

# **GE\_GERICHTE ATAS/505/2011 vom 16. Mai 2011**

GE Cour de justice, 2011-05-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_505\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_505_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/505/2011 du 16 mai 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/505/2011 del 16 maggio 2011

## **Regeste**

Résumé: En matière de prévoyance professionnelle des magistrats, l'article 10 alinéa 5 2ème phrase LTRPJ prévoit, qu'en cas de rachat, l'âge de retraite est fixé à 65 ans sauf lorsque le rachat résulte du transfert de la prestation de libre passage d'une autre institution de prévoyance enregistrée. Cette disposition contrevient au droit fédéral et en particulier à l'article 12 alinéa 1 LFLP: En effet, l'article 12 alinéa 1 LFLP prévoit que si en entrant dans une institution de prévoyance, l'assuré s'est engagé à payer lui-même une partie de la prestation d'entrée, il a droit aux prestations règlementaires, quand bien même il ne s'est pas encore acquitté de sa prestation ou s'en est acquitté partiellement lors de la survenance du cas de prévoyance. Cette prestation d'entrée peut correspondre aussi bien à la prestation de sortie d'un précédent rapport de prévoyance et/ou à des rachats que l'assuré lui-même s'est engagé à financer (art 9 al. 3 LFLP). La volonté du législateur fédéral est donc de garantir une égalité de traitement entre l'assuré qui change d'emploi et celui qui reste fidèle à l'entreprise en donnant à l'assuré la possibilité de racheter toutes ses prestations règlementaires, ce quel que soit le mode de financement de la prestation d'entrée et quel que soit le cas de prévoyance (atteinte de la limite d'âge, invalidité, retraite anticipée).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ ; RS E 2 05), le TCAS connaissait, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) 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 ; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 LPP ; art. 142 code civil). Dès le 1er janvier 2011, cette compétence est revenue à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend les procédures pendantes devant le TCAS (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009). Par ailleurs, 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. Il s'ensuit que la Chambre de céans est compétente pour juger de l'action intentée par la demanderesse.

### **E. 2**

La question à résoudre en l'espèce est celle de savoir si la demanderesse, qui a cessé de travailler avant l'âge de retraite fixé par l'art. 10 al. 5, 2ème phr. LTRJP à 65 ans, peut exiger de la Caisse qu'elle inclue ses rachats dans le calcul de ses prestations lorsque ceux-ci ne résultent pas du transfert de la prestation de libre passage.

### **E. 3**

La Caisse de prévoyance des magistrats du pouvoir judiciaire est une institution de prévoyance de droit public instituée par la LTRPJ. Inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle auprès du SSFIP, elle « s'engage à appliquer » les dispositions de la LPP, ainsi que ses ordonnances d'application (art. 6 LTRPJ).

### **E. 4**

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, 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 des prestations minimales selon la LPP.

### **E. 5**

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). 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 l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire, la proportionnalité ou encore la protection de la bonne foi (ATF 132 V 154 ; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 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**

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

A/281/2009 - 22/36 - 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 (cf. 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 5A\_598/2009 du 25 août 2010 consid. 3.1).

#### **E. 7**

Sous le titre « Pension de retraite », l'art. 10 LTRPJ prévoit que, pour autant qu'il ait occupé des charges judiciaires pendant 18 années, ou atteint l'âge de 60 ans révolus, le magistrat a droit à une pension de retraite calculée sur la base du dernier traitement déterminant (al. 1). Le taux de pension de retraite est fixé à 2,25 % par année de magistrature, mais sans pouvoir excéder 64 % (al. 2). Le magistrat qui ne peut obtenir un taux de rente de 64 % à l'âge de 65 ans peut 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. En cas de rachat, l'âge de retraite est fixé à 65 ans sauf lorsque le rachat résulte du transfert de la prestation de libre passage d'une autre institution de prévoyance enregistrée (al. 5). Lorsque le droit à la pension s'ouvre avant l'âge de 60 ans révolus, la pension est réduite de 1 % de son montant pour chaque année ou fraction d'année de différence entre l'âge du bénéficiaire à la date d'ouverture de la pension et l'âge de 60 ans révolus (al. 7). Le magistrat dont le droit à la pension s'ouvre avant l'âge de 60 ans peut demander que sa pension ne soit servie qu'à partir de l'âge de 60 ans révolus. Dans ce cas, la pension ne subit pas de réduction prévue par l'alinéa 7 ci-dessus (al. 8). L'art. 5 du Règlement relatif à la prévoyance professionnelle des magistrats du pouvoir judiciaire, du 12 décembre 2001 (RPPPJ), précise qu'en application de la LFLP, les magistrats affiliés à la Caisse bénéficiant d'une prestation de libre-passage doivent la transférer à la Caisse (al. 1). Un magistrat ne disposant pas de prestation de libre-passage ne peut procéder à un rachat que s'il n'obtient pas un taux de rente de 64 % à l'âge de 65 ans (al. 2).

