

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

9C_782/2014

Arrêt du 25 août 2015

Ile Cour de droit social

Composition

Mmes et MM. les Juges fédéraux Glanzmann, Présidente, Meyer, Pfiffner, Parrino et Moser-Szeless.
Greffier : M. Piguet.

Participants à la procédure

Fondation pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (Fondation FAR),
représentée par Me Christian Bruchez, avocat,
recourante,

contre

A. _____ SA,
représentée par Me Jean-Jacques Martin, avocat,
intimée.

Objet

Prévoyance professionnelle,

recours contre le jugement de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre des
assurances sociales, du 24 septembre 2014.

Faits :

A.

A.a. La Société Suisse des Entrepreneurs (SSE), d'une part, et les syndicats SIB (Syndicat Industrie & Bâtiment; aujourd'hui: UNIA) et SYNA, d'autre part, ont conclu le 12 novembre 2002 la Convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (ci-après: la CCT RA). Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 et applicable à l'ensemble du territoire suisse (à l'exception du Valais) à la suite de son extension par le Conseil fédéral, elle 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 et d'en atténuer les conséquences financières. Afin d'assurer l'application de la convention, les parties contractantes ont constitué le 19 mars 2003 la Fondation pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (ci-après: la Fondation FAR).

A.b. A. _____ SA et B. _____ SA sont deux sociétés sises à la même adresse à C. _____. Alors que la première a pour but social l'exploitation, le traitement, le transport et la vente de graviers et de sables ainsi que de tous autres matériaux de construction, de même que l'achat et la vente de matériel d'exploitation de gravière, la seconde a pour but social la mise à disposition, la location, l'achat et la vente de matériel de travaux publics, de chantiers et de gravières. Dans les faits, A. _____ SA exploite une installation fixe de recyclage de déchets de chantier inertes dont le personnel est mis à disposition par B. _____ SA. Par contrat de fusion du 19 juin 2013, A. _____ SA a repris les actifs et les passifs de B. _____ SA.

A.c. Au cours de l'été 2008, la Commission paritaire genevoise du Gros oeuvre a procédé pour le compte de la Fondation FAR à un contrôle d'assujettissement relatif à la CCT RA. Celle-ci est arrivée à la conclusion que A. _____ SA et B. _____ SA étaient assujetties à la CCT RA de par la nature de leurs activités et les qualifications du personnel employé. Par courriers du 28 janvier 2009, la Fondation FAR a formellement informé B. _____ SA et A. _____ SA qu'elles étaient

assujetties à la CCT RA, A. _____ SA étant toutefois provisoirement exonérée de l'obligation de cotisation, faute pour elle d'employer du personnel. Malgré le désaccord manifesté par B. _____ SA, la décision d'assujettissement prononcée à son encontre a été confirmée le 8 septembre 2009 par la Commission de recours de la Fondation FAR.

B.

Après avoir tenté, sans succès, d'obtenir le paiement des cotisations dues pour les années 2004 à 2006 par la voie de la poursuite pour dettes, la Fondation FAR a, le 16 mars 2012, ouvert action contre B. _____ SA devant la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève, en concluant à ce que B. _____ SA soit condamnée à lui verser la somme de 60'735 fr. 20 au titre des cotisations dues pour les années 2004 à 2009 (avec intérêts moratoires à 5 % l'an à compter du 31 décembre 2006), subsidiairement la somme de 36'495 fr. 25 au titre des cotisations dues pour les années 2006 à 2009 (avec intérêts moratoires à 5 % l'an à compter du 15 mars 2007). Par jugement du 24 septembre 2014, la Cour de justice a rejeté l'action de la Fondation FAR.

C.

La Fondation FAR interjette un recours en matière de droit public contre ce jugement dont elle demande l'annulation. Elle conclut à la condamnation de A. _____ SA au paiement de la somme de 60'735 fr. 20 (avec intérêts moratoires à 5 % l'an à compter du 31 décembre 2006), subsidiairement au paiement de la somme de 36'495 fr. 25 (avec intérêts moratoires à 5 % l'an à compter du 15 février 2008).

A. _____ SA conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable, tandis que l'Office fédéral des assurances sociales a renoncé à se déterminer.

D.

