

BVGer C-645/2011 vom 27. November 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-11-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-645_2011

FR: TAF C-645/2011 du 27 novembre 2013

IT: TAF C-645/2011 del 27 novembre 2013

Regeste

Moyens de surveillance

Erwägungen

E. 2.1

Dans la présente affaire, il paraît tout d'abord utile de rappeler qu'actuellement, selon l'art. 21 LAVS, l'âge de la retraite est fixé à 64 ans pour les femmes et à 65 ans pour les hommes. Sur demande, les assurés qui désirent cesser leur activité professionnelle antérieurement ont droit de bénéficier d'une mise à la retraite AVS anticipée. Celle-ci est possible 2 ans avant les âges légaux précités (soit 62 ans pour les femmes et 63 ans pour les hommes) moyennant une réduction actuarielle des prestations (cf. art. 40 LAVS). Pour sa part, la législation sur la prévoyance professionnelle retient également que en l'absence de dispositions contraires réglementaires ou légales les femmes partent à la retraite à l'âge de 64 ans et les hommes à l'âge de 65 ans (cf. art. 13 LPP en relation avec la lettre e des dispositions transitoires LPP édictées dans le cadre de la modification du 3 octobre 2003 [1er révision LPP] et l'art. 62a al. 1 OPP 2). Passé ce seuil, les affiliés ont droit à la perception de rentes de vieillesse LPP sans autre condition. A la différence de la réglementation en matière d'AVS, la LPP ne donne cependant aucun droit aux affiliés d'une institution de prévoyance d'être mis au bénéfice de prestations de vieillesse avant les âges de référence de 64/65 ans. Bien plutôt, il incombe aux institutions y relatives de prévoir dans leurs règlements de telles prétentions qui dépassent le cadre légal minimal, éventuellement en prévoyant en plus le versement d'une rente AVS-pont. Il s'agit du régime plus étendu qui est opposé au régime obligatoire.

E. 2.2

Dans ce contexte, il sied de rappeler qu'entre 2001 et 2003, le parlement s'est penché sur les dossiers "11ème révision AVS" et "1er révision LPP" qui visaient tous deux à consolider le système d'assurances sociales mis en place notamment au niveau de la LAVS et de la LPP. L'un des objectifs principaux consistait à personnaliser les conditions de retraites en donnant un droit aux affiliés de prendre leur retraite à la carte dès 59 ans. Cet aspect a été traité principalement dans le cadre du "dossier 11ème révision AVS" qui portait non seulement sur une révision de la LAVS mais également, sous la rubrique "Modification d'autres actes législatifs", sur une modification de la LPP cantonnée à cette thématique. Les dispositions en cause introduisaient un droit à la retraite anticipée dès 59 ans avec réduction actuarielle autant dans l'assurance-vieillesse que dans la prévoyance professionnelle. Le parlement a adopté les modifications y afférentes le 3 octobre 2003 (cf. modification du 3 octobre 2003, art. 40 LAVS [RO 2003 p. 6081] et art. 13 et 13a LPP [RO 2003 p. 6089]). Un référendum contre cet arrêté a toutefois été lancé avec succès et la révision a été rejetée dans une votation populaire du 16 mai 2004 (FF 2004 p. 3727). En revanche, la

modification de la LPP conformément au dossier "1ère révision LPP", qui avait également été adoptée par le parlement le 3 octobre 2003 (cf. RO 2003 p. 1677), a connu un sort plus favorable. En effet, comme aucun référendum n'avait été lancé contre cet acte, le changement législatif a pu entrer en vigueur le 1er janvier 2005 dont notamment l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP qui dispose que le Conseil fédéral peut fixer un âge minimal pour la retraite anticipée.

E. 3

Sur préavis du Conseil d'administration, le Conseil d'Etat peut déclarer la règle de l'alinéa 2 applicable à d'autres catégories d'assurés, notamment au personnel soignant des établissements hospitaliers et au personnel gardien des établissements de détention et d'internement. Le Conseil d'administration applique à chaque assuré l'âge de retraite lié à sa fonction.

E. 3.1

Au niveau du droit fédéral, il convient de mettre en évidence les articles suivantes. Art. 1 al. 3 LPP: Le Conseil fédéral précise les notions d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement, de planification et le principe d'assurance. Il peut fixer un âge minimal pour la retraite anticipée. art. 1i OPP 2: 1 Les règlements des institutions de prévoyance ne peuvent pas prévoir d'âge de retraite inférieur à 58 ans. 2 Des âges de retraite inférieurs à celui déterminé à l'al. 1 sont admis: a. pour les restructurations d'entreprises; b. pour les rapports de travail où un âge de retraite inférieur est prévu pour des motifs de sécurité publique. OPP 2; lettre d des dispositions finales de la modification de cette ordonnance du 10 juin 2005: "d. Age minimal de la retraite Les institutions de prévoyance peuvent maintenir les dispositions réglementaires qui prévoyaient un âge de la retraite inférieur à 58 ans pendant cinq ans à compter de la date de l'entrée en vigueur de la présente modification, pour les assurés qui étaient présents dans leurs effectifs au 31 décembre 2005."

E. 3.2

Les dispositions pertinentes de la législation vaudoise consistent avant tout en les art. 42 s. LCP et le RARpol. LCP: "Art. 42 Age maximum 1 Les assurés doivent prendre leur retraite à l'âge de 65 ans. Dans des cas exceptionnels, et avec l'accord du Conseil d'Etat, ils peuvent prolonger leur activité jusqu'à 65 ans et 11 mois. 2 L'autorité d'engagement peut mettre un assuré à la retraite dès l'âge fixé à l'article 43 pour autant qu'il compte 37,5 années d'assurance.

E. 4

Dans un premier grief, la recourante conteste que l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP constitue une base légale suffisante pour permettre au Conseil fédéral de restreindre l'autonomie de la CPEV pour ce qui est de prévoir un âge de retraite LPP ordinaire inférieur à 64/65 ans (à savoir sans réduction actuarielle).

E. 4.1

L'art. 1 alinéa 3, 2ème phrase, LPP dispose que le Conseil fédéral "peut fixer un âge minimal pour la retraite anticipée". Cette règle a également force obligatoire pour la prévoyance professionnelle plus étendue conformément à l'art. 49 al. 2 chiffre 1 LPP qui renvoie expressément à l'art. 1 LPP. Comme mentionné ci-dessus (cf. supra consid. 2.2), on relève que les dispositions précitées (art. 1 al. 3, 2ème phrase, et l'art. 49 al. 2 LPP) ont été adoptées par le parlement le 3 octobre 2003 dans le cadre du dossier "1er révision LPP" et

sont entrées en vigueur le 1er janvier 2005.