#### **E. 8**

La demanderesse fait principalement valoir que l'art. 10 al. 5, 2ème phr. LTRPJ consacre une inégalité de traitement entre les magistrats disposant d'un libre passage au moment d'entrer dans la Caisse et ceux n'en disposant pas ; cette disposition oblige en outre une magistrate ayant effectué des rachats à travailler jusqu'à 65 ans, soit un an de plus que l'âge légal ordinaire de la retraite (fixé à 64 ans pour les femmes, dès le 1er janvier 2007) ; enfin, le refus de la Caisse

A/281/2009 - 23/36 - d'intégrer les rachats dans le calcul de ses prestations opère une distinction, prohibée par la LFLP, entre les prestations obtenues pendant la période de cotisation et celles acquises par la prestation d'entrée. De son côté, la défenderesse estime en substance que le droit fédéral l'autorisait, en cas de départ à la retraite avant l'âge de 65 ans révolus, à exclure tout rachat non financé par une prestation d'entrée, respectivement tout rachat effectué en cours d'affiliation.

#### **E. 9**

En vertu de l'art. 27 LPP, la LFLP est applicable pour la prestation de libre passage. L'art. 1 al. 2 LFLP précise que cette loi s'applique à tous les rapports de prévoyance où une

institution de prévoyance de droit privé ou de droit public accorde, sur la base de ses prescriptions (règlement), un droit à des prestations lors de l'atteinte de la limite d'âge, ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance) (voir aussi art. 1 let. b RPPPJ, selon lequel l'inscription au registre de la prévoyance professionnelle « implique » de respecter la LFLP et ses ordonnances d'application). Entrée en vigueur le 1er janvier 1995, soit avant l'affiliation de la demanderesse à la Caisse, en juin 1996, la LFLP est applicable en l'espèce depuis le début du rapport de prévoyance liant les parties.

### **E. 9.1**

A teneur de l'art. 12 LFLP, dès qu'il entre dans l'institution de prévoyance, l'assuré est couvert pour les prestations qui lui reviennent, d'après le règlement, sur la base de la prestation d'entrée à payer (al. 1). Si, en entrant dans l'institution de prévoyance, l'assuré s'est engagé à payer lui-même une partie de la prestation d'entrée, qu'il ne s'en est pas encore acquitté ou qu'il s'en est acquitté partiellement lors de la survenance d'un cas de prévoyance, il a tout de même droit aux prestations réglementaires. Les montants qu'il n'a pas encore versés, y compris les intérêts, peuvent cependant être déduits des prestations (al. 2). L'art. 12 al. 1 LFLP inscrit dans la loi le principe selon lequel tout assuré entrant dans une nouvelle institution de prévoyance est immédiatement couvert pour les prestations qui lui reviennent selon le règlement de prévoyance en tenant compte de la prestation d'entrée à payer. Celle-ci peut correspondre à la prestation de sortie d'un précédent rapport de prévoyance et/ou à des rachats que l'assuré lui-même s'est engagé à financer (Ulrich MEYER/Laurence UTTINGER, Schneider/Geiser/Gächter, Commentaire de la LPP et LFLP, 2010, N 1 ad art. 12 LFLP). L'art. 12 LFLP s'applique sans réserve. Aussitôt que l'assuré a exprimé envers l'institution de prévoyance sa volonté de procéder au rachat, il bénéficie de la prévoyance complète, même si le montant nécessaire au rachat n'a pas encore été versé (ibid. N 26 ad art. 22 c LFLP). Ainsi, le législateur a entendu régler le problème qui se pose lorsqu'une personne assurée, qui s'est engagée à payer elle-même une partie de la prestation d'entrée sort de l'institution de prévoyance avant d'avoir effectué complètement ces paiements (Ulrich MEYER/Laurence UTTINGER, op. cit., N 1, ad art. 6 LFLP).

A/281/2009 - 24/36 - Le rachat d'années d'assurance est destiné à épargner à l'assuré une réduction ultérieure des prestations de l'institution de prévoyance en raison d'un nombre d'années insuffisant. Il correspond à une pratique courante, comportant de nombreuses variantes. Le cas échéant, le rachat est effectué au moyen de la prestation de libre passage transférée d'une institution à l'autre (ATF 124 V 327 consid. 2 b). L'assuré et l'institution de prévoyance peuvent convenir d'un rachat immédiat sans que l'assuré ne verse le montant dû immédiatement, mais procède au contraire à un amortissement continu (Ulrich MEYER/Laurence UTTINGER, op. cit., N. 25 ad art. 22c LFLP).

### **E. 9.2**

En l'occurrence, par courrier du 29 octobre 1996, la demanderesse s'est engagée à racheter 10 années de cotisations manquantes en vue d'atteindre un taux de rente de 54 % à l'âge de 65 ans (le maximum étant de 64 % selon l'art. 10 al. 5, 2ème phr.), moyennant paiement de 120 mensualités en espèces, jusqu'au 31 décembre 2009. Il ne fait ainsi pas de doute que le rachat litigieux est intervenu lors de l'entrée de la demanderesse dans l'institution de prévoyance, et non pas en cours d'affiliation, comme l'affirme la défenderesse. En effet, affiliée à la Caisse à partir du 1er juin 1996, date de son entrée en fonction (art. 9 al. 1

