

# **GE\_GERICHTE ATAS/1048/2013 vom 14. Oktober 2013**

GE Cour de justice, 2013-10-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1048\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1048_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1048/2013 du 14 octobre 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1048/2013 del 14 ottobre 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ ; RS E 2 05), en vigueur dès le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations [CO ; RS 220] ; art. 52, 56a al. 1 et 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP ; RS 831.40] ; art. 142 du Code civil [CC ; RS 210]).

#### **E. 1.1**

La procédure ouverte par la demanderesse contre la Caisse a en particulier pour objet de faire constater par la Chambre de céans que le taux de rente en cas de retraite au 1er mars 2022 (65 ans) s'établit à 54%, et non pas à 47,315% tel qu'inscrit sur la fiche de prévoyance au 1er mai 2012. Elle demande également le rétablissement de son taux de rente à 42,75% en cas de retraite au 1er mars 2017 (60 ans).

#### **E. 1.2**

Dans la mesure où elle ne vise ainsi pas principalement un contrôle abstrait des dispositions en matière de prévoyance professionnelle, singulièrement de l'art 5B RPPPJ - mais tend à contester l'application de cette dernière disposition à son cas -, l'action introduite par la demanderesse relève des voies de droit selon l'art. 73 LPP (tribunal), et non de l'art. 74 LPP (autorité de surveillance).

#### **E. 1.3**

En matière de prévoyance professionnelle, le for de l'action est au siège ou au domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP), soit, ici, Genève.

#### **E. 1.4**

Il s'ensuit que la Chambre de céans est compétente pour juger du cas d'espèce.

### **E. 2**

L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise comme telle à l'observation d'aucun délai (ATAS/1406/2012 du 22 novembre 2012 ;

A/1996/2012 - 14/30 - ATF 117 V 322 ; J.-A. SCHNEIDER, La fin du système de la biprimauté des prestations dans la prévoyance professionnelle ?, in: SZS 2002 p. 205). 3.1 La procédure prévue par l'art. 73 LPP n'est pas déclenchée par une décision sujette à recours, mais par une simple prise de position de l'institution de prévoyance qui ne peut

s'imposer qu'en vertu de la décision d'un tribunal saisi par la voie de l'action (ATF 115 V 239). C'est dire que les institutions de prévoyance (y compris celles de droit public) n'ont pas le pouvoir de rendre des décisions proprement dites (ATF 115 V 224). 3.2 Aussi convient-il, comme le propose la Caisse, de convertir « le recours » porté devant la Chambre de céans en une action, un tel procédé étant par ailleurs admissible au regard de la jurisprudence (ATF 113 V 198 ; arrêt du Tribunal fédéral B58/02 du 25 octobre 2010, consid. 2). 4.1 Le demandeur qui ouvre une action en application de l'art. 73 LPP doit avoir un intérêt digne de protection à son admission (ATF 128 V 48 consid. 3a). A cet égard, l'existence d'un intérêt digne de protection a été admise lorsque l'intéressé serait enclin, en raison de l'ignorance quant à l'existence, à l'inexistence ou à l'étendue d'un droit ou d'une obligation de droit public, à prendre des dispositions ou au contraire à y renoncer, avec le risque de subir un préjudice de ce fait (ATF 118 V 102 consid. 1). Le juge retiendra un intérêt pour agir lorsqu'une incertitude plane sur les relations juridiques des parties et qu'une constatation judiciaire pourrait l'éliminer. Une incertitude quelconque ne suffit cependant pas. Il faut plutôt qu'en se prolongeant, elle empêche le demandeur de prendre ses décisions et qu'elle lui soit, de ce fait insupportable (ATF 122 III 282 consid. 3a). 4.2 En l'occurrence, la Caisse a retenu à juste titre que la demanderesse avait un intérêt digne de protection à être renseignée de façon exacte sur la quotité de ses droits à l'âge terme. En effet, l'assurée a un intérêt suffisant à être fixée sur l'étendue de ses droits futurs en matière de prévoyance professionnelle, afin de décider, le cas échéant, de la conclusion d'autres assurances ou de la constitution d'épargnes supplémentaires, et compte tenu également de la différence entre les montants en cause (soit une baisse de la rente à 65 ans de 6,85%). Partant, la présente action est recevable. 5.1 La Caisse de prévoyance des magistrats du pouvoir judiciaire est une institution de prévoyance de droit public instituée par la LTRPJ. Dûment inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle auprès de l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, elle « s'engage à appliquer » les dispositions de la LPP, ainsi que ses ordonnances d'application (art. 6 LTRPJ ; art. 1 RPPPJ ; art. 48 al. 1 et 2, 2ème phr. LPP).

A/1996/2012 - 15/30 - 5.2 Il est constant que la Caisse pratique une prévoyance obligatoire et plus étendue (institution dite « enveloppante » : ATF 128 V 247 consid. 3a). En effet, celle-ci garantit en particulier le maintien d'un pourcentage déterminé du dernier traitement, selon le système de la primauté des prestations (art. 9 al. 2 LTRPJ), et offre la possibilité de percevoir une rente de vieillesse avant l'âge correspondant à celui de l'AVS ; en outre, le montant assuré correspond au traitement des assurés et est par conséquent supérieur au salaire coordonné selon l'art. 8 al. 1 LPP. Les prestations de la défenderesse vont donc au-delà de la prévoyance minimale LPP. 5.3 Dans les limites de la LPP, les institutions de prévoyance sont libres d'adopter le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent (art. 49 al. 1 LPP). Elles doivent établir les dispositions nécessaires sur les prestations, l'organisation, l'administration et le financement, le contrôle, et les rapports avec les employeurs, les assurés et les ayants droit ; dans le cas des institutions de droit public, ces dispositions sont édictées en principe par la collectivité publique dont elles dépendent (art. 50 al. 1 et 2 LPP). 5.4 Dans le cadre de l'accomplissement de ses tâches en matière de prévoyance obligatoire et surobligatoire, l'institution de prévoyance demeure cependant tenue de se conformer aux principes généraux de procédure applicables dans le droit des assurances sociales et aux exigences constitutionnelles, telles que la non-rétroactivité des lois, l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire, la proportionnalité ou encore la protection de la bonne foi (ATF