E. 4.2

Selon la recourante, qui se base sur un avis de droit rédigé par le Professeur Auer, la LPP ne circonscrit en aucune façon le droit des institutions de prévoyance dans le cadre de la prévoyance professionnelle plus étendue de prévoir que les assurés reçoivent des prestations de vieillesse LPP à part entière avant les âges légaux de 64/65 ans. En l'occurrence, le financement de la CPEV est conçu de telle manière que le critère déterminant pour la fixation des prestations de retraites n'est pas fonction de l'âge mais de la durée de cotisations de 37.5 années d'assurance. Il s'ensuit que lorsqu'un assuré remplit les conditions pour bénéficier de prestations vieillesse LPP à l'âge de 57 ans, sa retraite est entièrement préfinancée en accord avec les principes de la planification, d'équivalence entre "prix et marchandises" et de la sécurité permanente. Dans une telle constellation, on ne saurait parler d'une retraite anticipée dans le sens de l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP. Bien plutôt, un examen systématique de la LPP et de ses principes forcerait à circonscire cette notion aux états de faits dans lequel la retraite intervient avant l'âge ordinaire réglementaire ou légal et qui aurait pour conséquence une réduction des prestations de vieillesse LPP au sens de l'art. 13 al. 2 LPP. En effet, si le législateur avait également voulu à l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP renvoyer à l'âge de la retraite ordinaire réglementaire inférieur à 64/65 (et sans réduction actuarielle), il aurait utilisé les termes d'"ouverture au droit à des prestations de vieillesse" au lieu d'utiliser la notion de retraite anticipée (cf. pces TAF 1b p. 11 ss; TAF 12 p. 1 s.; TAF 18). Pour l'autorité inférieure, l'interprétation de la notion de "retraite anticipée" telle que présentée par la recourante résulte d'un raisonnement juridique complexe et a pour conséquence que la notion n'est plus compatible avec son acception commune, soit une retraite qui intervient avant l'âge légal de retraite de 64 ans pour les femmes et de 65 ans pour les hommes. Or, il ressortirait clairement des travaux préparatoires que le législateur avait en vue le terme usuel de "retraite anticipée". En effet, s'il est vrai que le parlement a finalement traité le dossier "11ème révision de l'AVS" et le dossier "1er révision de la LPP" séparément, il n'est resté pas moins que ces deux projets étaient étroitement liés vu qu'il s'agissait principalement d'harmoniser le dispositif de retraite anticipée de l'AVS avec celui de la prévoyance professionnelle. Dans ce contexte, on ne saurait retenir que le législateur a utilisé le terme de retraite anticipée dans une acception étrangère à la LAVS, d'autant que la LPP elle-même ne contient aucune définition de ce terme (dossier AS, p. 24 s.; pce TAF 8 p. 1 ss; TAF 21).

E. 5

Dans l'arrêt de principe C-4289/2010 du 28 mars 2013, le Tribunal administratif fédéral a rejeté l'argumentation développée par Auer dans un avis de droit datant de septembre 2005 (cf. dossier AS, p. 82 ss), selon laquelle l'âge minimum de la retraite à 58 ans conformément à l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP en relation avec l'art. 1i OPP 2 ne serait pertinent qu'en ce qui concerne les retraites anticipées avec réductions actuarielles mais non pas en rapport avec les retraites ordinaires réglementaires sans diminution de prestations. Or, dans la présente affaire, la recourante se fonde sur le même avis de droit, sans mettre en avant d'éléments suffisamment convaincants qui permettraient de remettre en cause cette jurisprudence. Bien plutôt, il convient de confirmer le précédent précité, en mettant en évidence ce qui suit.

E. 5.1

Conformément à la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon 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 notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (cf., parmi d'autres, arrêt du Tribunal fédéral 2C_728/2011 du 23 décembre 2011 consid. 3.1).

E. 5.2

En l'espèce, la teneur de l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP ne permet pas en soi de déterminer si la notion de rente anticipée ("vorzeitiger Altersrücktritt" selon la version allemande et "pensionamento anticipato" selon la version italienne) se rapporte de façon générale à une retraite intervenant avant l'âge légal de 64/65 ans ou si ce terme vise uniquement les cas de retraites avant l'âge légal de référence comprenant une diminution des prestations de vieillesse LPP pour satisfaire au principe d'équivalence.

E. 5.3

Il convient donc, dans un premier temps, de se pencher sur les travaux préparatoires pour tenter de dégager la vraie teneur de l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP.

E. 5.3.1

Au premier abord, ceux-ci sont peu révélateurs en ce sens que cette disposition a été introduite en procédure parlementaire sur proposition de la Commission du Conseil des Etats et a été adoptée sans aucun débat tout d'abord par le Conseil des Etats agissant en tant que deuxième Conseil puis par le Conseil national en procédure de conciliation (BO 2002 E 1035 ss; BO 2002 E 1049; BO 2003 N 617 ss). Egalement en procédure de conciliation, le Conseil national a jugé opportun de compléter l'art. 49 al. 2 chiffre 1 LPP avec un renvoi à l'art. 1 LPP, ce qui a été ensuite adopté par le Conseil des Etats, étant relevé que ce complément n'a pas donné lieu à des remarques particulières dans les deux Conseils (cf. BO 2003 N 629; BO 2003 E 452).

E. 5.3.2

L'examen des travaux préparatoires est cependant beaucoup plus concluant si l'on examine ces derniers dans leur ensemble. En effet, comme on l'a vu (cf. supra consid. 2.2), les dossiers "11ème révision AVS" et "1er réforme LPP" étaient étroitement liés et c'est principalement dans le cadre du premier dossier cité que le débat portant sur la rente anticipée a eu lieu. Dans ce contexte particulier, il paraît tout à fait normal, comme le relève à juste titre l'autorité inférieure, que le parlement se soit basé sur la notion de retraite anticipée telle qu'elle est inhérente à l'AVS, à savoir une retraite qui intervient avant l'âge légal (de 64/65 ans selon le droit en vigueur) indépendamment des modalités concrètes du calcul et du financement des prestations en matière de LPP. En tous les cas, ni les messages du Conseil fédéral (cf. message concernant la 11ème révision de l'assurance-vieillesse et survivants et le financement à moyen terme de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité du 2 février 2000 [FF 2000 p. 1859 s.]; message relatif à la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 1er mars 2000 [FF 2000 p. 2497]) ni les débats parlementaires (cf., parmi d'autres, M. Robbiani, BO 2002 N 495; R. Dreifuss, BO 2002 N 503) ne laissent suggérer que la différenciation mise en avant par la

recourante entre retraite anticipée avec réduction actuarielle d'une part et mise à la retraite à l'âge ordinaire de la retraite selon le règlement (ou le droit public) sans perte de prestations d'autre part ait requis une quelconque importance dans le cadre du traitement des dossiers "11ème révision AVS" et "1er réforme LPP". Or, il y a lieu de penser que cette distinction très technique qui dans le contexte particulier de l'époque était loin de couler de source et qui prête également le flanc à la critique sur le plan logique (cf. ci-après consid. 5.6) aurait certainement été mise en avant dans les débats parlementaires si elle avait vraiment été envisagée par le législateur.

E. 5.4

Sur le plan téléologique, on relève que l'un des buts des dossiers "1er révision LPP" et "11ème révision de l'AVS" était de mieux coordonner les conditions de mise à la retraite anticipée des affiliés dans le cadre de l'AVS et de la LPP (FF 2000, p. 2513 [message concernant le dossier "1er révision LPP"]). Par ailleurs, le législateur voulait mieux délimiter la prévoyance professionnelle de l'épargne privée en reformulant l'art. 1 al. 3 LPP conformément à sa teneur actuelle (cf. David Eugen, BO 2002 E 1037). Dans ce contexte, il était tout à fait compatible avec les objectifs poursuivis de fixer un âge minimum général pour les mises à la retraite LPP indépendamment du financement concret des prestations qui ne soit pas trop éloigné de l'âge minimum de la retraite selon la LAVS. Au demeurant, on peut sans peine s'imaginer que, déjà en 2003, le parlement fédéral avait également en vue des intérêts d'ordre démographique et économique comme ceux mis en avant plus tard par le Conseil fédéral lors de l'introduction de l'art. 1i OPP 2 (cf. ci-après consid. 7.3). Sur le vu de l'ensemble de ces objectifs, on voit mal que le législateur ait voulu qui plus est implicitement réserver des exceptions particulières pour la retraite ordinaire réglementaire dans le sens où l'entend la recourante.

