

## **BGE 147 II 397**

Bundesgericht (BGE), 2021-05-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_147 II 397](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_II_397)

FR: ATF 147 II 397

IT: DTF 147 II 397

### **Regeste**

Regeste Art. 20 Abs. 3 AVG; Art. 48c AVV; Gesamtarbeitsvertrag über die vorzeitige Pensionierung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe und Plattenlegergewerbe des Kantons Wallis (GAV Retabat); Anschlusspflicht und Beitragssätze. Ein Unternehmen, das Arbeitnehmer Einsatzbetrieben zur Verfügung stellt, auf die der GAV Retabat zur Anwendung kommt, da er für sie durch Beschluss der zuständigen kantonalen Behörde für verbindlich erklärt wurde, ist verpflichtet, die Regelung der vorzeitigen Pensionierung gegenüber diesen Arbeitnehmern einzuhalten. Diese gesetzliche Verpflichtung bedeutet, dass das Unternehmen die dem GAV Retabat unterstellten Arbeitnehmer der Frühpensionskasse des Bauhauptgewerbes und des Plattenlegergewerbes des Kantons Wallis anzuschliessen hat (E. 4.3). Da die Änderung des Beitragssatzes von 5,3 % auf 6 % (für den strittigen Zeitraum) nicht im Sinne der Art. 20 Abs. 3 AVG und 48c AVV allgemeinverbindlich erklärt wurde, gilt sie gegenüber dem Personalverleiher nicht. Die Frühpensionskasse Retabat kann diesem keinen höheren Beitragssatz auferlegen als im erweiterten GAV Retabat vorgesehen (E. 5.2 und 5.3).

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Le litige porte sur l'augmentation du taux de cotisation de 5,3 % à 6 % depuis le 1 er janvier 2014, introduite par l'intimée dans son règlement édition 2014, et la créance en résultant pour l'intimée que la juridiction cantonale a fixée à 60'213 fr. avec intérêts à 5 % dès le 10 août 2015. (...)

#### **E. 3**

Les contributions sont payées et affectées selon les règles fixées par la convention collective." BGE 147 II 397 S. 402

#### **E. 4.1**

Il n'est pas contesté que la recourante n'entraîne pas directement dans le champ d'application personnel de la CCT Retabat, dans sa version applicable en 2010 (CCT Retabat 2001-2010), et n'était donc pas liée à cette convention. Le champ d'application a été prévu à l'art. 2 CCT Retabat (2001-2010), selon lequel la convention s'applique à toutes les entreprises valaisannes, respectivement parties d'entreprises, sous-traitants et tâcherons indépendants et, par extension à toutes les entreprises effectuant des travaux en Valais, qui ont une activité dans les secteurs de/du bâtiment, génie civil, travaux souterrains, construction de routes, terrassement, démolition, décharges, exploitation de carrières, pavages, travaux de façades, montage d'échafaudages, la taille de la pierre, travaux de béton, chapes, étanchéité, isolation, matériaux stockables, extraction de sables et graviers, commerce avec ces matériaux, y compris le transport de et aux chantiers. En substance, la

recourante fait valoir qu'elle n'est pas membre d'une des associations patronales contractantes, ni n'est une entreprise visée par le champ d'application défini par l'art. 2 de la CCT Retabat, à laquelle elle ne s'est pas non plus soumise individuellement. L'intimée ne remet pas en cause ces constats, lorsqu'elle se limite à critiquer le mélange des clauses de la CCT Retabat avec celles de son propre règlement. Dès lors que la recourante, en tant que société active dans le domaine de la location de personnel, ne faisait pas partie des entreprises qui étaient membres des associations signataires de la CCT Retabat ou qui avaient une activité dans les secteurs énumérés à l'art. 2 de la CCT Retabat (2001-2010), elle ne faisait pas partie des entreprises qui pouvaient assurer ses travailleurs auprès de la caisse Retabat en vertu de l'art. 1 al. 2 du Règlement Retabat (dans sa version applicable en 2010). Selon cette disposition, "la Caisse assure les personnes (ci-après: les assurés), exerçant une activité au service des entreprises (ci-après: les employeurs) membres des associations signataires des CCT ou tombant dans le champ d'application de la Convention collective sur la retraite anticipée pour les travailleurs du secteur principal de la construction du canton du Valais (RETABAT) et son avenant pour les entreprises de carrelage (ci-après: CCT RAV), contre les conséquences économiques résultant d'une cessation de l'activité lucrative avant l'âge ordinaire de la retraite en leur garantissant des prestations déterminées conformément aux dispositions du présent règlement". Cette disposition BGE 147 II 397 S. 403 détermine le cadre des personnes affiliées à la caisse Retabat, puisqu'en vertu de l'art. 3 al. 1 du règlement, sont affiliées toutes les personnes exerçant une activité au service d'un employeur au sens de l'art. 1 al. 2 du règlement. A ce sujet, l'intimée ne mentionne du reste aucune norme de son règlement en vertu duquel quelque employeur que ce soit pourrait affilier ses travailleurs auprès d'elle, sans égard au champ d'application de son règlement.