132 V 154 ; H.- U. STAUFFER, *Berufliche Vorsorge*, 2005, p. 513, ch. 1358 ss).  
Lorsqu'elle étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, elle doit en particulier tenir compte des dispositions expressément réservées à l'art. 49 al. 2 LPP (ATF 115 V 109 consid. 4b).

## **E. 6**

La demanderesse se plaint tout d'abord du fait que le nouvel art. 5B RPPPJ viole le principe de l'interdiction de la rétroactivité des lois. De son côté, la défenderesse soutient que l'application de cette disposition au cas d'espèce relève d'une rétroactivité improprement dite, admissible dès lors qu'elle ne porterait pas atteinte à des droits acquis. Il s'agit donc de déterminer, à titre préjudiciel, quelle est la version du règlement applicable à la présente action en constatation de droit (ATF 137 V 105 consid. 5.3.1).

### **E. 6.1**

Lorsque, comme en l'occurrence, le règlement ne contient pas de disposition transitoire en ce qui concerne le régime de prescription applicable, il appartient à l'autorité de jugement d'examiner quel droit transitoire doit être appliqué, en se basant sur les principes généraux du droit intertemporel (ATF 131 V 425 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_659/2009 du 7 juillet 2009, consid. 3.2 ; U. MEYER/P. ARNOLD, *Intertemporales Recht, Eine Bestandesaufnahme anhand der Rechtsprechung der beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts*

A/1996/2012 - 16/30 - und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in : RDS 2005 p. 115 ss, en part. p. 127 ss).

### **E. 6.2**

Selon la jurisprudence, l'application d'une norme à des faits ou des actes juridiques entièrement révolus avant son entrée en vigueur est interdite (ATF 137 II 371 consid. 4.2). Tel est le cas lorsque la loi attache des conséquences juridiques nouvelles à des faits qui se sont produits et achevés entièrement avant l'entrée en vigueur du nouveau droit (ATF 120 Ia 1 consid. 4b ; ATF 116 Ia 213 consid. 4a ; voir aussi art. 1er du Titre final CC ou art. 196 al. 1 LDIP par analogie). Autrement dit, s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause, les normes en vigueur au moment où ces faits se produisent. Le nouveau droit ne s'applique pas aux faits antérieurs à sa mise en vigueur. La notion « fait » demande quelques éclaircissements, parce qu'elle n'est pas toujours simple. Lorsqu'il s'agit d'un fait précis, tel qu'un événement unique, dont la localisation dans le temps est tout à fait déterminée, on applique le droit en vigueur au moment où cet événement s'est produit (par ex. un fait qui fait naître au bénéfice de l'administré une prétention à une indemnité ou à un remboursement ou, à sa charge, une obligation). La situation paraît en revanche ambiguë lorsque l'autorité se réfère à un fait antérieur pour apprécier un élément devenu pertinent en vertu d'une règle nouvelle (p. ex : un motif nouveau de retrait de permis de conduire pour raisons de sécurité). Ce faisant, elle ne définit pas les effets juridiques de faits passés, mais établit les conditions matérielles actuelles auxquelles l'application du nouveau droit est subordonnée (P. MOOR, *Droit administratif*, 1994, vol. I, pp. 170 et 171). En règle générale, la rétroactivité proprement dite est exclue parce qu'elle porte atteinte aux principes de la sécurité et de la prévisibilité du droit qui découlent des art. 5 al. 1, 8 et 9 Cst. (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_797/2009 du 20 juillet 2010, consid. 4.1 ; T. TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2011, p. 135, ch. 420). Cette règle s'applique tant aux lois formelles qu'aux règlements (arrêts du Tribunal fédéral 2A.228/2005 du 23 novembre 2005, consid.

2.3 et B 72/05 du 24 octobre 2006, consid. 4.2). Le principe de prévisibilité interdit à l'administration de prendre des mesures défavorables aux administrés en vertu de règles dont ils ne pouvaient pas attendre l'adoption (A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, 1984, vol. I, p. 148). Ces principes valent également en cas de changement de dispositions réglementaires ou statutaires des institutions de prévoyance. Leur application ne soulève pas de difficultés en présence d'un événement unique, qui peut être facilement isolé dans le temps. S'agissant par exemple des prestations de survivants, on applique les règles en vigueur au moment du décès de l'assuré, c'est-à-dire la date à laquelle naît le droit aux prestations du bénéficiaire (ATF 126 V 163 consid. 4b). Dans le domaine de la prévoyance professionnelle en particulier, le salaire assuré se détermine en fonction des statuts en vigueur au moment de la naissance du droit à la prestation (arrêt du Tribunal fédéral B 42/03 du 16 octobre 2003, in : SVR 2004 BVG Nr. 8, p. 24).