La IIe Cour de droit social du Tribunal fédéral a tenu une délibération publique le 25 août 2015.

Considérant en droit :

1.

La société B. _____ SA a été radiée du registre du commerce le 27 juin 2013 à la suite de sa fusion avec la société A. _____ SA. En cas de reprise par voie de fusion, la société reprenante se substitue à celle qui a été reprise au plan de la procédure. Cette substitution de parties s'opère de plein droit en vertu du droit fédéral (cf. art. 17 al. 3 PCF, applicable par renvoi de l'art. 71 LTF; art. 22 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine [Loi sur la fusion, LFus; RS 221.301]; arrêt 2C_909/2008 du 2 novembre 2009 consid. 1.1 et les références). La société A. _____ SA doit donc être considérée comme partie intimée dans la présente procédure.

2.

Le recours en matière de droit public peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être limité par les arguments de la partie recourante ou par la motivation de l'autorité précédente. Le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués, compte tenu de l'exigence de motivation prévue à l'art. 42 al. 2 LTF, et ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF). Il fonde son raisonnement sur les faits retenus par la juridiction de première instance (art. 105 al. 1 LTF) sauf s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). La partie recourante qui entend s'écarter des faits constatés doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions de l'art. 105 al. 2 LTF sont réalisées sinon un état de fait divergent ne peut être pris en considération. Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

3.

Le litige a trait au paiement par B. _____ SA de cotisations à la Fondation FAR pour la période courant du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2009, singulièrement à la question de l'assujettissement au cours de cette période de cette société à la CCT RA.

4.

4.1. Dans la mesure où l'intégralité du capital-actions de A. _____ SA appartenait à B. _____ SA, la juridiction cantonale a considéré que B. _____ SA et A. _____ SA ne constituaient pas

des entités indépendantes l'une de l'autre. Les conditions d'un abus de droit manifeste n'étant toutefois pas réalisées dans le cas d'espèce, eu égard principalement à l'activité concrète exercée par B. _____ SA (mise à disposition de A. _____ SA de personnel et de matériel de chantier), il convenait néanmoins de s'en tenir à la règle de l'indépendance juridique d'une société anonyme et, partant, de nier que cette société était assujettie à la CCT RA. Par ailleurs, la juridiction cantonale a estimé que B. _____ SA ne pouvait être considérée comme une bailleuse de services au sens de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11).

4.2. La recourante reproche à la juridiction cantonale d'avoir violé le droit fédéral. Elle soutient que B. _____ SA était un sous-traitant de A. _____ SA, dont l'activité effective et exclusive relevait du secteur du recyclage de matériaux de chantier, et qu'elle devait, à ce titre, être assujettie à la CCT RA conformément à l'art. 2 al. 4 let. b de l'arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la CCT RA (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2012). Dans l'hypothèse où le Tribunal fédéral devait admettre que la mise à disposition par B. _____ SA de son personnel à A. _____ SA relevait plutôt de la location de personnel, la recourante fait valoir que l'assujettissement de B. _____ SA résultait de l'art. 20 al. 3 LSE.

5.

Contrairement à ce qu'affirme la recourante tout au long de son recours, la juridiction cantonale n'a pas examiné ni a fortiori tranché la question de savoir si le domaine d'activité dans lequel B. _____ SA et A. _____ SA évoluaient (exploitation d'une installation fixe de recyclage de déchets de chantier) entraînait dans le champ d'application de la CCT RA, alors même que l'intimée en avait fait un point central de son argumentation. La réponse à cette question peut continuer à demeurer indéterminée, car le recours doit être rejeté pour les motifs qui vont suivre.

6.

Il n'est pas contesté en l'espèce que l'activité exercée concrètement par B. _____ SA durant la période litigieuse a consisté à mettre à disposition de A. _____ SA du personnel et du matériel de chantier (chargeuse sur pneus).

6.1. La recourante allègue que B. _____ SA exerçait dans les faits une activité de sous-traitance pour le compte de A. _____ SA, de sorte qu'il fallait considérer, par extension, que B. _____ SA était elle aussi active dans le domaine du recyclage de matériaux de chantier.