E. 5.5

Par ailleurs, il appert que l'approche systématique est d'aucun secours à la CPEV, étant relevé que la LPP elle-même ne prévoit pas de définition de la retraite anticipée. En particulier, il ne saurait être déterminant en l'espèce que les art. 30c al. 1 et 30d al. 3 let. a LPP se réfèrent à la notion de naissance du droit aux prestations de vieillesse. En effet, on ne peut inférer de cette formulation isolée et qui touche à une problématique particulière non traitée dans le cadre des dossiers "1er révision LPP" et "11ème révision AVS" (soit le versement anticipé de prestations pour acquérir un logement) que le parlement avait forcément une conception précise de la rente anticipée. Par ailleurs, l'art. 49 al. 2 chiffre 2 LPP (qui contient également la notion de retraite anticipée) n'est pas pertinent pour l'issue du présent litige, dès lors que cette disposition est restée lettre morte suite au refus par le peuple de la 11ème révision de l'AVS (cf. supra consid. 2.2). Bien plutôt, seul est déterminant in casu l'art. 49 al. 2 chiffre 1 LPP qui déclare expressément l'art. 1 LPP applicable à la prévoyance professionnelle plus étendue (Hans Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, Zurich Bâle Genève 2012, p. 124 n° 365).

E. 5.6

Finalement comme expliqué en détails dans l'arrêt de principe du Tribunal administratif fédéral C-4289/2010 du 28 mars 2013 consid. 3.1 s., 5.2, 6.2 et 7.3 auquel il suffit de renvoyer on relève que l'argumentation de la recourante revient à prétendre qu'il existe une séparation nette entre régime obligatoire et régime plus étendu dans la prévoyance professionnelle. Or, cette conception ne prend pas suffisamment en compte le fait que les

prestations LPP versées sans réduction actuarielle avant les âges légaux de la retraite de 64/65 ans ont une double nature, obligatoire et subobligatoire. En effet, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce n'est pas parce qu'une institution de prévoyance ne prévoit pas de réduction que la totalité de la rente doit être qualifiée de prestation du régime étendu (ATF 133 V 575 consid. 6.1 s.). Il faudra, sur la base du compte témoin, examiner dans chaque cas concret de prévoyance pour quelle prestation il faut appliquer quel taux de conversion (Thomas Gächter/Kaspar Saner, in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter [éd.], Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010, p. 721 s. ad art. 49 n° 9 ss). Ainsi, selon la loi (art. 13 al. 2, 2ème phrase, LPP), la retraite anticipée du régime obligatoire doit subir une réduction actuarielle, si elle n'en subit pas c'est en quelque sorte grâce au régime subobligatoire, outre les cas où l'assuré aurait procédé à des rachats supplémentaires comme le permet l'art. 1b al. 1 OPP2. Il s'ensuit que si l'on accordait crédit à la recourante, l'âge minimal de la retraite à 58 ans serait applicable à la partie obligatoire mais pas à la partie subobligatoire et les prestations ressortant à la couverture minimale légale ne devraient pas être versées avant 58 ans et après cet âge, que pour autant que le règlement le prévoit. Autrement dit, l'âge réglementaire ordinaire de la retraite (qui ne serait pas compris dans l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP) pourrait donc précéder l'âge minimal de la retraite anticipée (seul à être touché par l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP). L'argumentation de la recourante aboutirait donc à un résultat intenable, difficilement voulu par le législateur fédéral.

E. 5.7

Compte tenu de tout ce qui a été dit, le Tribunal de céans peut retenir que la notion de retraite anticipée au sens de l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP se rapporte à l'âge légal de 64/65 ans. La retraite est donc anticipée par rapport à ce seuil et non parce qu'elle subit une réduction. On précisera que cette interprétation de la loi est partagée par la grande majorité des auteurs (cf. Stauffer, op. cit., p. 124 n° 365 et p. 274 s. n° 748 ss; Thomas Flückiger, in: Schneider/Geiser/Gächter, op. cit., p. 274 ad art. 13 n° 17; Jürg Brechbühl, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer [éd.], BVG-Tagung 2006, St-Gall, p. 75 n° 4.2.2.3; Ueli Kieser, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer, BVG-Tagung 2009, St-Gall 2009, p. 27; avis contraires: Auer, avis de droit, septembre 2005, p. 10 ss [cf. dossier AS, p. 82 ss] et Jacques-André Schneider, in: Schneider/Geiser/Gächter, op. cit., p. 199, ad art. 1 n°70) et confirme la jurisprudence déjà rendue par le Tribunal de céans (arrêt de principe C-4289/2010 du 28 mars 2013 consid. 6.2.4). Il s'ensuit que la délégation de compétence prévue à l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP permet également au Conseil fédéral de fixer un âge minimal pour la retraite ordinaire LPP que celle-ci soit prévue dans un règlement d'une institution de prévoyance ou dans des dispositions de droit public.

E. 6

Dans un deuxième moyen et à titre subsidiaire dans l'hypothèse où l'OPP 2 devait trouver application en l'espèce, la recourante argue que l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 prévoit expressément la possibilité de réserver un âge de la retraite inférieure à 58 ans pour des motifs déterminés, notamment lorsque la sécurité publique le requiert. Or, les fonctionnaires de police feraient précisément partie des personnes pouvant bénéficier d'une telle clause d'exception, lorsque la cessation de leur activité après 57 ans serait requise pour des motifs de sécurité publique. La législation vaudoise en cause serait par conséquent tout à fait compatible avec le droit fédéral.

E. 6.1

En l'espèce, la clause d'exception ancrée à l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2, permet aux institutions de prévoyance de prévoir dans leurs règlements des âges de retraite avant 58 ans "pour les restructurations d'entreprises" et "pour les rapports de travail où un âge de retraite inférieur est prévu pour des motifs de sécurité publique" (version allemande: "bei Arbeitsverhältnissen, in denen frühere Altersrücktritte aus Gründen der öffentlichen Sicherheit vorgesehen sind"; version italienne: "nel caso di rapporti di lavoro in cui è prevista un'età di pensionamento inferiore per motivi di sicurezza pubblica").

