[AZA 7]
B 6/00
B 8/00 Sm

Ière Chambre

composée des Juges fédéraux Lustenberger, Président, Schön,
Spira, Meyer et Ferrari; Frésard, Greffier

Arrêt du 1er mars 2001

dans les causes
Ville de Genève, rue de la Croix-Rouge 4, Genève, recourante, représentée par Maître Gabriel Aubert, avocat, chemin des Crêts-de-Champel 4, Genève,

contre
A._____ et consorts, intimés, tous les treize représentés par Maître Bertrand Reich, avocat, boulevard St-Georges 72, Genève,

et
La Caisse d'assurance du personnel de la Ville de Genève et des Services industriels de Genève, Genève, recourante, représentée par Maître Jacques-André Schneider, avocat, rue du Rhône 100, Genève,

contre
A._____ et consorts, intimés, tous les treize représentés par Maître Bertrand Reich, avocat, boulevard St-Georges 72, Genève,

et
Tribunal administratif du canton de Genève, Genève

A.- a) Aux termes de l'art. 1er du règlement de la Ville de Genève, du 26 avril 1974, fixant les conditions d'octroi de l'indemnité pour cessation d'activité aux fonctionnaires en uniforme (ci-après : règlement ICA 1974) :
"Les fonctionnaires en uniforme désignés à l'article 9 du statut du personnel du Service d'incendie et de secours cessent leur activité le premier jour du mois qui suit celui où ils ont atteint l'âge de 57 ans révolus.
Ils ont droit, dès cette date, au versement de l'indemnité pour cessation d'activité selon l'article 133 du statut [du Service d'incendie et de secours]".

L'indemnité se compose d'un montant égal au 70 pour cent du salaire assuré déterminé selon l'art. 11 du statut de la Caisse d'assurance du personnel [CAP](art. 2 let. a), d'un montant complémentaire fixe représentant 50 pour cent de la rente maximum AVS simple au moment de la cessation d'activité (art. 2 let. b) et d'une allocation de vie chère calculée sur le montant sous lettre a), dont le taux correspond à celui en vigueur le jour de la cessation d'activité (art. 2 let. c). Elle n'est plus versée dès que son bénéficiaire remplit les conditions statutaires de la CAP lui permettant de recevoir la rente de vieillesse calculée au taux maximum (art. 4).

b) Le 1er janvier 1995 est entrée en vigueur la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (LFEPL) portant modification de la LPP (art. 30a à 30f et 83a) et du CO (art. 331d et 331e).
Au mois d'octobre 1994, la CAP a envoyé à ses assurés un bulletin d'information (n°13) relatif d'une part à la loi précitée et, d'autre part, à la nouvelle loi fédérale sur le libre passage (LFLP), entrant également en vigueur le 1er janvier 1995. En particulier, sous chiffre III. b) il était indiqué ce qui suit :
"b) Conséquences d'un versement anticipé
Un versement anticipé entraîne simultanément une réduction équivalente des pensions de retraite, d'invalidité,

de conjoint survivant et d'orphelins :
- si le versement est égal à la totalité de la prestation de libre passage acquise, toutes les années d'assurance révolues à cette date sont supprimées;
- si le versement anticipé est inférieur à la totalité de la prestation de libre passage acquise, le nombre d'années d'assurance révolues est réduit dans la proportion entre le montant du versement anticipé et celui de la prestation de libre passage acquise.. "

Au mois de décembre 1994, dans son bulletin n°14, la CAP a communiqué aux assurés le texte d'un avenant à ses statuts, consécutif à l'entrée en vigueur de la LFLP et à la mise en application d'un nouveau mode de détermination de la part d'augmentation du traitement assuré soumise à rappel de cotisations, ainsi que le règlement d'application concernant l'encouragement à la propriété du logement, l'un et l'autre prenant effet le 1er janvier 1995.
Dans un laps de temps s'étendant d'avril 1995 à mai 1996, treize fonctionnaires soumis au règlement ICA 1974 (supra let. a) ont bénéficié d'un versement anticipé de la CAP en vertu des dispositions légales et réglementaires susmentionnées. Selon un allégué de la CAP, le montant total de ces versements anticipés s'élève à 1'236'506 francs et selon un autre allégué à 1'217'936 francs.