6.1.1. Ni le droit suisse ni la jurisprudence ne donnent de définition précise de la sous-traitance. Selon la définition communément admise par la doctrine, le contrat de sous-traitance est le contrat d'entreprise par lequel une partie (le sous-traitant) s'engage à l'égard d'une autre (l'entrepreneur principal) à effectuer tout ou partie de la prestation de l'ouvrage que celui-ci s'est engagé à réaliser pour un maître (le maître principal; PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5^e éd. 2011, n. 137 p. 53; Pierre Tercier/Pascal G. Favre, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd. 2009, n. 4290 p. 644; voir également FRANÇOIS CHAIX, *Le contrat de sous-traitance en droit suisse*, 1995, p. 85 ss.; arrêt 2A.215/2003 du 20 janvier 2005 consid. 3.5). Si toutefois l'activité se limite à la mise à disposition de main d'œuvre en faveur de l'entrepreneur (location de personnel), il ne s'agit pas d'un contrat de sous-traitance (GAUCH, *op. cit.*, n. 138 p. 54; Tercier/Favre, *op. cit.*, n. 4292 p. 645; voir également ROMEO CERUTTI, *Der Untervertrag*, 1990, n. 59 ss p. 14).

6.1.2. En l'espèce, B. _____ SA ne s'est à aucun moment engagée à produire et livrer un ouvrage pour le compte de A. _____ SA, son activité consistant presque exclusivement en la mise à disposition de personnel au profit de cette dernière. L'activité déployée par B. _____ SA au profit de A. _____ SA ne revêtait ainsi pas les caractéristiques d'un contrat d'entreprise. Le contrat de sous-traitance n'apparaît ainsi pas comme la construction juridique appropriée pour appréhender la situation de B. _____ SA au regard de ses liens avec A. _____ SA.

6.2. La recourante soutient également que l'activité exercée par B. _____ SA relevait de la location de services au sens de la LSE.

6.2.1. La juridiction cantonale a considéré que les rapports qui liaient B. _____ SA à A. _____ SA ne revêtaient pas les caractéristiques de la location de services. Elle a notamment constaté que B. _____ SA, tout en mettant du personnel à disposition de A. _____ SA, exerçait elle-même le pouvoir de direction sur son propre personnel, sans abandonner à l'entreprise locataire l'essentiel de ses pouvoirs. Selon la jurisprudence, la mise à disposition de personnel sous la seule responsabilité

du locataire de services, en dehors de tout contrôle d'un bailleur tenu à une simple obligation de moyens, est caractéristique de la location de services (arrêt 2A.425/2006 du 30 avril 2007 consid. 5.2.3). A contrario, si le bailleur de services garde le pouvoir de direction sur le personnel loué, il ne s'agit pas de location de services au sens des dispositions de la LSE.

6.2.2. En l'occurrence, il n'y a pas lieu de remettre en cause l'appréciation juridique de la juridiction cantonale. Dans la mesure où la recourante ne critique pas les constatations de fait de la juridiction cantonale (relatives notamment à l'absence de pouvoir de direction de A. _____ SA sur le personnel mis à disposition par B. _____ SA), il ne se justifie en effet pas de revenir sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées. Il n'est à tout le moins pas suffisant de soutenir, comme le fait la recourante dans son mémoire de recours, qu'il n'est juridiquement pas possible, au vu des circonstances, de nier à la fois l'existence d'un contrat de sous-traitance et d'un contrat de location de services, un tel raisonnement ne démontrant pas en quoi le jugement attaqué ne serait pas conforme au droit.

6.3. La juridiction cantonale a pour sa part estimé qu'il convenait d'examiner la situation sous l'angle du principe de la transparence.

6.3.1. Elle a constaté que B. _____ SA et A. _____ SA avaient eu jusqu'au 19 juin 2013, date à laquelle A. _____ SA a repris les actifs et passifs de B. _____ SA, le même président du conseil d'administration (depuis 2006), un siège social identique et un papier à lettre faisant mention d'une adresse identique (case postale) et des mêmes numéros de téléphone et de fax. B. _____ SA détenait 94 % environ du capital-actions de A. _____ SA, les 6 % restants étant en mains personnelles du président du conseil d'administration, lequel était également actionnaire de B. _____ SA à raison de 50 %, l'autre 50 % étant détenu par un tiers (D. _____ SA). Au surplus, A. _____ SA était la seule cliente de B. _____ SA. Sur la base de ces faits, la juridiction cantonale a admis que B. _____ SA et A. _____ SA ne constituaient pas des entités indépendantes et, partant, qu'il y avait identité de personnes. Dans la mesure toutefois où les deux sociétés avaient été créées respectivement en 1978 et 1980, il n'était pas concevable que cette construction juridique ait pu avoir pour but d'éviter l'application étendue de la CCT RA, celle-ci n'étant entrée en vigueur qu'à compter du 1er juillet 2003. En l'absence d'un abus de droit manifeste, il n'y avait pas de raison d'assujettir B. _____ SA à la CCT RA.

