**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**

Cour III
C-4289/2010, C-4341/2010

# Arrêt du 28 mars 2013

Composition

Francesco Parrino (président du collège),
Michael Peterli, Stefan Mesmer, Vito Valenti,
Daniel Stufetti, juges,
Valérie Humbert, greffière.

Parties

**Caisse de pensions du personnel communal de Lausanne,**
représentée par Maître Jacques-André Schneider,
recourante,

contre

**Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale,** avenue de Tivoli 2, case postale 5047,
1002 Lausanne,
autorité inférieure

Objet

Prévoyance professionnelle (décisions du 11 mai 2010).

## Faits :

**A.**

**A.a** D'après le décret du 17 novembre 1942 du Grand Conseil du canton de Vaud (RS-VD 831.471), la Caisse de pensions du personnel communal de Lausanne (ci-après: la Caisse de pensions) est une institution de droit public possédant la personnalité morale. Selon ses statuts du 4 avril 2000, révisés le 23 juin 2009, elle assure la prévoyance vieillesse, invalidité et survivants du personnel de la Commune de Lausanne.

**A.b** Selon l'art. 4 al. 1 de ses statuts, sont obligatoirement assurés, dès le 1er janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans, les membres du personnel communal et des organismes affiliés qui reçoivent un traitement annuel supérieur au montant fixé à l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40). Les assurés sont affiliés aux conditions générales (catégorie A) et aux conditions spéciales (catégorie B); c'est la Municipalité, après approbation du Conseil communal, qui désigne les fonctions auxquelles s'applique cette dernière catégorie (cf. al. 2 et al. 3). Par décision du 6 septembre 2000 avec effet au 1er juillet 2000, les officiers, sous-officiers et agents du Corps de police ainsi que les officiers, sous-officiers et sapeurs du Poste permanent sont assurés aux conditions spéciales.

**A.c** Aux termes de l'art 24 du règlement d'application du 1er juillet 2009, moyennant réduction actuarielle de leur pension, les assurés de la catégorie A ont droit de prendre une retraite anticipée dès l'âge de 60 ans révolus et les assurés de la catégorie B dès l'âge de 55 ans révolus.

Il convient en outre de mentionner l'art. 50 du règlement, qui est une disposition transitoire autorisant, sans limite dans le temps, les assurés de sexe féminin affiliés avant le 1er janvier 1993 à prendre leur retraite dès l'âge de 55 ans révolus.

**B.**

**B.a** Dans le sillage de la 1ère révision de la LPP entrée totalement en vigueur le 1er janvier 2006 (RO 2004 1677), l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2, RS 831.441.1) a été modifiée. Ainsi, l'art. 1*i* al. 1 OPP2 s'oppose à ce que les réglementations des institutions de prévoyance prévoient un âge de retraite inférieur à 58 ans, sauf dans les cas de restructurations d'entreprises ou pour les

rapports de travail où un âge de retraite inférieur est prévu pour des motifs de sécurité publique (al. 2 let. a et b). Toutefois, la lettre *d* des dispositions finales de la modification du 10 juin 2005 (RO 2005 4279) introduit la possibilité de maintenir des dispositions réglementaires différentes pendant cinq ans pour les assurés qui étaient présents au 31 décembre 2005 dans les effectifs des institutions de prévoyance concernées.

**B.b** Le 29 janvier 2010, la Caisse de pensions a requis de l'Autorité de surveillance des fondations du canton de Vaud (ci-après: l'Autorité de surveillance) la possibilité de conserver au-delà du 31 décembre 2010 les art. 24 al. 1 let. b et 50 de son règlement d'application.

**B.c** Par deux décisions séparées datées du 11 mai 2010, l'Autorité de surveillance a constaté, sous suite de frais, que le règlement d'application de la Caisse de pensions contreviendra à la législation en matière de prévoyance professionnelle dès le 1er janvier 2011. Elle a enjoint le Conseil d'administration de la Caisse de pensions du personnel communal à modifier les art. 24 al. 1 let. b et 50 de son règlement.

**C.**

**C.a** Par actes séparés du 10 juin 2010, la Caisse de pensions, dûment représentée, dépose devant le Tribunal administratif fédéral (le Tribunal) deux recours à l'encontre des deux décisions du 11 mai 2010, à savoir l'un contre le refus de conserver au-delà du 31 décembre 2010 la disposition réglementaire 24 al. 1 let. b et l'autre contre le refus de conserver au-delà du 31 décembre 2010 la disposition réglementaire 50, concluant à l'annulation des décisions entreprises, au maintien de l'art 50 du règlement et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision pour ce qui est de l'art 24 al. 1 let. b du règlement. En substance, s'agissant de l'art. 50 du règlement, elle se prévaut d'une interprétation erronée de la part de l'Autorité de surveillance de la portée de l'art. 1*i* OPP2 et se plaint de violations de la garantie des droits acquis, de la garantie de la propriété et du principe de non-rétroactivité. Concernant l'art. 24 al. 1 let b du règlement, elle soutient que l'exception "sécurité publique" prévue à l'art. 1*i* al. 2 let. b OPP2 est réalisée; ses autres griefs portent sur la violation de la maxime d'office, le défaut de motivation, le non-respect du droit à un double degré de juridiction, l'excès du pouvoir d'appréciation, la violation de l'autonomie communale et de l'art. 6 de la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur la protection de la population et sur la protection civile (LPPCi; RS 520.1) qui dispose que les cantons règlent l'instruction et la conduite de la protection de la population. Préalablement, la recourante

demande que dans les deux procédures l'effet suspensif des recours soit constaté par décision incidente.