L RTPJ), l'assurée a fait part à l'assureur, lors d'un entretien du mois d'août suivant, de sa volonté de procéder à un rachat, et la première mensualité a couru dès le 1er novembre 1996, soit cinq mois après le début de son activité. Ce laps de temps est du reste encore inférieur au délai de six mois durant lequel un assuré doit notifier à son ancienne institution de prévoyance sous quelle forme il entend maintenir sa prévoyance, avant que celle-ci ne doive verser le capital de prévoyance à l'institution supplétive (cf. art. 4 al. 1 et 2 LFLP) (voir également courrier de la demanderesse du 7 octobre 2002, non contesté, faisant état d'un rachat des années d'assurance « depuis (sa) nomination en 1996 »). D'autre part, l'assurée a fait usage de son droit de prendre une retraite anticipée à l'âge de 63 ans et 2 mois, - soit après l'âge minimum de 60 ans correspondant au cas de prévoyance prévu par l'art. 10 al. 1 L RTPJ. En effet, conformément à la volonté exprimée par le législateur cantonal, à partir de 60 ans, « il n'est plus nécessaire de compter 18 années d'activité pour avoir droit à une rente » (Mémorial du Grand Conseil, 1989 35/IV p. 4758). Le représentant de la Caisse (Q \_\_\_\_\_) a d'ailleurs confirmé en audience que la demanderesse avait droit à une rente dès l'âge de 60 ans. Par ailleurs, la jurisprudence a admis qu'une limite d'âge inférieure à 65 ans (en l'occurrence 60 ans) fixée par une caisse pour le droit à la prestation de vieillesse constituait, au regard de la LFLP également, la limite d'âge pouvant donner lieu à un cas de prévoyance (ATF 126 V 89 consid. 5b).

### **E. 9.3**

Partant, même si elle ne s'était pas entièrement acquittée de son rachat lors de la survenance du cas de prévoyance (l'échéance du remboursement étant fixée au 31 décembre 2009), l'assurée a tout de même droit aux prestations réglementaires

A/281/2009 - 25/36 - (plus précisément « légales », la Caisse étant régie par la L RTPJ, et non pas par un règlement proprement dit), conformément à l'art. 12 al. 2, 1ère phr. LFLP.

### **E. 10**

ad art. 9 LFLP). En d'autres termes, l'assuré entrant a la possibilité de choisir s'il souhaite, ou non, procéder à un tel rachat, et cela partiellement ou en totalité. Le règlement d'une institution de prévoyance ne peut, à l'encontre du texte clair de l'article 9 al. 2 LFLP, priver l'assuré de ce choix ; il ne peut prévoir une obligation qui aille à l'encontre du droit accordé par la loi. Cela reviendrait en effet à léser de manière illicite le nouvel arrivé (Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 37 du

### **E. 10.1**

A teneur de l'art. 9 LFLP, intitulé « admission aux prestations réglementaires », l'institution de prévoyance doit permettre à l'assuré qui entre de maintenir et d'augmenter sa prévoyance ; elle doit lui créditer les prestations de sortie qu'il a apportées (al. 1). Si l'institution de prévoyance fixe ses prestations dans un plan de prestations, elle doit donner à l'assuré la possibilité de racheter toutes les prestations réglementaires. L'art. 79a LPP est réservé (al. 2). Lors du calcul de ses prestations, l'institution de prévoyance n'est pas autorisée à faire la distinction entre les prestations qui ont été obtenues pendant la période de cotisation et celles qui ont été acquises par la prestation d'entrée (al. 3). Il résulte de l'art. 9 LFLP que les institutions de prévoyances sont obligées de permettre aux assurés de racheter la totalité des prestations prévues par le règlement - respectivement par la loi, s'agissant d'institutions soumises au droit public, telles que la Caisse (art. 1 al. 2 LFLP). Le droit au rachat de la totalité des prestations réglementaires existe, selon la loi, seulement lors de l'entrée de la personne assurée dans l'institution de prévoyance (Ulrich

MEYER/Laurence UTTINGER, op. cit. N

### **E. 10.2**

Au vu des principes ci-dessus articulés, force est de constater que le refus de la Caisse d'intégrer les rachats de cotisations effectués par la demanderesse dans le calcul de ses prestations est contraire à l'art. 9 LFLP (voir aussi dans ce sens l'art.

### **E. 10.3**

De surcroît, en donnant uniquement aux assurés ayant financé leurs rachats par le transfert de leur libre passage la possibilité de prendre une retraite anticipée (à l'exclusion des assurés entrant ayant financé leurs rachats par des paiements volontaires), l'art. 10 al. 5, 2ème phr. LTRJP consacre une inégalité de traitement prohibée par le droit fédéral. En effet, la loi ne prévoit pas sous quelle forme les rachats doivent être effectués. Dit autrement, le droit fédéral n'impose pas que le rachat résulte exclusivement du transfert de la prestation de libre passage d'une autre institution. Il est donc loisible à l'assuré de s'en acquitter autrement, soit par

A/281/2009 - 27/36 - paiement immédiat ou, comme ici, par mensualités échelonnées sur une ou plusieurs années (cf. art. 6 et 12 al. 2 LFLP ; voir aussi ci-dessus, consid. 9.1). Dans la mesure où il n'y a pas lieu de distinguer le mode de financement de la prestation d'entrée, on ne saurait dès lors considérer la restriction en cause comme étant objectivement nécessaire aux relations issues de la prévoyance professionnelle, c'est-à-dire la couverture des éventualités de l'invalidité, du décès et de la vieillesse (comp. ATF 115 V 109). Pareille distinction apparaît au demeurant dénuée de pertinence dans la mesure où l'art. 9 al. 2 LFLP oblige les institutions de prévoyance à octroyer la possibilité de racheter la totalité des prestations prévue par le règlement, en particulier dans les cas où la prestation de sortie apportée est insuffisante pour racheter lesdites prestations, autrement dit indépendamment du montant de la prestation de libre passage. La loi ne fixe d'ailleurs aucun montant minimum à cet égard. En effet, comme l'a relevé le Conseil fédéral dans son Message précité, les institutions de prévoyance qui fournissent leurs prestations selon un plan clairement défini doivent offrir la possibilité à tous les assurés de racheter, lors de leur entrée, la totalité des prestations prévues par le règlement, et cela indépendamment du fait que la prestation de sortie apportée soit suffisante ou que l'assuré doive y investir en complément des moyens financiers propres. Cette disposition s'avère nécessaire, car dans certains cas, le rachat peut être désavantageux pour l'institution de prévoyance, en particulier pour les caisses à primauté des prestations. Il y aurait donc un risque que celles-ci limitent les possibilités de rachat ou les appliquent de manière sélective (FF 1992 III, p. 578).