A/1996/2012 - 17/30 -

### **E. 6.3**

Il y a rétroactivité improprement dite lorsque le législateur entend réglementer un état de chose qui, bien qu'ayant pris naissance dans le passé, se prolonge au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Dans ce cas, la nouvelle norme est appliquée à des faits nés sous l'empire de l'ancien droit, mais seulement à partir de son entrée en vigueur. Il en va de même lorsque la nouvelle norme tient compte de faits entièrement survenus dans le passé pour appliquer la loi. Cette rétroactivité improprement dite est en principe admise. Dans ce cas, - sauf disposition transitoire contraire ou lésion de droits acquis -, le nouveau droit s'applique uniquement dès son entrée en vigueur, c.-à-d. *ex nunc et pro futuro* (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_218/2012 du 25 juillet 2012, consid. 3.2 ; ATF 122 II 113 consid. 3b/dd ; ATF 122 V 316 consid. 3 c ; Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 90 du 15 février 2006, ch. n. 593 ; T. GÄCHTER/M. GECKELER HUNZIKER in : J-A. SCHNEIDER/T. GEISER/T. GÄCHTER, *Commentaire LPP et LFLP*, 2010, ad art. 50 LPP, p. 740 n. 22).

#### **E. 6.3.1**

En particulier, il n'y a pas de rétroactivité proprement dite lorsque des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions fiscales sont pris en considération en tant qu'éléments servant au calcul de l'impôt, à moins qu'ils ne constituent eux-mêmes l'impôt (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_797/2009 du 20 juillet 2010, consid. 4). Ainsi, une loi fiscale peut modifier ce qui doit être considéré comme revenu imposable, lorsque ledit revenu est calculé selon ce que le contribuable a gagné l'année précédente. Dans ce cas, une augmentation de l'impôt dû cette année-ci n'est pas rétroactive, quand bien même l'impôt serait calculé sur la base du revenu acquis avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, soit un fait entièrement survenu dans le passé (P. ZEN-RUFFINEN, *Droit administratif, Partie générale et éléments de procédure*, 2e éd., 2013, p. 41, n. 175 ; T. TANQUEREL, *op. cit.*, p. 135, ch. 418 ; P. MOOR, *op. cit.* p. 174, n. 2.5.2.3).

#### **E. 6.3.2**

En matière d'assurances sociales, le Tribunal fédéral des assurances a par exemple jugé que l'art. 17 OPC - AVS/AI, lorsqu'il sert à évaluer la fortune dont un assuré s'est dessaisi, s'applique aussi aux éléments constitutifs du dessaisissement qui se sont réalisés avant l'entrée en vigueur de cette norme, le 1er janvier 1992 (ATF 120 V 182 ; ATF 114 V 150). De même, pour déterminer si une atteinte à la santé a été causée exclusivement ou d'une

manière nettement prépondérante par l'activité professionnelle, la jurisprudence prend en considération l'ensemble de l'activité professionnelle et donc aussi celle exercée avant l'entrée en vigueur de la LAA (ATF 119 V 200). Dans ce même ordre d'idées, il a été jugé qu'une nouvelle réglementation sur l'échelonnement des rentes de l'AVS, valable depuis le 1er janvier 1979, était aussi applicable aux cas dans lesquels, lors de son entrée en vigueur, le droit à la rente existait déjà (ATF 108 V 113). En ce qui concerne la prévoyance professionnelle, on applique les mêmes principes en cas de changement - même au détriment des assurés - des dispositions réglementaires d'une institution de prévoyance (ATF 121 V 97 consid. 1b). Le Tribunal fédéral des assurances a par exemple jugé, à propos de l'ancien art. 331b CO (prévoyance plus étendue), qu'une

A/1996/2012 - 18/30 - fondation de prévoyance en faveur du personnel était en droit d'appliquer rétroactivement et en défaveur de l'assuré une modification de l'échelle de la prestation de libre passage, pour autant que la nouvelle réglementation fût conforme à la loi et ne portât pas atteinte aux droits acquis (ATF 117 V 221 ; voir aussi T. GEISER/C. SENTI, op. cit., ad art. 91 n° 6, p. 1428, citant l'art. 4 tit. fin. CC, - transposable en droit public -, lequel exclut l'application du principe de non- rétroactivité aux effets juridiques de faits dont il ne résulte aucun droit acquis).

#### **E. 6.4**

In casu, en l'absence de disposition transitoire spécifique, l'état de fait dont découle le droit à une rente de vieillesse est la retraite de l'assurée - et non pas le versement anticipé, qui sert uniquement de base de calcul du montant de la rente future. Le fait qu'on soit en présence d'une procédure en constatation de droit ne change pas la solution du problème, mais il appartient à l'autorité de statuer sur la base du droit applicable au moment où elle rend sa décision de constat à défaut de réalisation de l'état de fait assuré. Il y a ainsi lieu d'admettre que c'est sur la base du nouvel art. 5B RPPPJ que l'affaire doit être tranchée (comp. ATF 137 V 105 consid. 5.3.2). Il reste donc à examiner les arguments invoqués par la demanderesse, qui s'oppose à l'application de cette disposition à son cas.

7.1 Les rapports de service des agents publics - fonctionnaires ou magistrats - sont régis par la législation en vigueur au moment considéré; les aspects patrimoniaux suivent par conséquent l'évolution de la législation. Les principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire constituent en principe des garants suffisants des prétentions pécuniaires des agents publics contre les interventions du législateur. Les agents publics ne disposent d'une garantie absolue que si leurs prétentions bénéficient de la protection des droits acquis, laquelle découle aussi bien du principe de la bonne foi (art. 9 Cst.) que de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.; ATF 132 II 485 consid. 9.5 ; ATF 118 Ia 245 consid. 2) ou encore des dispositions impératives de la loi (arrêt du Tribunal fédéral B 99/03, consid. 4.1). Ainsi, les prétentions pécuniaires des agents publics n'ont en règle générale pas le caractère de droits acquis (SJ 1996 p. 661, consid. 3b), si ce n'est dans les cas où la loi fixe une fois pour toutes les situations particulières et les soustrait aux effets des modifications légales ou lorsque des assurances précises ont été données à l'occasion d'un engagement individuel (ATF 134 I 23 consid. 7 ; ATF 118 Ia 245 consid. 5b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_78/ 2007 du 15 janvier 2007, consid. 5.1).