c) Le 1er juin 1997 est entré en vigueur un nouveau règlement ICA (ci-après : règlement ICA 1997), dont l'art. 4 a désormais la teneur suivante :
"L'indemnité pour cessation d'activité telle que définie à l'art. 2 let. a et c du présent règlement n'est plus versée dès que son bénéficiaire remplit les conditions statutaires de la CAP lui permettant de recevoir la rente de vieillesse calculée au taux maximum, mais au plus tard lorsque son bénéficiaire atteint l'âge de 62 ans.
Demeure réservé le cas du fonctionnaire qui a vu sa prestation de libre passage réduite pour les raisons suivantes :
- obtention d'un versement anticipé au sens de la LFEPL;- transfert d'une partie de la prestation de libre passage en faveur de l'ex-conjoint consécutivement à un jugement de divorce.
Dans ces deux cas, l'indemnité n'est plus versée dès que son bénéficiaire atteint l'âge qui lui aurait permis, selon les conditions statutaires de la CAP, de bénéficier d'une pension calculée au taux maximum, s'il n'y avait pas eu de réduction de sa prestation de libre passage, mais au plus tard à l'âge de 62 ans.. "

Par la suite, un litige est survenu entre la CAP et les bénéficiaires d'un versement anticipé, pour la raison suivante : lorsqu'ils avaient fait leur demande de versement anticipé au moyen de la formule réglementaire, les intéressés avaient été informés par la CAP du taux de réduction et du montant en francs de leur future pension de retraite et des autres prestations assurées, calculés en fonction du règlement ICA 1974. Mais les 28 mai et 12 juin 1997, la CAP les a informés qu'à la suite de l'entrée en vigueur du règlement ICA 1997, ce taux de réduction avait été augmenté et que le montant de leur future pension de retraite diminuait en proportion.
La CAP a confirmé son point de vue dans une communication du 19 septembre 1997 adressée au mandataire des treize assurés intéressés.

B.- Ces derniers ont alors ouvert action devant le Tribunal administratif du canton de Genève en concluant, en substance, à ce que la CAP soit tenue de se conformer aux indications qu'elles leur avait données lorsqu'ils avaient fait leur demande de versement anticipé, quant au montant des prestations assurées auxquelles eux-mêmes ou leurs survivants auraient droit.
Le 12 février 1999, le juge instructeur a décidé d'appeler en cause la Ville de Genève, employeur des demandeurs, tout en donnant aux parties l'occasion de se prononcer à ce sujet. Tandis que les demandeurs concluaient à l'appel en cause non seulement de la Ville de Genève, mais également des Services industriels de cette ville et du Conseil d'Etat du canton de Genève, la CAP concluait à l'irrecevabilité de l'appel en cause de la Ville de Genève.
Cette dernière a conclu au rejet des demandes.
Dans son jugement du 23 novembre 1999, le Tribunal administratif a considéré que l'appel en cause de la Ville de Genève était justifié sous deux aspects : d'une part en sa qualité d'employeur des demandeurs et, à ce titre, de débitrice des cotisations dues à la CAP et d'autre part, parce que la CAP n'ayant pas la personnalité juridique, elle ne dispose pas de la capacité d'ester en justice et qu'elle ne peut donc agir qu'au nom des trois entités dont

elle est un service commun, à savoir la Ville de Genève, les Services industriels de Genève et l'Etat de Genève. Sur le fond, le tribunal a admis la demande et condamné, avec suite de dépens :

a) "la Ville de Genève, d'une part, à verser à chaque demandeur l'indemnité pour cessation d'activité et, d'autre part, à s'acquitter des contributions de prévoyance professionnelle selon le règlement fixant les conditions d'octroi de l'indemnité pour cessation d'activité aux fonctionnaires en uniforme du 26 avril 1974, entré en vigueur le 1er mai 1974; "

b) "la Ville de Genève, les Services industriels de Genève et l'Etat de Genève, soit pour eux la CAP à verser aux demandeurs les prestations dues en conséquence".