6.2.1 Selon l'autorité inférieure, l'art. 43 al. 4 LPC ne remplit que partiellement les conditions pour qu'une exception au sens de l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 puisse être admise. La disposition cantonale précitée prévoirait un âge minimum pour partir à la retraite à 57 ans et non un âge maximum, ce qui serait pourtant indispensable pour l'on puisse parler d'une profession dont l'exercice serait dangereux après un certain âge. Elle précise qu'il serait douteux, quand bien même un âge maximum serait fixé à l'avenir, que l'exception pour des motifs de sécurité publique puisse être admise. En effet, il serait difficilement concevable qu'une activité soit jugée dangereuse au-delà d'un certain âge, à l'occasion de la fin du délai transitoire institué par la lettre d des dispositions finales de la modification du 10 juin 2005 de l'OPP 2, alors qu'elle n'avait jamais été considérée comme telle auparavant. Vu la non-conformité au droit fédéral, le RARPol, qui prévoit que les fonctionnaires de police peuvent partir à la retraite au plus tôt à 57 ans, ne pourrait également pas être appliqué au-delà du 31 décembre 2010. Par ailleurs, ce règlement, qui devait définir les conditions et modalités de l'exception instaurée par l'art. 43 al. 4 LCP, est muet s'agissant des critères selon lesquels doit être jugée l'aptitude au service d'un fonctionnaire du point de vue de la sécurité publique et ne fixe aucun âge terme particulier. Il s'ensuivrait que, en l'état, les fonctionnaires de police ont la possibilité de choisir librement s'ils veulent partir à la retraite dès 57 ans, ce qui ne répond assurément pas à des motifs de sécurité publique. Il transparaît également des travaux préparatoires du RARPol que les dérogations aménagées en faveur des fonctionnaires de police ont été dictées par des motifs politiques et non des motifs de sécurité publique. En outre, ni le service du personnel, ni le Département de la sécurité et de l'environnement, ni le Conseil des Etats ne se seraient opposés au principe du relèvement à l'âge minimum de la retraite à 58 ans pour les fonctionnaires de police, seules des oppositions liées à la concordance souhaitable avec la réforme policière ayant été soulevées. Finalement, l'autorité inférieure souligne que, selon l'art. 18 de la loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975 (LPol, RS 133.11), un fonctionnaire de police souffrant d'inaptitude physique ou psychique attestée médicalement et ne pouvant être transféré au sein d'un autre poste de la police cantonale, peut être transféré dans un autre poste de l'administration vaudoise sans diminution de salaire (dossier AS, p. 22 s.; pces TAF 8 p. 5 s. et TAF 21). Pour toutes ces raisons, elle conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

6.2.2 Appelé à se déterminer, l'OFAS, dans une prise de position du 4 mai 2012 (pce TAF 16) se rallie à l'opinion de l'autorité inférieure. Il souligne que la clause d'exception de l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 ne vise pas les professions qui ont pour but de maintenir la sécurité publique, mais bien celles qui présentent un risque pour la sécurité publique, lorsqu'elles sont exercées au-delà d'un certain âge, inférieur à 58 ans. Il est d'avis que le maintien en fonction des collaborateurs de la police avec un relèvement de l'âge minimal de la retraite à 58 ans ne rend pas plus difficile la mission de maintien de la sécurité publique.

6.2.3 Selon la recourante, la législation cantonale est tout à fait compatible avec l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2. En effet, il ne serait pas contesté que le Grand

Conseil et le Conseil d'Etat sont compétents pour prévoir un âge de retraite inférieur à 58 ans pour certaines catégories particulières de ses employés lorsque la sécurité est en jeu. Or, seul l'Etat de Vaud, employeur, serait à même de se prononcer sur l'existence d'un tel risque et de concrétiser la notion de sécurité publique. C'est justement ce qu'il aurait fait en retenant que le Conseil d'Etat peut fixer l'âge minimum de la retraite à 57 ans pour les fonctionnaires de police "dont l'activité ne permet pas d'être exercée au-delà de cet âge pour des motifs de sécurité publique liés aux risques engendrés", soit ceux occupés à des "tâches répressives incluant les mesures de contraintes, qui ne peuvent pas être réaffectés à d'autres tâches" (pce TAF 1b p. 10 n° 45, 9ème tiret). L'autorité inférieure aurait donc substitué son appréciation à celle du Conseil d'Etat vaudois dont le droit fédéral permet de fixer un âge de retraite à 57 ans. Le fait de laisser une certaine marge de liberté individuelle dans ce genre de décision à l'administration ne serait absolument pas contradictoire avec l'objectif de sécurité publique, étant souligné que "seul l'Etat de Vaud est en mesure d'apprécier s'il y a objectivement assez de postes administratifs pour y placer tous les policiers de cette tranche d'âge", soit 57 ans. En effet, les situations individuelles peuvent être différentes, que ce soit au plan de la santé individuelle ou que ce soit au plan de l'activité concrète exercée après 57 ans (cf. pces TAF 1b p. 9 ss.; TAF 12 p. 2 s.; TAF 18).

E. 7

Le Tribunal administratif fédéral prend position comme suit.

E. 7.1

A titre liminaire, il sied de souligner que, contrairement à ce que semble croire la recourante (pce TAF 1b p. 15 s. n° 63), rien ne permet de retenir que la réglementation prévue à l'art. 1i OPP 2 sortirait du cadre fixé par la délégation de compétence ancrée à l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP. On rappellera que la cognition de l'autorité judiciaire est très limitée lorsqu'il s'agit d'examiner la conformité d'une clause de délégation inscrite dans le droit fédéral au principe de la base légale (ATF 131 II 562 consid. 3.2; il en va toutefois tout autrement pour ce qui est du droit cantonal cf. infra consid. 7.7.1, 3ème paragraphe). Ainsi, lorsque l'autorité judiciaire se prononce sur une ordonnance du Conseil fédéral fondée sur une délégation législative, il ne peut pas contrôler si la délégation elle-même est admissible, et doit se contenter d'examiner si le but fixé dans la loi peut être atteint et si l'autorité exécutive a usé de son pouvoir conformément au principe de la proportionnalité; lorsque la délégation législative est très large, il ne peut pas substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral et doit se limiter à contrôler si l'ordonnance en cause est contraire à la loi ou à la Constitution. En l'occurrence, comme démontré ci-avant (cf. supra consid. 4 s.), le champ d'application de l'art. 1i al. 2 OPP 2 porte également sur les retraites réglementaires (ou de droit public cantonal) ordinaires LPP intervenant avant l'âge légal de 64/65 ans. Par ailleurs, l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP est d'une formulation très large puisqu'il permet au Conseil fédéral de fixer un âge minimal de retraite sans autre précision. Si l'on examine les travaux préparatoires en rapport avec cette disposition, on remarque que le législateur avait en son temps l'intention de permettre aux affiliés de partir à la retraite de manière générale depuis 59 ans moyennant une réduction actuarielle (cf. art. 13a du projet de modification de la LAVS du 3 octobre 2003 [11ème révision de l'AVS] rejeté par la suite en votation populaire). L'institution de prévoyance était toutefois habilitée à prévoir dans son règlement que l'affilié puisse bénéficier du versement anticipé de la prestation de vieillesse LPP avant d'atteindre l'âge de 59 ans (art. 13a al. 7 du projet précité). Cette faculté n'était cependant pas illimitée puisque l'âge minimum retenu devait rester compatible avec la notion de

prévoyance (Schneider, op. cit., p. 119 ad art. 1 n° 70 in fine) respectivement avec un éventuel âge minimum de retraite fixé par le Conseil fédéral conformément à l'art. 1 al. 3, 2ème phrase, LPP, entré en vigueur le 1er janvier 2005. Or, il appert que le Conseil fédéral a fait usage de cette compétence et que le seuil choisi, à savoir 58 ans, est inférieur à la limite de 59 ans qui avait été prévue dans le projet d'art. 13a LPP. On peut donc conclure que le Conseil fédéral est resté dans le cadre de ce que se représentait le législateur en 2003 et que la solution choisie est tout à fait compatible avec la ratio legis de la clause de délégation (cf. supra consid. 5.4; Auer, op. cit., p. 9 s. n° 26 s.).