7.2 Ces principes valent également en matière de prévoyance professionnelle. A la différence de ce qui prévaut pour les institutions de prévoyance de droit privé, les règlements d'institutions de droit public peuvent être modifiés unilatéralement, sans que cette possibilité ne soit réservée dans une disposition réglementaire expresse. Une modification du règlement de prévoyance est en principe

admissible pour autant que la nouvelle réglementation soit conforme à la loi, ne s'avère pas arbitraire, ne conduise pas à une inégalité de traitement entre les assurés ou ne porte

A/1996/2012 - 19/30 - pas atteinte à leurs droits acquis. La législation en matière d'assurances sociales ne reconnaît qu'exceptionnellement l'existence de droits acquis. Bénéficiaire de la protection des droits acquis le droit à des prestations d'assurance et la valeur actuelle de la prestation de libre passage, mais pas - sous réserve d'une promesse qualifiée et irrévocable - le droit au maintien des expectatives lorsque l'éventualité assurée ne s'est pas encore réalisée (ATF 130 V 18 consid. 3.3 ; T. GEISER, Änderung von Vorsorge-Reglementen und wohlerworbene Rechte, AJP 2003 p. 624 ss ; U. KIESER, Besitzstand, Anwartschaften und wohlerworbene Rechte in der beruflichen Vorsorge, RSAS 1999 p. 310 ss; H.-M. RIEMER/G. RIEMER- KAFKA, Berufliche Vorsorge, 2e éd., 2006, p. 104 n. 5 ; J.-A. SCHNEIDER, in: Commentaire LFus, 2005, n. 20 ad art. 88 ; H.-U. STAUFFER, op. cit., p. 507 ss.). Des expectatives de prestations peuvent également être modifiées dans les situations où les cotisations ont été versées dans le but précis de financer des prestations qu'il convient par la suite de réduire ou de supprimer (arrêt du Tribunal fédéral 2A.398/2002 du 9 janvier 2003, consid. 4.2 ; cf. en corrélation avec l'abaissement du taux de conversion : ATF 133 V 279 consid. 3.1). De même n'existe-t-il aucun droit à pouvoir bénéficier d'une retraite anticipée (ATF 117 V 229 consid. 5c ; U. KIESER, op. cit., p. 312, H.-M. RIEMER/G. RIEMER- KAFKA, op. cit., n. 21, p. 108), ni de droit à ce que l'employeur verse un montant défini de cotisations (ATF 117 V 221 consid. 5b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_78/2007 du 15 janvier 2008, consid. 5.2). Les prestations courantes sont plus facilement considérées comme droits acquis que les simples expectatives, qui ne sont que rarement protégées, précisément parce qu'il n'existe pas de titre juridique qui permette de s'opposer à leur modification en cas de changement des règles légales (ATF 117 V 229 consid. 5b ; arrêt du Tribunal fédéral 2A\_562/2005 du 28 juin 2006, consid. 5.1). Avant son départ à la retraite, l'assuré ne dispose que d'expectatives quant à sa future rente, lesquelles peuvent en principe être revues en tout temps, tandis qu'à sa mise à la retraite l'assuré acquiert le droit à une rente financée par le capital de prévoyance, dont le montant ne peut plus être modifié (sous réserve des éventualités envisagées aux art. 36 al. 2 et 65d al. 3 let. b LPP) (ATF 137 V 105 consid. 9.5). Qui plus est, seule la prestation dans son principe constitue un droit acquis et non l'ampleur de celle-ci que le règlement a pour tâche de fixer. Celle-ci ne peut avoir qualité de droit acquis que lorsque la modification de règlement n'est pas autorisée (arrêt du Tribunal fédéral B 60/99 du 25 avril 2000, consid. 3c, in : SVR 2000 BVG n° 12 p. 57). Les prétentions aux prestations futures avant la réalisation de l'évènement conduisant à l'octroi d'une rente ne peuvent être qualifiées d'acquises que lorsqu'elles sont liées à l'écoulement du temps ou à la réalisation de l'évènement assuré, et non pas simplement à des revenus futurs, et cela même si le preneur de prévoyance s'est fié à une réglementation donnée et a agi en conséquence, par exemple en décidant de procéder au rachat de cotisation ou de rembourser des prestations obtenues en vue de l'acquisition d'un logement (T. GEISER/C. SENTI in : J.-A. SCHNEIDER/T. GEISER/T. GÄCHTER, LPP et LFLP, 2010, ad art. 91 LPP, n. 29, p. 1436).