### **E. 10.4**

Les motifs relevant de la politique du personnel ou de la politique économique, avancés par la Commission de la Caisse, ne sauraient être pris en considération dans ce contexte, dès lors qu'ils ne relèvent pas de la prévoyance (cf. dans ce sens Jürg BRECHBÜHL, « Le financement des institutions de prévoyance de droit public », in Sécurité sociale CHSS 4/2007, p. 221). N'est pas davantage pertinent l'argument de la défenderesse relatif à l'importance des contributions de l'Etat dans le cadre du financement de ses prestations de prévoyance en faveur de ses magistrats. En effet, l'Etat n'est pas partie aux rapports de prévoyance liant les parties et la Caisse n'a pas à se préoccuper des implications financières de ses décisions sur l'employeur.

### **E. 10.5**

La défenderesse soutient encore que les rachats destinés à financer le versement anticipé des prestations de retraite ne sont pas soumis à la LFLP, dans la mesure où de tels rachats ne peuvent intervenir qu'après que la personne assurée a racheté la totalité des prestations réglementaires (cf. dans ce sens Ulrich MEYER/Laurence UTTINGER, op. cit. N. 36 ad art. 1 LPP ; N 10 ad art. 79b LPP). Elle est ainsi d'avis que le traitement desdits rachats peut être réglé librement par les institutions de prévoyance dans le cadre de leur règlement. Cette argumentation tombe à faux, déjà parce que les versements en cause ont financé seulement le rachat de dix années de cotisations manquantes - permettant

A/281/2009 - 28/36 - d'atteindre un taux de rente de 54 % -, soit un taux inférieur, en tout état, au taux de pension maximal de 64 % prévu par l'art. 10 al. 5, 1ère phr. LTRPJ. Il s'agit ainsi bien du rachat de prestations réglementaires, et non pas de versements supplémentaires pour la retraite anticipée.

### **E. 10.6**

Enfin, contrairement à ce que semble soutenir la défenderesse, l'art. 10 al. 3 LFLP ne concerne pas les rachats qui ne sont pas convenus lors de l'entrée dans la nouvelle institution de prévoyance, mais se rapporte aux modalités du remboursement échelonné d'un rachat immédiatement convenu lors de l'entrée (Ulrich MEYER/Laurence UTTINGER, op. cit. N. 25 ad art. 22c LFLP). Il en résulte que la Caisse ne saurait interpréter la LTRPJ à la lumière de cette disposition pour justifier son refus d'intégrer les rachats litigieux dans le calcul de ses prestations. 11. D'autre part, en obligeant un magistrat – qui entend bénéficier d'une pension de retraite tenant compte de ses rachats volontaires - à travailler jusqu'à l'âge de 65 ans, l'art. 10 al. 5, 2ème phr. LTRPJ contrarie le but de politique sociale assigné à la LFLP.

### **E. 11**

décembre 1996 ch. 217). Les contributions de rachat au sens de l'art. 9 al. 2 LFLP ne peuvent que combler des lacunes fondées sur l'objectif des prestations réglementaires, c'est-à-dire l'objectif qui pourrait être atteint sur une durée complète d'assurance grâce aux versements de cotisations réglementaires ordinaires (Ulrich MEYER/Laurence UTTINGER, op. cit., N 10 ad art. 79b LPP). L'art. 9 al. 3 LFLP exige le traitement égal des prestations rachetées et de celles qui ont été acquises pendant la durée des cotisations. On vise ainsi à éviter de désavantager les assurés qui n'ont pas bénéficié d'une longue durée d'affiliation parce qu'ils ont changé d'institution d'assurance. L'égalité de traitement exigée ici interdit par conséquent de ne pouvoir octroyer des avantages particuliers qu'à des personnes assurées bénéficiant d'un certain nombre d'années de cotisations

A/281/2009 - 26/36 - (respectivement de travail), en cas de versement de prestations. Il n'est par exemple pas admissible, en cas de retraite anticipée, de renoncer à une réduction de la prestation de vieillesse seulement pour les assurés qui bénéficient d'une durée d'affiliation déterminée, effectivement plus longue, mais pas également pour ceux qui ont acquis les mêmes droits aux prestations par des prestations de rachats (Ulrich MEYER/Laurence UTTINGER, op. cit. N 11 ad art. 9 LFLP ; voir aussi Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 26 février 1992 (FF 1992 III p. 529 ss, not. p. 578). L'égalité de traitement entre les prestations rachetées et celles qui sont acquises pendant la durée d'affiliation a seulement trait aux cas de prévoyance au sens étroit,