6.3.2. En règle générale, il convient de respecter l'indépendance juridique d'une personne morale. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tiers peut être tenu des engagements d'un débiteur avec lequel il forme une identité économique. En effet, selon la théorie de la transparence ("Durchgriff"), on ne peut pas s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société anonyme appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale; malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe pas des entités indépendantes, la société étant un simple instrument dans la main de son auteur, lequel, économiquement, ne fait qu'un avec elle; on doit dès lors admettre, à certains égards, que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes et que les rapports de droit lient l'une également l'autre. Le principe de la bonne foi en affaires exige qu'il soit fait abstraction de l'indépendance formelle, évitant ainsi de consacrer un abus de droit (art. 2 CC; ATF 128 II 329 consid. 2.4 p. 333; cf. également ATF 132 III 489 consid. 3.2 p. 493; 121 III 319 consid. 5a/aa p. 321 et les arrêts cités; Paul-Henri Steinauer, Le titre préliminaire du Code civil, in *Traité de droit privé suisse*, vol. II/1, 2009, n° 513 s.). L'application du principe de la transparence suppose donc d'abord qu'il y ait identité des personnes conformément à la réalité économique ou, en tout cas, la domination économique d'un sujet de droit sur l'autre; il faut ensuite que la dualité soit invoquée de manière abusive, c'est-à-dire pour en tirer un avantage injustifié (arrêt 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 7.2.1 et les références, in SJ 2014 I p. 17).

6.3.3.

6.3.3.1. Comme l'a mis en évidence la juridiction cantonale, il existe, sous l'angle de la réalité économique, une identité économique manifeste entre B. _____ SA et A. _____ SA. Nonobstant la dualité de personnes à la forme, il apparaît, eu égard à la complémentarité des activités, à la structure de l'actionnariat, à la composition des conseils d'administration ou encore aux éléments constitutifs de l'identité visuelle (adresse, papier à lettre), que B. _____ SA et A. _____ SA constituaient dans les faits une entité unique.

6.3.3.2. Cela étant, la juridiction cantonale a à juste titre considéré que cette dualité n'était pas constitutive d'un abus de droit dans le cas d'espèce. La règle prohibant l'abus de droit autorise certes le juge à corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste; cependant, son application doit demeurer restrictive et se concilier avec la finalité, telle que le législateur l'a voulue, de la norme matérielle applicable au cas concret (cf. ATF 107 la 206 consid. 3b p. 211). En l'occurrence, l'existence parallèle des sociétés B. _____ SA et A. _____ SA est un héritage issu du passé de ces entreprises. On ne saurait voir dans la structure en présence la volonté de la première société de se substituer à la seconde dans le dessein d'empêcher l'assujettissement des travailleurs employés par B. _____ SA. L'absence d'abus impose, en conséquence, de respecter la dualité juridique de chaque société.

7.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que l'intimée ne peut être recherchée pour la période courant du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2009 et que, partant, elle n'est pas tenue de s'acquitter des cotisations dues en raison d'un éventuel assujettissement à la CCT RA. Le recours doit donc être rejeté.

8.

Compte tenu de l'issue du litige, les frais de la présente procédure sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 66 al. 1 LTF). L'intimée a droit à une indemnité de dépens à la charge de la recourante (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 4'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

La recourante versera à l'intimée la somme de 2'400 fr. à titre de dépens pour la procédure devant le Tribunal fédéral.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre des assurances sociales, et à l'Office fédéral des assurances sociales.

Lucerne, le 25 août 2015

Au nom de la IIe Cour de droit social
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Glanzmann

Le Greffier : Piguet