A/1996/2012 - 20/30 - 7.3 En l'occurrence, la Caisse a effectué un versement anticipé en 2007, suite au divorce de la demanderesse prononcé la même année. Ce versement a, certes, entraîné, simultanément, une réduction des prestations de prévoyance futures calculée selon les modalités alors pratiquées, soit en l'espèce, un taux de rente réduit de 64% à 54% au 1er mars 2022 (65 ans), moyennant un repoussement de la date du début d'assurance au 1er mai

1998. Il n'en reste pas moins qu'un tel versement n'a pas eu pour effet de transformer en une prétention ferme l'expectative de prévoyance que constitue pour l'assurée le montant escompté de sa rente de vieillesse. En effet, contrairement aux droits découlant par exemple d'un contrat d'assurance-vie ordinaire (art. 77 LCA), la prétention envers la Caisse ne constitue qu'un droit conditionnel, un droit expectatif (« Anwartschaft »), avant la réalisation de l'évènement assuré. Autrement dit, avant son départ à la retraite, l'assurée ne dispose que d'une créance soumise à une condition suspensive (P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/S. EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht: allgemeiner Teil, 9e éd., 2008, t. II, n. 3994 ss.). Dans cette mesure, il faut admettre que l'on se trouve en présence d'un état de fait qui a certes pris naissance avant l'entrée en vigueur de l'art. 5B RPPPJ (28 mars 2012), mais qui perdure après cette date tant que l'évènement assuré ne s'est pas réalisé. On ne saurait ainsi conclure à une violation de l'interdiction de la rétroactivité en l'espèce. Peu importe, dans ce contexte, que le nouvel art. 5B RPPPJ permette d'appliquer avec effet rétroactif un mode de calcul nouveau, inconnu avant le 28 mars 2012. En effet, on l'a vu, le droit de l'assurée doit être examiné, en l'absence de droits acquis (cf. ci-dessous : consid. 8.1 et 8.2), au regard de la réglementation en vigueur lors du présent arrêt de constat, le fait assuré n'étant pas encore survenu.

## **E. 8**

La demanderesse se plaint également d'une violation des règles de la bonne foi, dans la mesure où, sur la base de la confiance engendrée par les fiches de prévoyance reçues chaque année entre 2007 et 2011, elle avait renoncé à conclure une assurance de prévoyance complémentaire, ce qu'elle ne pourrait faire, désormais, que moyennant des coûts comparativement plus élevés. D'ailleurs, au moment du versement anticipé de son avoir LPP dans le cadre de son divorce (en 2007), elle ne pouvait pas s'attendre à ce que ledit versement fasse l'objet d'un taux de rente d'ajustement plusieurs années plus tard (2012).

### **E. 8.1**

Découlant directement de l'art. 9 Cst., le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 131 II 627 consid. 6.1). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (b) qu'elle ait agi ou soit

A/1996/2012 - 21/30 - censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement (« ohne weiteres ») de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour (d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et (e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 131 II 627 consid. 6.1).

### **E. 8.2**

Contrairement à ce que semble admettre la demanderesse, les renseignements figurant dans un certificat de prévoyance reflètent uniquement la situation de la personne assurée à un moment donné et n'ont qu'un rôle informatif. Dès lors, ils ne sauraient en principe préjuger

du droit futur de la personne assurée aux prestations (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_224/2010 du 1er septembre 2010, consid. 3.1). Les fiches en question ne constituent à l'évidence pas des promesses émises dans des situations individuelles et concrètes, mais contiennent des informations données à titre indicatif, formulées, de surcroît, sous réserve d'une modification ultérieure de la situation juridique. De par leur nature, elles ne sauraient conférer à l'assurée le droit d'exiger de la Caisse qu'elle se conforme aux renseignements donnés. Au contraire, la jurisprudence a souligné que l'administration n'était liée par un renseignement émanant d'elle que dans la mesure où la réglementation légale n'avait pas subi de modification depuis lors (ATF 130 I 26 consid. 8.1). Ce principe vaut également pour les renseignements relatifs à un plan de prévoyance (SVR 2004 BVG n° 9 p. 26 consid. 4, B 59/01 ; arrêt du Tribunal fédéral B 11/02 du 18 septembre 2002, consid. 4.1), singulièrement pour un certificat de prévoyance (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_78/2007 du 15 janvier 2008, consid. 5.5.2 ; RSAS 2003 p. 429 consid. 6.3, B 94/01). Ainsi, faute de pouvoir se prévaloir d'une promesse qualifiée et irrévocable, la demanderesse ne saurait, sur la base du principe de la bonne foi, bénéficier de droits acquis s'agissant du maintien de ses attentes de prévoyance mentionnées dans les certificats en cause.

### **E. 8.3**

La demanderesse fait implicitement valoir une violation de ses droits acquis quant à son taux de rente. Lors de l'entrée en vigueur du nouveau système de calcul (28 mars 2012), l'assurée (entrée en fonction le 1er août 2003) comptait pratiquement 9 années de magistrature. Toutefois, consécutivement au versement anticipé dans le cadre de son divorce, la date du début d'assurance a été repoussée au 1er mai 1998. Au 28 mars 2012, la demanderesse totalisait ainsi 14 années d'assurance, ce qui correspond, à raison de 2,25% par an (art. 10 al. 1 LTRPJ), à un taux de rente « acquis » de 31,5% (comp. J.-A. SCHNEIDER/E. MAUGUE, Caisses de pensions publiques : garantie étatique et modification du plan des prestations, RSA 2000 p. 75 in fine). Avec le nouveau système de calcul, le taux de la rente est passé à 47,315% au 1er mars 2022. Dans la mesure où ce dernier taux reste encore supérieur à celui de 31,5%, on ne saurait voir à cet égard une violation des droits acquis de l'assurée en l'espèce.

A/1996/2012 - 22/30 -

### **E. 9**

Il reste à examiner la conformité de l'art. 5B RPPPJ à la loi, singulièrement à la LTRPJ.