c'est-à-dire aux véritables prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants réglementaires (Ulrich MEYER/Laurence UTTINGER, op. cit., N 12 ad art. 9 LFLP). Il s'agit de garantir une égalité de traitement pour le nouvel arrivé et de donner à ce dernier la possibilité d'obtenir, à l'âge-terme, une rente proportionnellement semblable à celle obtenue par ceux qui ont le même salaire et sont assurés dès l'origine (ibid. N 15 ad art. 9 LFLP). La LFLP tend ainsi à mettre sur un pied d'égalité l'assuré qui change d'emploi, en permettant l'addition des années de cotisation avec la durée d'assurance rachetée. Etant donné qu'il dispose du droit de racheter la totalité des prestations réglementaires, le nouvel assuré peut même arriver à une situation identique à celle du travailleur resté fidèle à l'entreprise. En particulier, l'égalité de traitement doit s'appliquer à toutes les prestations de l'institution de prévoyance, y compris s'agissant de prestations accordées qu'aux assurés ayant déjà un certain nombre d'années de travail, comme la non-réduction de rente si l'assuré s'en va prématurément pour cause de vieillesse (ATF 124 V 327 consid. 3bb ; Message du Conseil fédéral précité, pp. 532 et 562 ad 621).

### **E. 11.1**

En effet, l'objectif premier de la LFLP est justement de supprimer les « chaînes dorées », qui obligeaient le salarié à rester au service de son employeur pendant une longue durée s'il voulait bénéficier de l'entier des cotisations patronales à la prévoyance professionnelle. Cet objectif vise avant tout à éviter de pénaliser les salariés qui changent d'emploi et à rétablir l'égalité de traitement entre les salariés (Erika SCHNYDER, « Analyse des effets des lois sur le libre passage et sur l'encouragement au logement », in Sécurité sociale CHSS/4/2003, p. 212). Dans cette perspective, la majoration garantie sur les cotisations versées ne devait plus dépendre – comme ce fût le cas jusqu'à l'entrée en vigueur de la LFLP début 1995 – du nombre d'années de cotisations, mais uniquement de l'âge effectif de l'assuré qui quitte l'institution (Ulrich MEYER/Laurence UTTINGER, op. cit., N 1 ad art. 17 LFLP). Comme l'avait exposé le Conseil fédéral à l'époque, « le salarié qui souhaite changer d'emploi pense aussi, entre autres choses, aux pertes qu'il peut subir en matière de prévoyance professionnelle (...). Dans l'ensemble, les salariés, fortement marqués par l'image de la « cage dorée », renoncent à un changement d'emploi - souhaitable en soi - ou croient devoir y renoncer parce qu'ils craignent de perdre une grande partie de leur prévoyance acquise. Cette situation constitue un obstacle au libre épanouissement de la personnalité des salariés et n'était donc pas satisfaisante. Lorsque le changement d'emploi ou le passage à une activité indépendante est remis en question, le droit individuel au libre choix et au libre exercice d'une activité économique n'est plus assuré. On peut déduire de la liberté du commerce et de l'industrie, laquelle est garantie par la constitution fédérale, un droit au libre choix professionnel - et donc un droit à la liberté de changer d'emploi ; cette liberté devrait non seulement garantir le libre épanouissement de l'individu, mais aussi la libre concurrence et, de façon plus fondamentale, le système de l'économie de marché. La A/281/2009 - 29/36 - liberté et la flexibilité du choix de l'emploi constituent un élément essentiel de la concurrence. Toute restriction perturbe par conséquent la réalisation des mécanismes de l'économie de marché. Il est donc tout à fait juste d'intervenir dans l'autonomie individuelle des institutions de prévoyance en vue d'ouvrir la « cage dorée ». Ce n'est d'ailleurs que sous cet aspect que le droit à l'autodétermination des institutions d'assurance, qui permet à celles-ci d'établir librement leur règlement de caisse de pension, sera touché (...). Les (nouvelles) dispositions permettent au salarié assuré de changer d'emploi en tout temps et d'utiliser sa prestation de sortie comme montant de rachat

suffisant afin que le niveau de prévoyance acquise soit maintenu dans la nouvelle institution de prévoyance » (Message précité, n° 621, p. 561). La possibilité d'atteindre cet objectif présuppose d'assurer une harmonisation des réglementations de sortie et d'entrée, respectivement l'égalité entre les salariés fidèles à l'entreprise et ceux qui ont changé d'emploi (idem, n° 53, p. 557).

### **E. 11.2**

Ces considérations valent a fortiori lorsque, comme en l'espèce, l'acquisition même de la prévoyance – et non pas seulement le maintien ou l'amélioration de celle-ci – est conditionnée à l'obligation pour le magistrat concerné de travailler jusqu'à l'âge de 65 ans (s'il n'a pas financé son rachat par le transfert d'une prestation de libre passage), en vertu de l'art. 10 al. 5, 2ème phr. LTRPJ.

### **E. 11.3**

Tombe, dès lors, à faux l'argument de la Caisse, selon lequel il n'était pas contraire à l'égalité de traitement de favoriser la fidélité des magistrats et d'offrir des prestations différentes à ceux qui menaient leur activité jusqu'à l'âge de 65 ans par rapport à ceux qui décidaient de prendre une retraite anticipée. Au reste, un tel argument relève de la politique du personnel, et non de la prévoyance (cf. supra, consid. 10.4).