E. 7.2

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'existe pas de principe selon lequel les dispositions d'exception devraient forcément être interprétées de manière restrictive. Bien plutôt, leur exégèse doit être faite conformément à leur sens et à leur but, dans les limites de la règle générale (ATF 137 V 167 consid. 3.3 s. et les références citées). Dans ce contexte, on rappelle que, selon les règles générales d'interprétation (cf. supra consid. 5.1) qui valent également pour les clauses d'exception, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause (ATF 138 V 522 consid. 6.1 et les références citées). Par ailleurs, l'interprétation historique aussi importante qu'elle soit notamment face à des articles de loi entrés en vigueur récemment ne saurait être à elle seule être déterminante (ATF 137 V 167 consid. 3.2).

E. 7.3

Selon les travaux préparatoires, les principes nouvellement introduits dans l'OPP 2 au 1er janvier 2006 ont notamment pour objectif de délimiter la prévoyance professionnelle (qui est traitée de façon privilégiée au niveau fiscal) de la prévoyance privée. Dans ce contexte, le Conseil fédéral a estimé qu'il était justifié de fixer l'âge minimal pour une retraite anticipée à 58 ans. Pour lui, vu l'augmentation de l'espérance de vie de la population, il n'y aurait pas de sens de donner à la population active une incitation à partir à la retraite avant ce seuil. En parallèle, il mettait également au premier plan des réflexions d'ordre économique en soulignant qu'une forte population active était nécessaire pour favoriser la croissance économique qui elle-même était indispensable pour la pérennité du système d'assurances sociales (OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle, n° 83 du 16 juin 2005, p. 2 s. et 19). Sur la base de ces prémisses, la clause d'exception ancrée à l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 a été formulée au moyen d'une notion très restrictive. Ainsi, il faut que la mise à la retraite avant 58 ans soit prévue pour des motifs de sécurité publique uniquement. Comme le relève à juste titre Flückiger, le verbe "prévu" doit être compris comme "prescrit" (Flückiger, op. cit., p. 275 ad art. 13 n° 17). C'est donc seulement si l'exercice du poste de travail en cause peut poser un problème pour la sécurité publique que les institutions de prévoyance disposent encore d'une certaine marge de manoeuvre en la matière et sont habilitées à déroger à la règle générale. Il s'agit dorénavant du critère décisif (Auer, op. cit., p. 15 n° 49). A l'intérieur de ce cadre, il convient en outre d'exiger une certaine cohérence de la part des institutions de prévoyance dans les cas où elles feraient usage de la clause d'exception ancrée dans l'OPP 2. Ainsi, si celles-ci sont convaincues que, pour des raisons de sécurité publique, la cessation d'une activité doit intervenir avant 58 ans (et que cela paraît soutenable par rapport au critère déterminant), l'âge seuil choisi doit être clairement défini comme une limite maximale, des éventuelles exceptions ne pouvant être admises que si cela ne met pas en danger la sécurité publique. En particulier, cela exclut toute possibilité

de retraite à la carte pour les affiliés concernés (cf. arrêt de principe du Tribunal administratif fédéral C-4289/2010 du 28 mars 2013 consid. 9.2.3). La doctrine cite à titre d'exemple des employés travaillant dans le domaine des transports publics ou aériens (Kieser, op. cit., p. 28 s.; voir aussi Schneider, op. cit., p. 120 ad art. 1 n° 72). La profession de pompier est également mentionnée par certains auteurs sans que cet avis soit vraiment motivé (Kieser, op. cit., p. 29; Schneider, op. cit., p. 120 ad art. 1 n° 72; Erika Schnyder, La retraite anticipée et le deuxième pilier, in: Sécurité sociale [CHSS] 4/1995, p. 345; Christian Wenger, Probleme rund um die vorzeitige Pensionierung in der beruflichen Vorsorge, Zürich 2009, p. 57; voir aussi lettre de l'OFAS à la fédération suisse des pompiers du 24 juin 2005 [dossier AS, p. 102]). Pour sa part, Brechbühl analyse la situation de fait existant dans les diverses professions qui pourraient entrer en ligne de compte et se demande s'il existe véritablement à l'heure actuelle une profession pouvant bénéficier de la clause d'exception ancrée à l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 (Brechbühl, op. cit., p. 79 s.). Stauffer souligne quant à lui que seules des exceptions au cas par cas demeurent possibles (Stauffer, op. cit., p. 125 n° 366). Il suit donc de cette nouvelle réglementation que des motifs relevant de l'équité ou de la politique de l'emploi tels qu'ils étaient encore retenus auparavant (cf. Auer, op. cit., p. 4 n° 9) n'entrent plus en ligne de compte pour justifier un âge de retraite inférieur à 58 ans. Les auteurs de nouveaux règlements de prévoyance ne peuvent donc plus prévoir un âge de retraite inférieur à 58 ans parce qu'il leur paraît équitable de procéder à une compensation envers les affiliés par rapport au caractère pénible, dangereux ou exigeant de leurs tâches respectivement des sacrifices encourus pendant une longue carrière professionnelle. Ils ne sauraient non plus recourir à ce moyen pour rendre une profession plus attrayante en espérant ainsi faciliter l'embauche de nouveaux employés.

E. 7.4

On remarque également que, dans les travaux préparatoires, le Conseil fédéral se référait uniquement à des professions dont la cessation avant l'âge de 58 ans paraît justifiée pour des raisons de sécurité publique sans donner d'exemples concrets (OFAS, op. cit., p. 2, 3 et 19). Il semble donc qu'il n'avait pas en vue des corps de métiers qui offrent une large palette de spécialisations et dont seulement une partie d'entre elles peuvent éventuellement constituer une menace d'une certaine importance pour la sécurité publique si elles sont exercées à un âge inférieur à 58 ans. Compte tenu de la teneur de l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 qui ne se réfère pas à des métiers en général mais à des "rapports de travail" et qui met au premier plan la nécessité de garantir la sécurité publique, il n'y a toutefois pas lieu d'exclure que seuls certains employés à l'intérieur d'une profession déterminée puissent bénéficier de la clause d'exception compte tenu du portfolio concret de leurs tâches. Dans de telles constellations, il faudra toutefois que l'institution de prévoyance définissent plus précisément les catégories d'affiliés au sein d'un corps de métier qui peuvent être mis au bénéfice de la clause d'exception. A cet effet, elle se basera sur des motifs précis liés à la sécurité publique dont la pertinence face à ce critère est suffisamment démontrée.

E. 7.5

Il découle de ce qui précède que l'art. 1i OPP 2 contient un régime exhaustif et tendanciellement restrictif qui circonscrit la compétence des cantons de prévoir d'autres catégories d'exceptions dans des normes de droit public. Le point de vue contraire de Kieser et Schnyder (Kieser, op. cit., p. 28 n° 21; Schnyder, op. cit., p. 345), selon lequel le législateur cantonal serait habilité à élargir le cercle des affiliés pouvant bénéficier d'une retraite à un âge inférieur à celui de 58 ans par des normes cantonales ce qui élargirait de la

sorte le catalogue d'exceptions prévues à l'art. 1i al. 2 OPP 2, n'est manifestement pas compatible avec la teneur claire de cette clause ainsi que la volonté du législateur et doit donc être rejeté (en ce sens Flückiger, op. cit., p. 275 ad art. 13 n° 17; Stauffer, op. cit., p. 124 n° 365; Brechbühl, op. cit., p. 80, note de bas de page 62).