#### **E. 9.1**

En l'occurrence, il est douteux que cette disposition soit conforme à l'art. 1f de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP 2) (égalité de traitement), déjà parce qu'elle ne fait pas de distinction, quant à ses effets, entre les versements anticipés liés à l'acquisition de la propriété et ceux résultant du partage des avoirs de prévoyance en cas de divorce. Or, si la somme utilisée par un assuré à titre de versement anticipé pour l'acquisition d'un logement entraîne simultanément une diminution, correspondante, des prestations de prévoyance (art. 30c al. 4 LPP), c'est avant tout parce que la propriété du logement remplace la part de la prestation de libre passage utilisée à cette fin (ATF 130 V 194 consid. 3.2) - ce qui n'est pas le cas d'un versement opéré en faveur de l'ex-conjoint dans le cadre d'un divorce, lequel est de surcroît imposé à l'assuré par la loi (art. 22 LFLP et art. 122 et 123 CC), alors que l'acquisition d'un bien immobilier procède d'une démarche volontaire. Pareille inégalité de

traitement n'apparaît pas objectivement fondée du point de vue de la politique sociale assignée à la LPP. De plus, les rachats éventuels sont soumis à des conditions différentes selon qu'ils visent à combler des lacunes résultant de versements anticipés en lien avec l'accession à la propriété ou le divorce (art. 79b al. 3 et al. 4 LPP). Quoiqu'il en soit, il n'apparaît pas nécessaire d'examiner ces questions plus avant, compte tenu des développements qui suivent.

### **E. 9.2**

A teneur de l'art. 5B RPPPJ, le taux de rente acquis en fonction de la durée d'assurance « tient compte » de la somme des taux de rente « d'ajustement » (al. 4). Un versement anticipé ou un versement partiel de prestations sous forme de capital entraînent un taux de rente d'ajustement négatif (...) (al. 5). Selon la défenderesse, cette disposition vise à empêcher les assurés ayant perçu un versement anticipé de bénéficier de manière non-conforme à l'art. 10 al. 2 LTRPJ de prestations supérieures aux 64% du dernier traitement assuré. Le maintien de la situation prévalant sous l'ancien système aurait permis à l'assuré concerné de compenser une partie de son retrait au moyen d'un taux de pension de 2,25% par année de magistrature. Ce système avait pour effet de verser une rente maximale au magistrat concerné comme si aucun retrait de sa part n'avait jamais été effectué. A cet égard, la LTRPJ contiendrait une lacune quant à l'impact d'un retrait sur le financement du plan de prévoyance, lacune que l'art. 5B RPPPJ visait précisément à combler.

### **E. 9.3**

L'art. 130 de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst-GE - A 2 00) consacre le principe de la séparation des pouvoirs. Le pouvoir législatif incombe au Grand Conseil (art. 70 Cst-GE). Le Conseil d'Etat genevois,

A/1996/2012 - 23/30 - en tant qu'autorité exécutive, est chargé de l'exécution des lois et prend à cet effet les règlements et arrêtés nécessaires (art. 116 Cst-GE). Ce principe interdit à un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre organe; en particulier, il interdit au pouvoir exécutif d'édicter des règles de droit, si ce n'est dans le cadre d'une délégation valablement conférée par le législateur. L'ordonnance d'exécution ne peut disposer qu'intra legem et non pas praeter legem. Elle peut établir des règles complémentaires de procédure, préciser et détailler certaines dispositions de la loi, éventuellement combler de véritables lacunes; mais, à moins d'une délégation expresse, elle ne peut poser des règles nouvelles qui restreindraient les droits des administrés ou leur imposeraient des obligations, même si ces règles sont encore conformes au but de la loi (ATF 134 I 269 consid. 4.2). Seule la clause générale de police peut justifier une entorse à ce principe, mais il faut que l'ordre public soit menacé de manière grave, directe, imminente, sans qu'aucune autre mesure légale ne puisse être prise ou aucune norme adoptée en temps utile (ATA/682/2011 du 1er novembre 2011, consid. 3).

### **E. 9.4**

L'art. 10 al. 1 et 2 LTRPJ fixe le taux de pension de retraite à 2,25% par année de magistrature, mais sans pouvoir excéder 64% du dernier traitement déterminant. En voulant empêcher qu'un assuré puisse reconstituer une partie (voire la totalité) de son retrait au moyen de ses années de magistrature, à hauteur d'un taux de pension de 2,25% par an, l'art. 5B RPPPJ contrevient au principe de la progressivité annuelle du taux de pension garanti par l'art. 10 al. 2 LTRPJ, entravant par-là la possibilité pour le magistrat concerné

d'atteindre le taux de rente maximal de 64%, moyennant accomplissement des années de magistrature correspondantes. Force est ainsi de constater que loin de constituer un simple « ajustement » du taux de pension, la disposition réglementaire litigieuse pose une règle nouvelle restreignant les droits des assurés concernés, et cela même si le but qu'elle poursuit apparaît, à première vue, justifié, puisqu'elle vise à réduire les prestations « pour le cas où un versement anticipé mène à ce qu'en cas de réalisation d'un cas de prestation le capital à disposition (...) soit moins élevé » (H.-U. STAUFFER, in : J.-A. SCHNEIDER/T. GEISER/T. GÄCHTER, op. cit., 2010, ad art. 30 c n. 36 LPP, p. 439). En d'autres termes, en voulant réduire davantage - soit au-delà de la diminution des prestations déjà prévue par l'art. 30c al. 4 LPP - les effets d'un retrait anticipé sur le financement des prestations, l'art. 5B RPPPJ entraîne, de par sa portée, une réduction des prestations garanties par la LTRPJ.

### **E. 9.5**

Dans la mesure où il s'avère contraire à l'art. 10 al. 2 LTRPJ, l'art. 5B RPPPJ ne saurait constituer une base légale valable permettant de combler, par un ajustement du taux de pension, la lacune alléguée par la défenderesse quant à l'impact d'un retrait sur le financement du plan de prévoyance.

### **E. 10**

A ce stade, il convient de vérifier si un tel ajustement ne pourrait tout de même pas se fonder sur une loi formelle permettant de déroger à l'art. 10 al. 2 LTRPJ.