### **E. 11.4**

Enfin, si on la comprend bien, la défenderesse entend justifier également son refus d'intégrer les rachats litigieux dans le calcul de ses prestations par le fait qu'elle rembourse à l'assurée les rachats effectués, alors même que la jurisprudence fédérale considère qu'il n'existe pas un droit à la restitution de la somme de rachat sous l'angle de l'enrichissement illégitime, de l'égalité de traitement ou du principe de la solidarité. Cette argumentation ne saurait être suivie, déjà parce que les arrêts ATF 127 V 252 et B 63/01, auxquels la Caisse se réfère, visent des situations de fait différentes et ne trouvent donc pas application dans le cas d'espèce. En effet, dans le premier, l'assuré avait perçu les prestations équivalentes à celles qui auraient résulté de son rachat si l'employeur n'avait pas décidé de manière imprévue de le mettre à la retraite anticipée ; dans le second, la Caisse avait à tout le moins pris en compte les rachats d'années de cotisations à concurrence de celles nécessaires au rachat de la totalité des prestations réglementaires.

A/281/2009 - 30/36 - 12. En conclusion, faute d'être justifié par un but légitime ou des motifs objectifs convaincants - les travaux préparatoires étant d'ailleurs muets à cet égard -, l'art. 10 al. 5 2ème phr. LTRPJ ne saurait faire obstacle au droit de la demanderesse de procéder aux rachats litigieux, quand bien même ces derniers ont été financés par ses seuls versements volontaires (et non par une prestation de libre passage), et même si l'assurée n'a pas travaillé jusqu'à l'âge de 65 ans en l'occurrence. 13. Partant, dans le calcul de ses prestations, la Caisse devra tenir compte de l'intégralité de la période d'assurance rachetée (art. 12 al. 1 LFLP). Les cotisations de rachat non encore versées pour la période du 1er mars 2008 au 31 décembre 2009, y compris les intérêts, pourront cependant être déduites des prestations dues par la Caisse, en application de l'art. 12 al. 2 LFLP, au cas où la demanderesse ne s'en acquitterait pas. Cela étant, dans la mesure où la demanderesse s'est engagée à régler 33'853 fr., valeur au 1er mars 2008 (montant calculé par l'expert S\_\_\_\_\_, non contesté par la défenderesse), avec intérêts composés à 4,5 l'an dès le 1er mars 2008, à titre de solde des cotisations de rachat encore dû pour la période du 1er mars 2008 au 31 décembre 2009, il lui en sera donné acte. 14. En corollaire de ce qui précède,

c'est à tort que la défenderesse entend restituer à la demanderesse le montant capitalisé de ses cotisations de rachat, en se prévalant d'une application analogique de l'art. 16 al. 3 LTRPJ. De toute façon, quand bien même l'assurée le souhaiterait, dès l'instant où elle a fait valoir son droit de prendre une retraite anticipée après l'âge de 60 ans, en vertu de l'art. 10 al. 1 LTRPJ, - c'est-à-dire après avoir atteint l'âge minimum permettant l'octroi d'une rente de vieillesse (cf. ci-dessus, consid. 9.2) -, elle n'a plus droit à une prestation de sortie, laquelle est subsidiaire par rapport aux prestations de vieillesse (cf. art. 2 al. 1 LFLP a contrario ; ATF 129 V 381 ; 120 V 306 consid. 4 ; arrêt B 49/01 du 23 août 2001, consid. 2a ; arrêt du TFA du 29 décembre 1994, en la cause M.B. cité in Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 32 du 21 avril 1995, ch. 191). Dans cette mesure, il faut admettre que le rachat d'années d'assurance effectué par la demanderesse a acquis un caractère irréversible, de sorte qu'il n'y a pas lieu de lui rembourser les rachats opérés jusqu'alors - contrairement à la situation réglée par l'art. 16 al. 3 LTRPJ en matière de libre passage versé en faveur d'un magistrat n'ayant pas le droit à une pension. En effet, les sommes de rachat ne connaissent pas un sort distinct de celui des montants accumulés par les cotisations de l'employeur et du salarié. Le rachat d'années d'assurance vise à améliorer les prestations de l'institution de prévoyance (notamment les rentes de vieillesse) et, du reste, on l'a vu plus haut, lors de la survenance du cas d'assurance, l'institution de prévoyance n'est pas autorisée à opérer des distinctions entre les prestations qui ont été obtenues pendant la période de cotisation et celles qui ont été acquises par la prestation d'entrée (art. 9 al. 3 LFLP) (arrêt B 49/01 précité, consid. 2b ;

A/281/2009 - 31/36 - ATF 124 V 327). Admettre une solution contraire reviendrait à soustraire les rachats de leur but, et partant, à réduire indûment la rente de vieillesse de l'assurée du fait de leur non-prise en compte. 15. Cela étant, il ne s'avère pas nécessaire d'examiner si, comme le soutient la demanderesse, l'art. 10 al. 5, 2ème phr. LTRPJ viole, dans le cas particulier, le droit pour une magistrate de prendre sa retraite à l'âge légal de 64 ans (art. 62a al. 1 de l'OPP 2, 13 al. 1 LPP et 21 al. 1 let. b LAVS), ou, plus précisément, d'examiner si une augmentation de l'âge de la retraite à 65 ans serait admissible au regard de la dérogation prévue par l'art 13 al. 2 LPP (autorisant les institutions de prévoyance à prévoir un âge de la retraite plus élevé pour les femmes, respectivement un âge de la retraite égal pour hommes et femmes : cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 53 du 5 octobre 2000 ch. 314).