C.- Par deux recours séparés, la Ville de Genève (cause B 6/00) et la CAP (cause B 8/00) interjettent recours de droit administratif contre ce jugement.
La Ville de Genève conclut principalement à l'irrecevabilité de la demande formée par les intimés devant le Tribunal administratif et subsidiairement à son rejet. De son côté, la CAP conclut à l'annulation du jugement attaqué.

Les intimés ont conclu préalablement et à titre provisionnel au retrait de l'effet suspensif des recours et, sur le fond, principalement à leur irrecevabilité et subsidiairement à leur rejet.
Dans les deux affaires, l'Office fédéral des assurances sociales a renoncé à présenter un préavis au motif que le litige relève de la prévoyance professionnelle plus étendue.

D.- Par ordonnance du 18 mai 2000, le Président de la IIIe Chambre du Tribunal fédéral des assurances a prononcé la jonction des causes B 6/00 et B 8/00 et rejeté la demande de retrait d'effet suspensif présentée par les intimés.

E.- Parallèlement à son recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral des assurances, la Ville de Genève a saisi le Tribunal fédéral d'un recours de droit public dont l'instruction a été suspendue jusqu'à droit connu sur le sort du recours de droit administratif.

Considérant en droit :

1.- Les recours sont dirigés contre le même jugement et reposent sur le même état de fait. Il se justifie dès lors de joindre les causes et de les liquider par un seul arrêt (ATF 123 II 20 consid. 1, 122 II 368 consid. 1a).

2.- Dans son mémoire de recours, le mandataire de la CAP consacre de longs développements à la question de la capacité de cette caisse de pension d'ester en justice.
Cette capacité n'est pourtant pas douteuse - quoi qu'en pensent les juges cantonaux - et elle a, du reste, déjà été admise tacitement par la jurisprudence fédérale (ATF 113 V 198 et RSAS 1990 p. 93 qui concerne la même affaire; arrêt du Tribunal fédéral dans la cause S. du 7 avril 1994 [4C. 465/1993]).
Les institutions de prévoyance de droit public sont des entités de droit public (établissements, corporations), plus ou moins autonomes selon qu'elles sont ou non dotées de la personnalité morale (Hans Michael Riemer, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Berne 1985, § 2 note 2 p. 48; Hans J. Pfitzmann, Die öffentlich-rechtlichen Pensionskassen im BVG-Obligatorium, in: RSAS 1985 p. 235 sv.) et qui naissent de la volonté du législateur, fédéral, cantonal ou communal (cf. Blaise Knapp, L'exécution de tâches publiques fédérales par des tiers, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Organisationsrecht, ch. 60).
L'art. 73 LPP est une norme spéciale du droit des assurances sociales qui désigne les autorités compétentes pour statuer sur des litiges opposant notamment les institutions de prévoyance aux ayants droit (cf. Meyer-Blaser, Die Rechtswege nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG], in: RDS 1987 I p. 629 ch. 3.1).
Pour ces litiges, l'institution de prévoyance est comme telle partie à la procédure à laquelle elle participe. Par institution de prévoyance selon l'art. 73 al. 1 LPP il faut entendre les institutions de prévoyance enregistrées de droit privé ou de droit public, d'une part, et, d'autre part, les fondations de prévoyance en faveur du personnel