E. 7.6

Cela étant, il se pose la question de savoir si les fonctionnaires de police peuvent se prévaloir de la clause d'exception ancrée dans le droit fédéral. Dans l'exposé des motifs concernant la modification de la LCP publié en septembre 2005 (ci-après: EMPL), le Conseil d'Etat vaudois a indiqué que ce projet "est basé sur un travail technique préalable réalisé par une commission dans laquelle siège des experts, des représentants de l'employeur et des représentants de trois syndicats et associations du personnel (FSF, SSP, SUD). Les travaux de cette commission ont été soumis à une négociation conduite pour le Conseil d'Etat par sa délégation aux ressources humaines et pour le personnel par les représentants des syndicats et associations du personnel mentionnés ci-dessus. Une proposition a été faite par la délégation du Conseil d'Etat. Elle a été acceptée par la FSF et refusée par le SSP et le SUD. Les mesures prévues par le présent EMPL découlent de la Convention signée le 7 juillet 2005 entre le Conseil d'Etat et la FSF (cf. document annexé)" (BGC 2005, p. 3893). La convention susmentionnée retranscrit à son art. 6 al. 3 la teneur du projet d'un nouvel art. 43 al. 3 LPC ("le Conseil d'Etat peut fixer l'âge minimum de retraite à 57 ans pour les fonctionnaires de police dont l'activité ne permet pas d'être exercée au-delà de cet âge pour des motifs de sécurité publique liés aux risques engendrés. Un règlement du Conseil d'Etat fixe les conditions et modalités") et indique que "l'EMPL précisera que seules les missions des fonctionnaires de police peuvent entrer dans l'exception prévue par le droit fédéral compte tenu de leur spécificité" (BCG 2005, p. 3978). Par ailleurs, le Conseil d'Etat, dans la rubrique de l'EMPL concernant le commentaire de l'art. 43 LCP, a relevé que les activités exercées à l'Etat ne permettent en principe pas de se prévaloir de l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2. Toutefois, selon lui, la "seule exception peut concerner les fonctionnaires de police. L'exercice de leur métier présente des particularités qu'on ne retrouve pas dans les autres métiers exercés par l'Etat. En plus d'une activité qui nécessite une disponibilité particulière (travail de nuit, horaire irrégulier, service de piquet et.) - qu'on trouve également dans d'autres secteurs de l'Etat - l'activité des fonctionnaires de police a ceci de particulier qu'elle peut potentiellement toucher l'ensemble de la population et que son action représente par essence le respect des normes qui guident notre société. En cela, l'exercice de la fonction policière tombe dans l'exception aménagée par le droit fédéral. Le règlement de la compétence du Conseil d'Etat indiquera de manière plus détaillée les conditions et les modalités" (bulletin officiel du Grand Conseil [ci-après: BGC] 2005, p. 3918). Compte tenu des termes précités employés par l'exécutif vaudois, on peut donc se demander si ce dernier ne partait pas de l'idée que tous les fonctionnaires de police pouvaient bénéficier de la clause d'exception (cf. Brechbühl, op. cit., p. 80, note de bas de page 61, qui interprète les travaux préparatoires en ce sens et indique que cette solution est contraire au droit fédéral), vu qu'il est fait référence de façon toute générale à la fonction policière et non à certaines catégories de policiers ou à une évaluation au cas par cas. Ces circonstances appellent les remarques qui suivent. Dans la mesure le Conseil d'Etat serait parti de l'idée que tous les agents de police peuvent potentiellement bénéficier de prestations LPP à 57 ans révolus, une telle opinion ne saurait être suivie, d'autant que, comme on l'a vu (cf. supra consid. 7.3), le Tribunal administratif fédéral a rejeté la possibilité de permettre des retraites à la carte en rapport avec l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 dans

l'arrêt de principe C-4289/2010. Par ailleurs, l'argumentation précitée met l'accent sur la fonction primordiale des fonctionnaires de police, à savoir le maintien de l'ordre et le respect des normes régissant un Etat de droit, ce qui en soi n'est toutefois pas suffisant pour justifier une exception à l'âge minimal de retraite comme le soulignent à bon droit l'autorité inférieure et l'OFAS. En effet, comme indiqué ci-dessus (cf. consid. 7.3), seule une menace concrète pour la sécurité publique peut justifier une mise à la retraite avant 58 ans et non le simple fait que les agents de police sont affectés au maintien de la sécurité publique. En outre, on cherche en vain dans la doctrine un auteur qui prétendrait, par exemple sur la base d'études scientifiques, qu'il serait permis de prévoir pour les policiers un âge de retraite inférieur à 58 ans pour des motifs de sécurité publique. Bien plutôt, pour Brechbühl, l'argumentation du Conseil d'Etat vaudois n'est pas convaincante, dès lors qu'elle ne dit pas pour quelles raisons un âge de retraite minimum de 58 ans pourrait poser un problème lié à la sécurité publique et qu'il n'y a pas de raisons suffisantes pour mettre certaines catégories de fonctionnaires relevant du droit public au bénéfice d'un régime LPP plus avantageux qui reste défendu à des employés de droit privé dont le travail comprend des charges semblables (Brechbühl, p. 79 et p. 80 note de bas de page 61 et 62). Auer ne voit pas en quoi le fait de rehausser l'âge de retraite des forces de l'ordre dont on observe par ailleurs des sous-effectifs chroniques en leur sein à 58 ans en application de l'art. 1i al. 1 OPP 2 pourrait rendre plus difficile, voire impossible l'accomplissement par ces dernières de leur mission de maintien de la sécurité publique sur le terrain, ce qui est seul déterminant (Auer, op. cit., p. 15 s.). Pour Schnyder, il est manifeste que la profession d'agents de la force publique ne présente pas plus de risques qu'une autre, de sorte que ceux-ci ne peuvent pas se prévaloir de la clause d'exception ancrée à l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 (Schnyder, op. cit., p. 345), opinion à laquelle se joignent Kieser et Flückiger (Kieser, op. cit., p. 28 n° 21; Flückiger, op. cit., p. 275 ad art. 13 n° 17; voir aussi Wenger, op. cit., p. 57; lettre du Conseiller fédéral P. Couchepin aux autorités genevoises du 26 juin 2009 [dossier AS, p. 101]). Au demeurant, la LCP retient elle-même à l'art. 43 al. 2 que l'âge minimum pour partir à la retraite est fixé en principe à 58 ans révolus pour les fonctionnaires de police qui, conformément à l'art. 42 al. 2 LCP, ont accompli 37.5 années d'assurance. L'art. 43 al. 4 LCP précise ensuite que les fonctionnaires dont l'activité ne permet pas d'être exercée au-delà de cet âge pour des motifs de sécurité publique liés aux risques engendrés peuvent partir à la retraite dès 57 ans. On voit donc mal comment il serait possible de retenir que, selon la législation vaudoise, tous les fonctionnaires de police peuvent partir à la retraite à 57 ans pour des motifs de sécurité publique. En ce sens, les explications données par le Conseil d'Etat dans le EMPL (cf. supra consid. 7.6, 2ème paragraphe) sont difficilement compréhensibles. Cela n'a par ailleurs pas échappé à la recourante. Selon elle, il faut interpréter l'art. 43 al. 4 LCP en ce sens que cette disposition permet à l'exécutif de mettre à la retraite à 57 ans tous les agents de police accomplissant à l'âge seuil leur service sur le terrain et qui sont donc potentiellement susceptibles d'avoir à exécuter des tâches répressives (pce TAF 1b p. 10 n° 45). Elle retient donc elle-même que seuls certains agents de police qui sont affectés à des tâches déterminées pourraient bénéficier de la clause d'exception ancrée à l'art. 43 al. 4 LCP. On peut cependant douter que des agents affectés à des tâches répressives et qui ne souffrent d'aucune atteinte significative à la santé attestée médicalement puissent constituer un danger pour la sécurité publique du seul fait de leur âge se situant entre 57 et 58 ans. Vu l'issue de la cause, il n'y a toutefois pas lieu de se prononcer définitivement sur cette question qui peut demeurer indéfinie. En effet, comme on le verra ci-après, même dans l'hypothèse où l'OPP 2 admettait des exceptions à l'âge

minimal de la retraite pour des catégories particulièrement larges des fonctionnaires de police, il appert in casu que la législation vaudoise ne serait de toute façon pas conforme au droit fédéral.