## **E. 16**

LFLP, selon lequel le calcul des « droits » de l'assuré dans le système de la primauté des prestations tient compte en particulier des cotisations rachetées). Le droit de rachat stipulé par l'art. 9 LFLP est même consolidé par le principe, posé par l'art. 12 al. 1 LFLP, d'après lequel l'assuré entrant est, de manière inconditionnelle, immédiatement couvert pour les prestations réglementaires aussitôt que celui-ci a exprimé envers l'institution de prévoyance sa volonté de procéder au rachat, et cela même si le montant nécessaire n'a pas encore été versé (Ulrich MEYER/Laurence UTTINGER, op. cit., N 1, ad art. 6 LFLP ; N 26 ad art. 22 c LFLP).

A/281/2009 - 33/36 - Il ne saurait donc y être dérogé en l'espèce, au détriment de la demanderesse, en refusant de comptabiliser ses rachats dans les avoirs à prendre en considération dans le calcul des prestations à verser. L'art. 9 LFLP ne réserve d'ailleurs pas la possibilité d'une réglementation dérogatoire. Cette disposition est pour le surplus applicable à toute la prévoyance, y compris au domaine surobligatoire, la LFLP étant

applicable à toutes les institutions de prévoyance qui octroient des droits sur la base d'un règlement, respectivement d'une loi, à l'instar de la Caisse.

### **E. 16.1**

A teneur de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. La règle prohibant l'abus de droit permet au juge de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste (ATF 134 III 52 consid. 2.1). L'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes du cas, en s'inspirant des diverses catégories mises en évidence par la jurisprudence et la doctrine (ATF 129 III 493 consid. 5.1). L'emploi dans le texte légal du qualificatif "manifeste" démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (ATF 129 III 493 consid. 5.1). Dans cette dernière catégorie, le comportement de celui qui accepte d'abord de conclure une convention et qui, par la suite, en considération de règles impératives, excipe de l'invalidité de cette même convention, n'est toutefois constitutif d'abus de droit que si des conditions particulières sont réalisées (ATF 133 III 61 consid. 4.1). Il incombe à la partie qui se prévaut d'un abus de droit d'établir les circonstances particulières qui autorisent à retenir cette exception (ATF 133 III 61 consid. 5.1).

### **E. 16.2**

In casu, ce n'est qu'après avoir exprimé sa volonté de prendre une retraite anticipée pour le 29 février 2008 (par lettres adressées le 10 octobre 2007 à la Caisse et au Secrétaire général du Pouvoir judiciaire) que la demanderesse a été informée, par courrier du 16 novembre suivant, que le montant en capital qui lui serait remboursé s'élèverait, en définitive, à 284'212 fr. Or, ainsi que l'un et l'autre des experts cités

A/281/2009 - 32/36 - par les parties l'ont confirmé de manière concordante, l'assurée a subi, en raison de la non-prise en compte des rachats effectués qui en résultait, une perte actuarielle de 296'799 fr, compte tenu d'un capital équivalant à la rente « perdue » (41'715 fr.) de 581'011 fr. et d'un taux d'escompte de référence de 4,5 %. D'autre part, le dossier ne fait pas ressortir d'éléments permettant d'inférer qu'au moment de donner sa démission, la demanderesse était au courant qu'elle subirait une telle perte ou qu'elle devait s'y attendre. Certes, par courriers des 25 octobre et 13 novembre 2002, la Caisse avait informé l'assurée que, d'une part, le montant qui lui serait remboursé au 31 décembre 2004 s'élèverait à 190'050 fr, et que, d'autre part, sa rente s'élèverait à 49'172 fr. en cas de démission au 31 décembre 2007 (à 63 ans). Cela ne suffit pas encore pour considérer que l'assurée pouvait, lorsqu'elle a décidé de prendre sa retraite anticipée (10 octobre 2007), se rendre compte que la différence ne serait compensée « que pendant quelques années » (pour reprendre les termes de la Caisse dans sa duplique du 28 août 2009) par le remboursement desdits rachats, ce d'autant qu'elle ignorait alors quel montant définitif elle percevrait à ce titre.

### **E. 16.3**

Quoiqu'il en soit, au vu de la protection particulière qu'il convient d'accorder aux assurés en matière de prévoyance professionnelle, on doit considérer qu'un assuré ne saurait valablement renoncer à la protection que lui confèrent les dispositions impératives de la loi, faute de quoi celle-ci peut se révéler illusoire (comp. en matière de droit du travail : ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 497, ATF 129 III 618 consid. 5.2 p. 622 ; voir aussi dans ce sens

art. 23 al. 2 LPGA par analogie). Or, il résulte du but de la loi (cf. ci-dessus, consid. 10 et 11), et du texte même de l'art. 9 al. 1 et 2 LFLP – « doit permettre », « doit donner la possibilité » -, que le droit pour un nouvel assuré de racheter des années d'assurance manquantes à concurrence du plan de prévoyance est de nature impérative. C'est également de manière contraignante que l'art. 9 al. 3 LFLP prescrit en outre que, lors du calcul de ses prestations, l'institution de prévoyance « n'est pas autorisée » à faire la distinction entre les prestations qui ont été obtenues pendant la période de cotisation et celles qui ont été acquises par la prestation d'entrée (voir aussi dans ce sens art.

#### **E. 16.4**

Partant, l'exception de l'abus de droit doit être rejetée.