A/1996/2012 - 24/30 -

### **E. 10.1**

La LTRPJ n'aborde pas expressément la question du versement anticipé, ni a fortiori les conséquences d'un tel versement sur les prestations prévues par la loi, respectivement le financement de ces dernières. Les travaux parlementaires sont également muets à cet égard. Néanmoins, à teneur de l'art. 6 al. 4 LTRPJ, la Caisse s'engage à appliquer les dispositions de la LPP, ainsi que ses ordonnances d'application. En particulier, l'art. 30c al. 4 LPP (entré en vigueur le 1er janvier 1995) prévoit que le versement anticipé, à un assuré pour la propriété d'un logement pour ses propres besoins, entraîne simultanément une réduction des prestations de prévoyance calculée d'après les règlements de prévoyance et les bases techniques des institutions de prévoyance respectives. Afin de « permettre l'application de la nouvelle loi fédérale sur l'accession à la propriété par des fonds de prévoyance » (Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et Canton de Genève, [en ligne], Séance 7 du 17 février 1995 :

[http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/530204/7/530204\\_7\\_partie15.asp](http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/530204/7/530204_7_partie15.asp)), le parlement genevois a adopté la LEPL, également entrée en vigueur le 1er janvier 1995. Applicable à la Caisse des magistrats du pouvoir judiciaire (art. 1 let. b LEPL), cette loi précisait que le versement anticipé en vue de l'acquisition d'un logement ou en vue de partage dans le cadre d'un divorce entraînait une réduction immédiate correspondante des droits futurs aux prestations de retraite, ainsi qu'une réduction immédiate et correspondante de la prestation de libre passage de l'assuré (art. 2 al. 1 et 2 let. a LEPL). La durée des cotisations de l'employeur était fixée en fonction de l'origine des droits existant avant le versement anticipé (art. 2 al. 3 LEPL). En outre, l'art. 3 LEPL n'autorisait un rachat d'années d'assurance ou un rachat du taux moyen d'activité qu'après remboursement complet du versement anticipé. Selon l'exposé des motifs de la LEPL, il s'agissait principalement d'éviter de verser des prestations de prévoyances garanties en fonction d'un

pourcentage du traitement assuré, indépendamment d'un retrait anticipé du libre passage pour l'accession à la propriété et d'empêcher la possibilité d'effectuer un rachat d'années d'assurance après avoir obtenu le versement de la prestation de libre passage en espèce. Il convenait également d'adopter l'art. 2 al. 2 let a LEPL, « puisque, dès le 1er janvier 1995, les tribunaux peuvent décider, en cas de divorce, du transfert d'une partie de la prestation de sortie d'un assuré à l'institution de prévoyance de son conjoint ou sur un compte bloqué ». L'art. 3 LEPL était adopté, « à l'instar d'une disposition prévue par la caisse fédérale de pension » n'autorisant le rachat d'années d'assurance qu'après remboursement de la prestation de libre passage versée sous forme de capital (Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et Canton de Genève, [en ligne], Séance 45 du 8 décembre 1994: [http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/530202/45/530202\\_45\\_partie43.asp](http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/530202/45/530202_45_partie43.asp)). Le législateur a, en outre, d'emblée limité la validité de la LEPL à une durée « maximale de 5 ans », dès son entrée en vigueur, soit jusqu'au 1er janvier 2000 – délai pendant lequel les caisses de prévoyance publiques cantonales devaient par

A/1996/2012 - 25/30 - ailleurs adapter « leurs statuts en fonction de la présente loi », respectivement « édicter des règlements internes spécifiques pour l'application de la présente loi » (art. 4 al. 1 et 2 LEPL).

### **E. 10.2**

Dans ses déterminations du 15 août 2013, la Caisse a exposé qu'elle n'avait pas fait usage de la possibilité offerte par la LEPL, mais que la réduction des prestations consécutive à un versement anticipé s'opérait « historiquement » par le repoussement de la date de début d'assurance en fonction de la valeur actuarielle d'une année d'assurance.

### **E. 10.3**

Dans ces conditions, force est de constater qu'il n'existe, en l'état, pas (ou plus) de base légale autorisant la Caisse à procéder à l'ajustement du taux de pension prescrit par l'art. 5B RPPPJ, singulièrement à réduire, une seconde fois, les prestations de prévoyance de la demanderesse telles qu'elles ont été calculées, « historiquement », à la suite du partage de ses avoirs LPP résultant du divorce (février 2007), selon sa fiche de prévoyance « au 30 avril 2007 », établie le 2 avril 2007.

### **E. 11**

Il s'agit d'examiner maintenant si, comme l'affirme la défenderesse, il existe effectivement une lacune en l'occurrence, et le cas, échéant, de déterminer s'il convient de la combler.

#### **E. 11.1**

Une lacune authentique (ou lacune proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Une telle lacune peut être occulte. Tel est le cas lorsque le législateur a omis d'adoindre, à une règle conçue de façon générale, la restriction ou la précision que le sens et le but de la règle considérée ou une autre règle légale imposent dans certains cas (ATF 135 IV 113 consid. 2.4). En d'autres termes, il y a lacune occulte lorsque le silence de la loi est contraire à son économie (ATF 117 II 494 consid. 6a). En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence

d'une lacune proprement dite (apparente ou occulte) appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminé de la norme ne constitue un abus de droit ou ne viole la Constitution (ATF 131 II 562 consid. 3.5). Selon la jurisprudence, savoir si l'on est en présence d'une lacune proprement dite occulte, que le juge peut et doit combler en raison de l'économie de la loi, ou d'une lacune improprement dite relevant de considérations de politique législative qui