7.7.1 Le principe de la base légale oblige le législateur à éditer des textes de lois précis qui définissent à quelles conditions ils s'appliquent et quelles conséquences juridiques ils déploient. La validité des normes se mesure donc à leur densité ("Normdichte") qui sera à chaque fois déterminée en fonction des particularités de la matière traitée. Autant que possible, les normes en cause doivent avoir un contenu suffisamment défini pour que leur application puisse être prévisible, que l'égalité de traitement soit garantie et qu'aucune place ne soit laissée à l'arbitraire (ATF 130 I 1 consid. 3.1; Georg Müller, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3ème éd., Zurich Bâle Genève, p. 165 ss; Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, *Droit administratif*, vol. 1, Berne 2012, p. 674 s.). Or, dans la présente affaire, il appert que ni la LCP, ni le RARPol ne décrivent des éléments concrets qui permettraient de déterminer pour quelles raisons un agent de police exerçant son activité au-delà de 57 ans constituerait un danger concret pour la sécurité publique. Quoiqu'en dise la recourante et comme on le verra ci-après (consid. 7.7.2 s.), de telles précisions étaient toutefois indispensables pour que les autorités vaudoises puissent éventuellement se prévaloir de la clause d'exception prévue dans l'OPP 2.

7.7.2 Ainsi, l'art. 43 al. 4 LCP dispose que "le Conseil d'Etat peut fixer l'âge minimum de retraite à 57 ans pour les fonctionnaires de police dont l'activité ne permet pas d'être exercée au-delà de cet âge pour des motifs de sécurité publique liés aux risques engendrés. Le Conseil d'Etat fixe les conditions et modalités dans un règlement préalablement soumis au Conseil d'administration." Ce faisant, le Grand Conseil n'a pas établi lui-même les conditions permettant de mettre à la retraite des fonctionnaires de police dès 57 ans mais a délégué cette tâche à l'exécutif en lui laissant le soin de déterminer les conditions. Or, étant donné que jusqu'à ce jour le canton de Vaud est le seul parmi tous les cantons à avoir fait usage de la clause d'exception prévue à l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 en faveur des forces de police (Brechtbühl, op. cit., p. 80; acte attaqué [dossier AS, p. 24 in fine]), qu'il s'agit d'un point très disputé au niveau politique (préavis de l'autorité inférieure du 5 septembre 2011 [pce TAF 19 p. 5, dernier paragraphe]) et que, selon le cercle des exceptions possibles qui reste très vague sur la seule base de la LCP, les conséquences financières peuvent être non négligeables (cf. lettre du Conseil de la CPEV du 15 novembre 2006 au Conseil d'Etat [pce TAF 1 p. 57 n° 2]), on peut se demander si le Grand Conseil n'aurait pas dû circonscrire lui-même la portée de l'art. 43 al. 4 LCP en traçant dans la loi pour le moins les grandes lignes des exceptions possibles conformément aux règles régissant les clauses de délégation (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6ème édition, Zurich St-Gall 2010 p. 92 n° 406 s.). Quoiqu'il en soit, l'art. 43 al. 4 LCP ne saurait être conforme à l'OPP 2 pour une autre raison. En effet, selon l'art. 42 al. 2 LCP, "l'autorité peut mettre un assuré à la retraite dès l'âge fixé à l'art. 43 pour autant qu'il compte 37.5 années d'assurance." Selon le texte clair de cette disposition, il n'y a donc pas besoin de se préoccuper de savoir si un fonctionnaire de police constitue un danger pour la sécurité publique à partir de 57 ans si celui-ci ne compte pas 37.5 années d'assurance: une mise à la retraite n'entre tout simplement pas en ligne de compte et le législateur n'a prévu aucun devoir d'affecter, le cas échéant, les agents concernés à des tâches purement administratives. Or, vu l'importance de cette thématique, le législateur aurait dû en tous les cas donner des précisions en la matière. En tant qu'elle n'est pas conséquente en relation avec la notion de sécurité publique, la législation vaudoise ne saurait donc être compatible avec la clause d'exception prévue à l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2 (cf. supra consid. 7.3, 1er paragraphe; en ce

sens également: lettre de l'OFAS aux autorités genevoises du 29 février 2008 [dossier AS, p. 100, 1er paragraphe in fine]). Dans la même ligne, il appert que la formulation de l'art. 43 al. 4 LCP est très ambiguë. En particulier, la portée du verbe "pouvoir" ("Par arrêté, le Conseil d'Etat peut fixer un âge minimum de retraite à 57 ans ...") donne lieu à plusieurs interprétations. Ainsi, si l'on se base sur les travaux préparatoires, il semble que le législateur ait tout simplement voulu exprimer sa volonté de déléguer la compétence de fixer un âge de retraite minimal de 57 ans pour les fonctionnaires au Conseil d'Etat en lui demandant, le cas échéant, de fixer les modalités et conditions dans un règlement (cf. en ce sens BGC 2005, p. 3917). La recourante fait toutefois valoir qu'il s'agirait d'une formulation prudente qui aurait un tout autre objectif: celle-ci aurait précisément pour but de tenir compte d'une possible affectation des fonctionnaires de police âgés de 57 ans à des tâches purement administratives (pce TAF 1b p. 10, 7ème tiret), ce qui expliquerait le fait que les agents de police y compris ceux affectés à des activités dont l'exercice ne saurait être admis après 57 ans pour des raisons de sécurité publique puissent travailler au-delà de 57 ans et que seul un âge minimal de mise à la retraite à 57 ans soit mentionné dans la disposition en cause. Dans l'hypothèse où tel avait été vraiment le cas, il y aurait toutefois lieu de reprocher au législateur de ne pas avoir été assez précis en la matière, notamment en n'expliquant pas de façon suffisamment détaillée le rapport entre l'art. 43 al. 4 et l'art. 42 al. 2 LCP (cf. supra consid. 7.7.2, 2ème paragraphe). Par ailleurs, on peine à se représenter de quelle manière la solution préconisée par la recourante pourrait être compatible avec les principes de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) et de la sécurité du droit. En effet, si l'on suit son raisonnement, la mise à la retraite à 57 ans pour les fonctionnaires qui doivent cesser leur activité à cet âge pour des raisons de sécurité publique dépendrait d'un fait tout à fait aléatoire et difficilement vérifiable, à savoir qu'une nouvelle affectation de l'agent concerné à des fonctions purement administratives au sein des forces de police soit impossible sur le plan organisationnel au moment où celui-ci a atteint l'âge seuil (57 ans). Il s'ensuivrait donc notamment une inégalité de traitement parmi les fonctionnaires de police répondant aux critères de l'art. 43 al. 4 LCP qui serait difficilement compréhensible: seuls ceux atteignant 57 ans au moment où le nombre de postes administratifs disponibles dans la police vaudoise serait insuffisant pour permettre une nouvelle affectation devraient partir à la retraite à ce seuil; les autres en revanche, n'ayant pas cette chance, seraient contraints de continuer à exercer leur travail jusqu'à 58 ans en accomplissant nouvellement des activités de bureau uniquement. En l'état, cette solution aboutirait donc à un résultat apparemment inconciliable avec les art. 8 et 9 Cst. On peut donc exclure que le législateur fédéral ait voulu laisser une telle marge de manoeuvre aux institutions de prévoyance. Finalement, on relèvera que plusieurs documents versés au dossier démontrent que l'élaboration de l'art. 43 al. 4 LCP n'était pas vraiment liée à des raisons de sécurité publique telles que mises en avant dans l'exposé des motifs et du projet de loi en rapport avec la modification de la LCP de septembre 2005 mais à des raisons d'opportunité politique comme cela ressort clairement de certains actes qui ont été à juste titre mis en évidence par l'autorité inférieure (cf. Rapport de la majorité annexé au EMPL indiquant que ce point était symboliquement très fort et constituait une des principales pierres d'achoppement de ces négociations [BGC 2005, p. 3998]; lettre du 7 mai 2010 rédigée par Jacqueline de Quattro, Cheffe du Département vaudois de la sécurité et de l'environnement [dossier AS, p. 69]; lettre de la CPEV du 22 octobre 2010 [dossier AS, p. 30, 1er paragraphe]; lettre du 17 novembre 2010 de Pascal Broulis, Président du Conseil d'Etat vaudois [dossier AS, p. 27 s.]; procès-verbal de la séance du Conseil d'administration

