constater que cette dernière savait auprès de quelle entreprise le demandeur avait été placé en mission ni, a fortiori, qu'elle savait que cette entreprise locataire de services n'était pas assujettie à la CCT RA. S'il trouve certes « choquant » qu'un bailleur de service ne soit pas tenu

d'annoncer les entreprises locataires de services au sein desquelles leurs collaborateurs ont œuvré, le demandeur paraît ainsi admettre qu'une telle obligation ne repose sur aucune base légale ou conventionnelle.

Pour le surplus, le demandeur n'a pris aucune conclusion en remboursement de cotisations indûment versées, de sorte que cette question sort de l'objet du litige.

6. a) Le demandeur conclut à titre subsidiaire à l'octroi d'une rente transitoire pour cas de rigueur.

b) Aux termes de l'art. 13 al. 4 du Règlement RA, le conseil de fondation peut dans des cas particuliers, afin d'éviter des cas de rigueur injustes, octroyer des rentes transitoires si on est en présence de conditions ne différant que faiblement de celles fixées de manière cumulative dans la CCT RA et le règlement RA et si le requérant a travaillé majoritairement dans le secteur principal de la construction. En cas de lacunes de cotisations, le conseil de fondation doit exiger le paiement des cotisations des travailleurs et des employeurs qui auraient dû être payées et peut en plus prévoir une réduction de rente.

c) L'art. 13 al. 4 du Règlement RA est formulé de manière potestative, de sorte que le demandeur ne peut en principe pas en déduire un droit. La défenderesse a par ailleurs exposé que selon sa pratique, elle n'alloue pas de prestations pour cas de rigueur lorsque la lacune d'assurance dépasse trois mois. Cette pratique ne paraît pas contraire à l'art. 13 al. 4 du Règlement RA. En effet, cette disposition ne peut s'appliquer que si le requérant a travaillé majoritairement dans le secteur de la construction. Il concerne donc des personnes qui remplissent en principe la condition de dix ans d'activité soumise à cotisation dans les vingt dernières années, posée par l'art. 13 al. 2 du Règlement RA pour l'octroi d'une rente transitoire partielle. La nécessité de combler une lacune concerne donc essentiellement des personnes qui ne remplissent pas l'exigence d'une activité dans le secteur principal de la construction, soumise à l'obligation de cotiser, de manière ininterrompue pendant les

sept dernières années. En l'espèce, le demandeur présente une lacune de trois ans et sept mois pendant les sept dernières années ; en prenant en considération deux ans de chômage, il présente encore une lacune d'une année et sept mois. On est largement au-dessus du seuil de trois mois admis par la pratique du conseil de fondation de la défenderesse et il s'agit d'une lacune qui reste trop importante pour que l'on puisse considérer être en présence de conditions ne différant que faiblement de celles fixées pour l'octroi des prestations « ordinaires ».

7. Vu ce qui précède, les conclusions du demandeur sont infondées.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 73 al. 2 LPP), ni d'allouer des dépens à la partie demanderesse, qui n'obtient pas gain de cause (art. 55 al. 1 LPA-VD, par renvoi de l'art. 109 LPA-VD). La partie défenderesse, qui a procédé dans l'accomplissement d'une tâche réglée par le droit public, n'a pas davantage droit à des dépens (ATF 126 V 143 consid. 4 ; voir également ATF 128 V 323).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I. La demande est rejetée.
- II. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Charles Munoz (pour W. _____),
- Me Christian Bruchez (pour Fondation pour la retraite anticipée FAR),
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

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

La greffière :