non enregistrées (ATF 122 V 323 consid. 2a; cf. aussi infra consid. 3b). Dès l'instant où l'art. 73 LPP désigne nommément - et sans distinction aucune - les institutions de prévoyance comme parties à la procédure, on peut se demander si cette disposition ne confère pas directement la capacité d'ester en justice aux institutions de prévoyance (de droit public) qui ne sont pas dotées de la personnalité juridique (voir dans ce sens, à propos de l'art. 48ter LAVS, relatif à l'exercice du droit de recours de l'assurance-vieillesse et survivants, ATF 112 II 88 consid. 1).
Quoi qu'il en soit, la question peut demeurer indécise.
Si la personnalité morale confère indiscutablement la capacité d'agir en justice, cette capacité peut aussi être reconnue par le législateur à des établissements publics qui en sont démunis (André Grisel, Traité de droit administratif, vol. II, Neuchâtel 1994, p. 839; cf. ATF 102 Ib 315 consid. 1a). En l'occurrence, l'art. 86 al. 1 des statuts de la CAP (qui ont été adoptés, notamment, par le Conseil municipal de la Ville de Genève et par le Conseil d'Etat du canton de Genève) prévoit que la caisse est représentée auprès des autorités publiques ainsi qu'en matière judiciaire par le Président du comité de gestion.
Cette disposition, qui fait dûment référence à la procédure judiciaire, est suffisamment explicite pour attribuer à la CAP la capacité d'ester en justice.
3.- a) La Ville de Genève conclut principalement "à la déclaration d'irrecevabilité de la demande formulée par les intimés devant le Tribunal administratif de Genève". Elle fait valoir que le litige ne relève pas de la prévoyance professionnelle et, dès lors, qu'il ne ressortit pas aux autorités juridictionnelles instituées par l'art. 73 LPP.
Le même moyen est développé par la CAP dans son mémoire de recours. En substance, celle-ci soutient que le litige qui oppose les intimés à leur employeur au sujet de l'application des règlements ICA 1974 et 1997 relève des rapports de service et non de la prévoyance professionnelle, de sorte qu'il échappe à la compétence du juge de l'art. 73 LPP.
Les intimés admettent également, à l'appui de leur conclusion tendant à l'irrecevabilité des recours de droit administratif, que leurs relations avec la Ville de Genève, régies par les règlements précités, relèvent des rapports de service et non de la prévoyance professionnelle.

b) La compétence des autorités visées par l'art. 73 LPP est doublement définie.
Elle l'est, tout d'abord, quant à la nature du litige : il faut que la contestation entre les parties porte sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (actuellement prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATF 125 V 168 consid. 2, 122 V 323 consid. 2b et les références).
Cette compétence est également limitée par le fait que la loi désigne de manière non équivoque les parties pouvant être liées à une contestation, savoir les institutions de prévoyance, les employeurs et les ayants droit. En ce qui concerne en particulier la notion d'institution de prévoyance au sens de l'art. 73 al. 1 LPP, elle n'est pas différente de celle définie à l'art. 48 LPP. Il s'agit des institutions de prévoyance enregistrées qui participent au régime de l'assurance obligatoire (art. 48 al. 1 LPP), avec la possibilité d'étendre la prévoyance au-delà des prestations minimales (institutions de prévoyance dites "enveloppantes"; art. 49 al. 2 LPP). Ces institutions doivent revêtir la forme d'une fondation ou d'une société coopérative, ou être une institution de droit public (art. 48 al. 2 LPP et art. 331 al. 1 CO). C'est ainsi que les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes en cas de litige relatif à l'exécution d'un contrat de réassurance partielle entre un employeur et un assureur-vie de droit cantonal (ATF 119 V 440). Elles le sont, en revanche, lorsque la contestation oppose un employeur (collectivité publique) à un assuré pour décider si la résiliation des rapports de service n'est pas imputable à faute et
si, par conséquent, le fonctionnaire a droit aux prestations prévues dans ce cas par les statuts (ATF 118 V 248, 116 V 335). Il en va de même en ce qui concerne les litiges avec l'institution supplétive (qui est une institution de prévoyance [art. 60 al. 1 LPP]), notamment en matière de cotisations (ATF 115 V 375).
Quant aux fondations de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées, dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance professionnelle, elles sont soumises à la réglementation des art. 73 et 74 LPP en vertu de l'art. 89bis al. 6 CC (ATF 122 V 323 consid. 2b et les auteurs cités).