de la CPEV du 26 octobre 2006 [pce TAF 1b p. 54]) Sur le vu de tout ce qui précède, il appert que l'art. 43 al. 4 LCP qui est beaucoup trop flou quant à sa portée véritable et qui doit être interprété en liaison avec l'art. 42 al. 2 LCP ne fixe pas véritablement un âge de mise en retraite obligatoire à 57 ans pour les fonctionnaires de police dont l'activité ne pourrait pas être poursuivie au-delà de cet âge pour des motifs de sécurité publique; à tout le moins pas de façon suffisamment conséquente pour être compatible avec la clause d'exception ancrée à l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2. C'est donc à juste titre que l'autorité inférieure a constaté que, pour le moins en l'état, cette disposition cantonale était contraire au droit fédéral. 7.7.3 Cela vaut d'autant plus qu'il appert que le RARpol se borne à disposer que les fonctionnaires de police peuvent partir à la retraite au plus tôt à l'âge de 57 ans conformément à l'art. 43 al. 4 LCP. De la sorte, il ne circonscrit pas plus précisément la notion de sécurité publique contenue dans la disposition légale précitée notamment en précisant sous quelles conditions une mise à la retraite avant 58 ans s'avère nécessaire pour des raisons de sécurité publique. Or, comme le relève à bon droit l'autorité inférieure, le législateur ne pouvait pas faire l'économie d'édicter des dispositions détaillées à ce sujet (au mieux et en partie au niveau de la loi [cf. supra consid. 7.7.2, 1er paragraphe]). En effet, le Grand Conseil lui-même a retenu que l'exécutif devait fixer les conditions correspondantes (cf. dans ce sens: avis du service juridique du canton du Vaud du 28 mars 2006 [pce TAF 1b p. 52]; lettre du Conseil de la CPEV du 15 novembre 2006 au Conseil d'Etat [pce TAF 1b p. 56 s.]). En particulier, il s'agit d'éviter une inégalité de traitement entre les affiliés, d'empêcher les décisions arbitraires, de garantir la sécurité du droit et de permettre à l'autorité de surveillance d'exercer sa fonction en lui donnant les éléments nécessaires pour qu'elle puisse se déterminer sur la conformité de la législation cantonale avec le droit fédéral.

E. 7.8

Sur le vu de tout ce qui a été dit, l'autorité inférieure n'a pas violé le droit fédéral en constatant que l'art. 43 al. 4 LCP et le RARPol n'étaient en l'état pas compatibles avec l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2.

E. 8

Les autres griefs soulevés par la recourante tombent également à faux.

E. 8.1

Comme on l'a vu ci-avant (consid. 6 s.), la législation vaudoise n'est pas compatible avec l'art. 1i al. 2 let. b OPP 2, du moment que ni la LCP ni le RARPol ne définissent plus précisément quelles catégories d'agents de police pourraient partir à la retraite dès 57 ans. Dans une telle constellation, il n'appartenait donc pas à l'autorité inférieure de mettre en oeuvre les mesures d'instruction complémentaires sollicitées par la recourante, à savoir procéder à l'audition du commandant de la police cantonale vaudoise et à l'établissement d'un rapport détaillé quant aux nombre d'affiliés concernés par la modification législative (cf. mémoire de recours du 21 janvier 2011 [pce TAF 1b, p. 16 chiffre 3]). Les griefs portant sur une violation du droit d'être entendu au sens de l'art. 29 Cst., de l'art. 6 CEDH et d'une violation de la maxime d'office doivent donc être écartés.

E. 8.2

En outre, pour les mêmes raisons, on ne saurait parler d'une violation de l'art. 6 de Loi fédérale sur la protection de la population et sur la protection civile (LPPCi, RS 520.1), selon lequel les cantons règlent l'instruction et la conduite de la protection de la population

(pce TAF 1b p. 17 n° 71 s.). En effet, la compétence naturelle des cantons pour ce qui est de l'organisation des forces de police est en l'espèce valablement limitée par l'art. 1 al. 3 LPP en liaison avec l'art. 1i al. 1 OPP 2 desquels il ressort que l'âge minimum de la retraite est fixé en principe à 58 ans. Or, des éventuelles exceptions à ce principe en vertu de l'art. 1i al. 2, let. b, OPP 2, requièrent l'adoption de dispositions réglementaires ou légales idoines qui, comme on l'a vu, font défaut dans la présente affaire. L'autorité inférieure pouvait donc enjoindre au Conseil d'administration de la CPEV de ne plus appliquer les mises à la retraite dès 57 ans basées sur l'art. 43 al. 4 LCP et le RARPol (art. 62a al. 2 LPP).

E. 8.3

On rappelle également que si l'autorité de surveillance ne peut elle-même abroger ou modifier les normes cantonales ou communales visées par l'art. 50 LPP, lorsqu'elles sont contraires au droit fédéral, elle est habilitée à constater leur inapplicabilité et à les priver d'effet (cf. art. 62 al. 1 let. d; 62a al. 2 let. b LPP; ATF 135 I 28 consid. 3.2.2). La manière de procéder de l'autorité inférieure in casu ne pouvait donc pas constituer une violation du principe de la séparation des pouvoirs comme le prétend la recourante (pce TAF 1b p. 18, chiffre 6).

E. 9

Il appert donc que le recours est mal fondé et celui-ci doit être rejeté.

E. 10

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, fixés par le Tribunal de céans à Fr. 4'000.-, sont mis à la charge de la recourante déboutée (art. 69 al. 2 LAI et art. 3 let. b du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Ce montant est compensé par l'avance de frais fournie de Fr. 4'000.-. Il n'est pas alloué de dépens (art. 64 al. 1 PA a contrario en relation avec les art. 7 ss FITAF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.