A/1996/2012 - 26/30 - sortent du champ de compétence du pouvoir judiciaire, est une question d'interprétation parfois délicate, car la frontière entre ces deux notions peut se révéler relativement ténue (arrêts du Tribunal fédéral 8C\_358/2012 du 18 janvier 2013, consid. 5.2 ; 2C\_818/2009 du 9 juillet 2010, consid. 4.6). On parle de lacune proprement dite lorsque la loi reste, même après interprétation, muette sur un point qu'il est nécessaire de trancher pour pouvoir l'appliquer. La jurisprudence tend à assimiler à une lacune proprement dite l'inconséquence manifeste de la loi, à savoir le cas où l'on arrive à la conclusion que si le législateur avait vu le problème, il aurait prévu une législation topique. La distinction entre lacune proprement dite et lacune improprement dite n'est pas claire et la jurisprudence ne s'y réfère pas toujours. Il faudrait simplement opposer la lacune, qui peut être comblée parce qu'elle représente une insuffisance inadmissible de la loi d'un point de vue téléologique, et le silence qualifié, qui impose le respect de la volonté du législateur (T. TANQUEREL, op. cit., n. 440, 444 et 445).

Par ailleurs, conformément à une jurisprudence constante, 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) (ATF 135 II 416 consid. 2.2). Le juge s'appuiera sur la ratio legis, qu'il déterminera non pas d'après ses propres conceptions subjectives, mais à la lumière des intentions du législateur. Le but de l'interprétation est de rendre une décision juste d'un point de vue objectif, compte tenu de la structure normative, et doit aboutir à un résultat satisfaisant fondé sur la ratio legis. Si la prise en compte d'éléments historiques n'est pas déterminante pour l'interprétation, cette dernière doit néanmoins s'appuyer en principe sur la volonté du législateur et sur les jugements de valeur qui la sous-tendent de manière reconnaissable, tant il est vrai que l'interprétation des normes légales selon leur finalité ne peut se justifier par elle-même, mais doit au contraire être déduite des intentions du législateur qu'il s'agit d'établir à l'aide des méthodes d'interprétation habituelles (ATF 129 III 656 consid. 4.1). Au besoin, une norme dont le texte est à première vue clair peut être étendue par analogie à une situation qu'elle ne vise pas (extension téléologique) ou, au contraire, si sa teneur paraît trop large au regard de sa finalité, elle ne sera pas appliquée à une situation par interprétation téléologique restrictive (réduction téléologique) (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_598/2009 du 25 août 2010, consid. 3.1).

## **E. 11.2**

Il ressort du texte de l'art. 10 al. 2 LTRPJ que, dans les limites de 64% du traitement déterminant, un magistrat bénéficie d'un droit à la progression annuelle de ses droits à la

retraite, à raison de 2,25% par an, et cela en fonction des seules

A/1996/2012 - 27/30 - années de magistrature accomplies. Dans le cadre des débats parlementaires relatifs à l'art. 10 LTRPJ, il a été prévu que « la progression des droits à la retraite reste », comme auparavant, de 2,25% par an (Mémorial des séances du Grand Conseil, 1989 24/II p. 2951). De cette formulation, on peut inférer que la progression des droits résultant des années d'activité revêt un caractère impératif, et cela tant dans son principe que dans sa quotité.

### **E. 11.3**

Le 10 juin 1999, le Parlement genevois a modifié les al. 1 et 5 de l'art. 10 LTRPJ (pension de retraite). L'art 10 al. 1 LTRPJ accorde à un magistrat ayant occupé des charges judiciaires pendant 18 années, ou ayant atteint l'âge de 60 ans révolus, le droit à une pension de retraite calculée sur la base du dernier traitement déterminant. L'art. 10 al. 5 LTRPJ autorise le magistrat qui ne peut obtenir un taux de rente de 64% à l'âge de 65 ans à présenter une demande de rachat d'années d'assurance jusqu'à l'âge de 55 ans ou dans un délai de 6 mois à dater de son élection. Entrées en vigueur le 31 juillet 1999, ces dispositions sont postérieures à l'entrée en vigueur de l'art. 30c LPP (1er janvier 1995) relatif au versement anticipé en vue de l'acquisition de la propriété d'un logement, respectivement de la LEPL. Elles confirment l'application du régime à primauté de prestations (lequel ne fait pas dépendre les droits de l'assuré de l'accumulation d'une réserve mathématique : art.

### **E. 15**

Etant donné que les questions abordées en l'espèce concernent (ou peuvent concerner) d'autres assurés que la demanderesse, il conviendra de transmettre une copie du présent arrêt à l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des

A/1996/2012 - 29/30 - institutions de prévoyance (habilitée à donner des instructions contraignantes aux institutions de prévoyance sur l'élaboration de dispositions appropriées), comme objet de sa compétence, afin qu'elle lui donne la suite qu'elle jugera utile (art. 50 al. 2 et 74 LPP ; ATF 134 I 23 consid. 3.2 ; ATF 112 Ia 180 consid. 3b).

### **E. 16**

La procédure est gratuite (art. 73 al. 2 LPP).

### **E. 17**

Même si la demande est admise, la demanderesse, non représentée par un avocat, n'a pas droit à l'allocation d'une indemnité de procédure (art. 89H al. 3 LPA a contrario). Au demeurant, les conditions auxquelles une partie qui agit dans sa propre cause peut exceptionnellement prétendre à des dépens pour l'activité personnelle qu'elle a déployée, ainsi que pour sa perte de temps ou de gain, ne sont pas réalisées en l'occurrence (ATF 125 II 518 consid. 5b ; 110 V 72 consid. 7).

A/1996/2012 - 30/30 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ A la forme :

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