#### **E. 17**

Dans son courrier du 31 août 2010, le SSIP a spontanément indiqué à la juridiction de céans que les spécificités de la Caisse s'appuyaient sur « le Message du Conseil fédéral du 14 septembre 1988 » qui avait prévu d'offrir aux cantons la possibilité de soumettre leurs magistrats à une réglementation particulière pour ce qui touchait à la prévoyance professionnelle. Il s'agit plus précisément du Message « à l'appui d'un projet de loi et d'un projet d'arrêté fédéral relatifs à la rétribution et à la prévoyance professionnelle des membres du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral ainsi que du chancelier de la Confédération ». Selon ce document, le Conseil fédéral entendait permettre aux cantons d'instituer en faveur de leurs magistrats un régime spécial qui ne soit pas soumis à la LPP (FF 1988 III pp. 693 ss p. 700 n° 32). Pareille faculté n'a toutefois pas été utilisée en l'espèce, puisque l'art. 6 LTRPJ (entré en vigueur le 1er janvier 1990) prévoit expressément que la Caisse « s'engage » à appliquer la LPP (voir aussi art. 1 let. a RPPJ). La Caisse ne saurait ainsi tirer aucun argument dudit Message pour justifier l'existence d'un régime particulier de prévoyance professionnelle pour ses magistrats.

#### **E. 18**

Il s'ensuit que la demande est partiellement admise. La cause est renvoyée à la Caisse pour nouveau calcul de la rente de vieillesse due à partir du 1er mars 2008, tenant compte de l'intégralité de la période d'assurance rachetée. Les montants non encore versés pour la période du 1er mars 2008 au 31 décembre 2009 (33'853 fr.), y compris les intérêts, pourront cependant être déduits des prestations, en application de l'art. 12 al. 2 LFLP, dans l'hypothèse où la demanderesse ne s'en acquitterait pas. Il conviendra en outre de réduire de 2 % la pension ainsi calculée, conformément à la conclusion que la demanderesse a formulée en invoquant l'application de l'art. 10 al. 7 LTRPJ par analogie.

#### **E. 19**

L'intérêt moratoire court dès le 30 janvier 2009, date du dépôt de la demande (arrêt 9C\_91/2007 du 25 avril 2008, consid. 6 ; en matière de rente LPP versée par une caisse de droit public : ATF 119 V 131 consid. 4c). La LTRPJ étant muette à ce sujet, le taux de l'intérêt sera de 5 % (art. 104 al. 1 CO : ATF 119 V 131 consid. 4d).

A/281/2009 - 34/36 -

#### **E. 20**

Enfin, la demanderesse reproche à la Caisse de ne pas lui avoir communiqué d'informations concernant en particulier sa prestation de libre passage, respectivement son avoir vieillesse.

Ce grief est fondé, dès lors que l'art. 86b LPP (auquel renvoie l'art. 6 al. 4 LTRPJ) oblige les institutions de prévoyance à renseigner « chaque année ses assurés de manière adéquate sur leurs droits aux prestations, le salaire coordonné, le taux de cotisation et l'avoir de vieillesse » (voir aussi l'art. 24 al. 1 LFLP qui prévoit que l'institution de prévoyance renseigne l'assuré chaque année sur la prestation de sortie réglementaire). Partant, la pratique de la Caisse consistant à ne pas communiquer d'information sur le libre passage aux assurés âgés de 60 ans révolus (cf. déclarations Q\_\_\_\_\_ ) ne résiste pas à l'examen. De manière plus générale, la demanderesse reproche également à la défenderesse de ne pas respecter les règles comptables imposées par la LPP (not. tenue de bilan actuariels et comptables, tenue des comptes de vieillesse des assurés), règles que la Caisse était par ailleurs tenue de respecter en vertu des art. 6 al. 4 et 7 al. 4 let. b LTRPJ. Dans ce contexte, la Chambre de céans observe que la Caisse ne dispose notamment pas de comptes individuels, de comptes généraux, ou de plan de placement (vu qu'elle n'a pas de fortune) et qu'elle n'est au final que virtuelle, ou « fictive », pour reprendre les termes du député SPIELMANN lors des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil, 1989 35/IV p. 4765). De fait, cette situation pourrait apparaître problématique au regard des devoirs de transparence, ou d'utilisation et de placement des cotisations des assurés, fixés par le droit fédéral (art. 48 ss LPP). Dans la mesure où ces questions se rapportent en définitive au contrôle abstrait de la LTRPJ, elles ne relèvent pas de la juridiction de céans, mais du SSFIP (cf. art. 74 LPP ; arrêt B 50/04 du 26 août 2004, consid. 2.3 ; ATF 128 V 44 consid. 1b, 127 V 35 consid. 3b), auquel il sied de transmettre une copie du présent arrêt comme objet de sa compétence. Il incombera à ce Service d'y donner la suite qu'il jugera utile.

#### **E. 21**

Au vu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de donner suite à la requête de la demanderesse tendant, d'une part, à la mise en oeuvre d'une expertise actuariaire, et, d'autre part, à l'audition de ses médecins, afin d'établir que sa décision de prendre une retraite anticipée avait été dictée par des raisons de santé, et non pas par des motifs de convenance personnelle.

#### **E. 22**

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

#### **E. 23**

La demande étant partiellement admise, la demanderesse, représentée par un avocat, a droit à l'allocation de dépens fixés en l'espèce à 5'000 fr. (art. 89H al. 3 LPA).

A/281/2009 - 35/36 -

A/281/2009 - 36/36 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant en application de 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.