#### **E. 4.2**

Les dispositions d'une convention collective étendue sur la retraite anticipée constituent des dispositions obligationnelles indirectes (ou semi-normatives); ces dispositions ont un effet normatif, puisqu'elles s'appliquent directement et de manière impérative à des tiers, c'est-à-dire aux employeurs ou aux travailleurs liés. Elles s'appliquent également aux entreprises intérimaires qui louent les services de travailleurs à une entreprise liée par une convention collective (CHRISTIAN BRUCHEZ, in Droit collectif du travail, 2010, n° s 49 ss et 105 ad art. 356 CO ). Cette extension de la couverture conventionnelle en cas de travail intérimaire a été introduite dans le cadre des mesures d'accompagnement à l'élargissement de l'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681). Comme les bailleurs de services n'étaient jusqu'alors pas tenus de respecter les régimes de retraite anticipée institués par les partenaires sociaux dans les conventions collectives, il s'est agi de limiter la sous-enchère sociale et salariale (cf. intervention de Mme la Conseillère aux Etats Brunner, BO 2004 CE 752; ESTELLE MATHIS ZWYGART, L'application des conventions collectives de travail aux contrats de travail temporaire, 2012, p. 199 s.). En conséquence, l'art. 20 al. 3 LSE (en relation avec l'art. 48c OSE ), entré en vigueur au 1<sup>er</sup> avril 2006 (RO 2006 979, 994), a pour effet de soumettre les entreprises intérimaires aux régimes de retraite anticipée prévus par une convention collective étendue; le bailleur de services y étant tenu en vertu de la loi, les règles sur la retraite anticipée acquièrent, dans cette mesure, un effet normatif (FABIAN LOOSER, Der Personalverleih, 2015, p. 232). Les entreprises intérimaires qui occupent des travailleurs dans le champ d'application de la convention collective étendue prévoyant un régime de retraite anticipée doivent ainsi payer à l'institution de prévoyance les cotisations prévues par

la convention collective (sous réserve de l'éventualité prévue par l' art. 48c al. 2 OSE ). Le droit, pour les travailleurs intérimaires, aux prestations de retraite anticipée est déterminé par le règlement de l'institution de prévoyance (BRUCHEZ, op. cit., n° 108). BGE 147 II 397 S. 404

### **E. 4.3**

Comme le fait valoir à juste titre la recourante, l'obligation qui lui incombait d'affilier ses travailleurs à la caisse Retabat résulte de l' art. 20 al. 3 LSE (consid. 3 supra). La CCT Retabat a été étendue par les arrêtés du Conseil d'Etat valaisan des 30 juin 2004, 14 octobre 2009 et 13 avril 2011. En 2010, elle constituait dès lors une convention collective de travail étendue ou avec déclaration d'extension au sens de l' art. 20 LSE , de sorte que la recourante, qui mettait des travailleurs à disposition d'entreprises locataires de services soumises à cette convention, était tenue de respecter le régime de retraite anticipée envers ces travailleurs. Cette obligation légale impliquait que la recourante affiliât les travailleurs soumis à la CCT Retabat auprès de l'intimée, ce qu'elle a fait en signant le "Bulletin d'adhésion" le 17 mars 2010. Le raisonnement de la juridiction cantonale, selon lequel "il n'est pas question ici du champ d'application de la CCT Retabat, qui est de droit public", dès lors que la recourante s'est affiliée auprès de la caisse Retabat, soit une fondation de droit privé, ne peut par conséquent pas être suivi. Le caractère contractuel de la demande d'adhésion de ses travailleurs par la recourante, avec effet au 2 février 2009, ne justifie pas une affiliation en dehors du cadre réglementaire instauré, en particulier du champ d'application prévu par l'art. 1 al. 2 du règlement de l'intimée, étroitement lié à celui de la CCT Retabat. En l'occurrence, c'est en raison du mécanisme légal de l' art. 20 al. 3 LSE , en relation avec l'extension de la convention collective de travail en cause, que la recourante a dû et pu affilier ses travailleurs à l'intimée pour le régime de retraite anticipée prévu par la CCT Retabat, étendue par une décision de l'autorité cantonale compétente (sur les effets de la décision d'extension, GIACOMO RONCORONI, in Droit collectif du travail, 2010, n° 20 ss ad art. 1 à 21 LECCT).