c) Aux termes de la première partie du dispositif du jugement litigieux, la Ville de Genève est condamnée d'une part à verser aux intimés l'indemnité pour cessation d'activité et, d'autre part, à s'acquitter des contributions de prévoyance professionnelle selon le règlement ICA 1974.
Le règlement en question a certes un rapport indirect avec la prévoyance professionnelle des fonctionnaires qu'il concerne puisqu'il vise à assurer la transition entre le moment où ces derniers cessent leur activité professionnelle et celui où s'ouvre leur droit à la rente de vieillesse calculée au taux maximum selon les dispositions statutaires de la CAP. Pour autant, ce règlement ne se fonde pas sur le droit de la prévoyance professionnelle mais sur le statut du personnel du Service d'incendie et de secours de la Ville de Genève et il échappe de ce fait au pouvoir d'examen du juge de l'art. 73 LPP. Il en résulte que, dans la mesure où il était saisi par les intimés sur la base de l'art. 73 al. 1 LPP et où il a incontestablement statué en qualité de juridiction désignée par cette disposition (voir consid. 1 du jugement attaqué), le Tribunal administratif ne pouvait se prononcer sur les prétentions des intimés fondées sur les règlements ICA 1974 et 1997. Dans ce cadre, il n'était pas compétent ratione materiae pour condamner la Ville de Genève à verser l'indemnité pour cessation d'activité aux intimés, de sorte que le jugement attaqué doit être annulé en tant qu'il concerne la Ville de Genève.

d) La seconde partie du dispositif du jugement entrepris condamne la CAP en qualité d'ayant cause de la Ville de Genève, des Services industriels de Genève et de l'Etat de Genève à verser aux intimés "les prestations dues en conséquence". Il est difficile de comprendre ce qu'il faut entendre par là. En effet, la décision cantonale, telle qu'on peut l'interpréter à la lumière des considérants (notamment consid. 16 ss ad p. 22 ss), concerne essentiellement, voire exclusivement les droits que les intimés peuvent faire valoir à l'égard de leur employeur, soit la Ville de Genève, en raison des assurances qui leur auraient été fournies par la CAP. C'est ainsi que le Tribunal administratif, en conclusion de son jugement, résume le fondement de la condamnation des recourantes comme suit (consid. 22) : "Au vu de ce qui précède, l'article 4 du règlement ICA de 1997 ne peut s'appliquer aux demandeurs, lesquels ont un droit acquis (en vertu de ces assurances) à pouvoir bénéficier, d'une part, de l'indemnité de la Ville et, d'autre part, des cotisations LPP dues par la Ville à la CAP selon le règlement ICA de 1974". Mais comme les assurances en question avaient trait à l'application du règlement ICA et non aux prestations de la CAP, si ce
n'est de manière indirecte, cette question échappe à la cognition du juge de l'art. 73 LPP.

4.- Les considérations qui précèdent ne conduisent pas à l'irrecevabilité des recours de droit administratif, contrairement à l'opinion des intimés, mais à leur admission.
En effet, lorsque l'autorité de première instance a ignoré qu'une condition mise à l'examen du fond du litige par le juge faisait défaut et a statué sur le fond, c'est un motif pour le Tribunal fédéral des assurances, saisi de l'affaire, d'annuler - au besoin d'office - le jugement en question (ATF 125 V 23 consid. 1a, 123 V 327 consid. 1, 122 V 322 consid. 1 et la référence).

5.- Les intimés qui succombent ne peuvent prétendre des dépens. Les recourantes non plus, bien qu'elles obtiennent gain de cause et qu'elles soient représentées par des avocats (ATF 122 V 330 consid. 6, 118 V 169 consid. 7).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances

prononce :

I. Les causes B 6/00 et B 8/00 sont jointes.

II. Les recours sont admis et le jugement du Tribunal administratif du canton de Genève du 23 novembre 1999 est annulé.

III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

IV. Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal administratif du canton de Genève, à l'Office

fédéral des assurances sociales et au Tribunal fédéral.

Lucerne, le 1er mars 2001

Au nom du
Tribunal fédéral des assurances
Le Président de la Ière Chambre :

Le Greffier :