### **E. 5.1**

En ce qui concerne le montant des cotisations à partir du 1 er janvier 2014, on constate tout d'abord que l'arrêté du Conseil d'Etat valaisan du 14 octobre 2009 a approuvé la modification de la CCT Retabat (2001-2010), concernant l'art. 15 al. 1 et 2 sur le taux de cotisation, selon lequel le taux de cotisation s'élève à 5,3 % du salaire déterminant à l'art. 14 al. 1 et le taux à charge des travailleurs s'élève à 1,3 %. Les modifications de la CCT Retabat (2011-2016) - dont l'entrée en vigueur a été prévue au 1 er janvier 2011 pour une durée BGE 147 II 397 S. 405 de cinq ans échéant le 31 décembre 2016 -, approuvées par l'arrêté du 13 avril 2011 ne portaient pas sur le taux de cotisation. Par la suite, les parties à la CCT Retabat (2014-2023), dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1 er janvier 2014 pour une durée échéant le 31 décembre 2023, ont prévu, à l'art. 15 de la convention, un taux de cotisation total de 6 % du salaire déterminé à l'art. 14 al. 1. A l'art. 15 bis de la convention, elles ont réservé la possibilité d'une négociation ultérieure sur des mesures nécessaires, dont la perception de cotisations plus élevées. A leur demande, le Conseil d'Etat valaisan a rendu un arrêté, le 16 mars 2016, modifiant et prolongeant l'arrêté du Conseil d'Etat étendant le champ d'application de la CCT Retabat. Cet arrêté a cependant été annulé par le Tribunal fédéral le 13 novembre 2017 (2C\_850/2016, 2C\_851/2016, 2C\_852/2016 et 2C\_853/2016) et n'est dès lors pas entré en vigueur. L'arrêté suivant rendu par le Conseil d'Etat dans ce contexte, le 18 septembre 2019 (Bulletin officiel du canton du Valais n° 42 p. 2970 ss), a

porté sur la remise en vigueur et la modification de l'extension de la CCT Retabat "arrêtés des 30 juin 2004, 14 octobre 2009 et 13 avril 2011", avec une augmentation du taux de cotisation avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2019 (cf. art. 15 et 19 al. 1 des modifications). Il ne concerne donc pas la période ici en cause.

### **E. 5.2**

Comme constaté ci-avant (consid. 4 supra), l'obligation de la recourante d'affilier ses travailleurs à la caisse Retabat et de verser les cotisations y afférentes est délimitée par les art. 20 al. 3 LSE et 48c OSE. Conformément à cette disposition de l'ordonnance, les contributions de retraite anticipée sont payées selon les règles fixées par la convention collective, à savoir la convention collective déclarée de force obligatoire qui prévoit précisément l'obligation de verser une contribution à un régime de retraite anticipée (cf. aussi courrier du SECO aux responsables cantonaux de la LSE du 3 mars 2006 [[www.arbeit.swiss/seco/av/fr/home/menue/arbeitsvermittler/private-arbeitsvermittlung-und-personalverleih.html](http://www.arbeit.swiss/seco/av/fr/home/menue/arbeitsvermittler/private-arbeitsvermittlung-und-personalverleih.html); consulté le 5 mai 2021]). Or l'augmentation du taux de cotisation prévu par les parties à la CCT Retabat (2014-2023) n'a pas fait l'objet d'une décision d'extension entrée en force. Elle ne saurait dès lors s'appliquer à la recourante. La modification du taux de cotisation n'ayant pas été déclarée obligatoire au sens des art. 20 al. 3 LSE et 48c OSE, elle n'est pas déterminante pour la recourante. Il en est ainsi nonobstant la reprise de cette modification dans le règlement Retabat (à son art. 15), dans sa version en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2014 (édition 2014), en BGE 147 II 397 S. 406 fonction des modifications de la CCT Retabat (cf. information de la caisse Retabat du 30 octobre 2014 ["Nouvelles dispositions de la CCT dès 2014 et modifications du règlement RETABAT"]). En effet, dans la mesure où les règles déterminantes sont celles qui sont prévues par la convention collective "déclarée de force obligatoire", en vertu des art. 20 al. 3 LSE et 48c OSE, la caisse Retabat ne pouvait pas imposer à la recourante un taux de cotisation plus élevé que celui prévu par la CCT Retabat étendue; le bailleur de services n'est pas tenu d'appliquer aux travailleurs les dispositions d'une convention collective de travail non étendue applicable à l'entreprise locataire de services (art. 20 LSE a contrario; cf. MATILE/ZILLA, Travail temporaire, 2010, p. 167). Dans ce contexte, l'intimée se réfère en vain, à la suite de la juridiction cantonale, à l'arrêt 9C\_701/2017 du 27 septembre 2018, qui concernait une situation différente, ne serait-ce déjà parce que l'employeur alors en cause n'entrait pas dans le champ d'application de l'art. 20 LSE. Quant à l'inégalité de traitement telle que relevée par la juridiction cantonale, liée au fait que d'autres cotisants seraient tenus d'appliquer un taux de 6 % au lieu de celui de 5,3 % invoqué par la recourante, elle est, le cas échéant, une conséquence du mécanisme de l'extension de la CCT Retabat ou, précisément de l'absence d'une telle extension en l'espèce, qui empêche d'appliquer une convention collective de travail qui n'a pas été déclarée obligatoire aux employeurs "dissidents" (sur cette notion, RONCORONI, op. cit., n os 20 ss).

### **E. 5.3**

Ensuite de ce qui précède, l'intimée n'était pas en droit d'appliquer à la recourante un taux de cotisation de 6 % et d'augmenter en conséquence les cotisations litigieuses à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2014. Sa demande du 11 janvier 2018 était mal fondée. Partant, le recours doit être admis, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs de la recourante.