**C.b** Par ordonnance du 15 juillet 2010, le Tribunal ordonne la jonction des deux causes et invite l'autorité inférieure à répondre, particulièrement en ce qui concerne la requête en constatation de l'effet suspensif, et à produire le dossier complet de la cause.

**C.c** Donnant suite aux décision incidentes des 24 et 30 juin 2010, la recourante s'est acquittée d'une avance sur le frais de procédure présumés de 6'000 francs.

**C.d** Dans sa réponse du 16 septembre 2010, l'autorité inférieure critique en substance le raisonnement de la recourante relatif à la notion de "retraite anticipée", explique la portée de l'art. 1*i* OPP2, rejette l'exception de "sécurité publique" et le bénéfice de droits acquis. Pour le surplus, elle dit s'opposer à "l'octroi de l'effet suspensif" et conclut à ce qu'il soit "retiré aux recours".

**C.e** Dans sa réplique du 19 octobre 2010, la recourante développe ses griefs et maintient ses conclusions, relevant que l'effet suspensif ne peut pas être retiré dans le cas particulier, faute pour l'Autorité inférieure de l'avoir fait dans ses deux décisions.

**C.f** Par décision incidente du 24 novembre 2010, le Tribunal, interprétant la requête de la recourante visant au constat de l'effet suspensif comme une demande de mesures provisionnelles, la rejette.

**C.g** Invitée à se prononcer sur la réplique de la recourante, l'autorité inférieure duplique par acte du 11 janvier 2011 en maintenant ses conclusions.

**C.h** Par ordonnance du 26 janvier 2011, le Tribunal transmet pour connaissance un double de la duplique de l'autorité inférieure à la recourante et clôt l'échange d'écriture.

**D.**

Par rapport-préavis n° 2012/18, la Municipalité de la commune de Lausanne a soumis en date du 16 mai 2012 une révision des statuts de la Caisse de pensions visant un assainissement de cette dernière et la mise en conformité avec les modifications de la LPP sur le financement des institutions. Ce préavis a été adopté par le Conseil communal dans sa séance du 27 novembre 2012. Les nouveaux statuts sont entrés en vi-

gueur le 1er janvier 2013. Le règlement d'application, dont la modification est du ressort du Conseil d'administration de la Caisse de pensions, devrait également être adapté. Les deux dispositions litigieuses n'ont visiblement subi aucune modification si ce n'est systématique. Elles seront donc citées dans leur teneur et leur numérotation existantes au moment de la décision litigieuse.

Les arguments développés par les parties à l'appui de leurs positions seront repris dans les considérants en droit ci-après, dans la mesure utile à la résolution du présent litige.

## Droit :

**1.**

**1.1.** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions rendues par les autorités cantonales de surveillance en matière de surveillance des fondations de prévoyance peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. i LTAF et à l'art. 74 al. 1 LPP.

**1.2.** La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

**1.3.** La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement touchée par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 48 al. 1 PA). Possédant la personnalité juridique (cf. ATF 127 V 29 consid. 2, ATF 116 V 335 consid 4a) elle a, partant, qualité pour recourir.

**1.4.** Dans la mesure où le recours a été introduit dans le délai et la forme prescrits (art. 52 PA), l'avance de frais versée dans le délai imparti (art. 63 al. 4 PA), il est recevable quant à la forme.

**2.**
En l'espèce, l'objet de la contestation est constitué par les deux décisions du 11 mai 2010 qui constatent que l'art 24 al. 1 let. b et 50 du règlement

d'application de la recourante contreviennent dès le 1er janvier 2011 à la législation en matière de prévoyance professionnelle. Ces deux dispositions offrent la possibilité à deux catégories d'employés de prendre une retraite dès l'âge de 55 ans: les femmes affiliées à la Caisse de pensions avant le 1er janvier 1993 et les personnes assurées aux conditions spéciales, soit les policiers, les pompiers et les ambulanciers.

A ce propos, il convient de préciser que l'objet du présent litige ne concerne pas la question de savoir si un bénéficiaire peut se prévaloir du règlement incriminé pour obtenir une prestation de vieillesse. Ce point devrait en effet être examiné dans le cadre des contestations relevant de l'art. 73 LPP qui doivent être portées devant le Tribunal cantonal compétent (cf. ATF 130 V 80 consid. 3.3, ATF 128 V 254 consid. 2, arrêt du Tribunal fédéral B 39/02 du 31 janvier 2006 consid. 4.2 et réf. cit.).

**3.**

**3.1.** La LPP règle avant tout la prévoyance obligatoire. Il est toutefois possible d'améliorer la couverture offerte par la loi par une prévoyance plus étendue qui elle est régie par le principe de l'autonomie et relève en principe du droit privé (cf. ATF 137 V 105 consid. 8.2; HANS ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge im Obligatorium und Überobligatorium: Naht- und Bruchstellen, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer [Edit.], BVG-Tagung 2007, St-Gall, p. 38). Le plus souvent, le rapport de prévoyance (dit alors "enveloppant") présente des éléments des deux domaines de la prévoyance et propose un plan de prestations unique qui inclut des prestations minimales qu'il améliore (HANS-MICHAEL RIEMER/GABRIELLA RIEMER KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2ème éd. Berne 2006, § 1 n° 20 p. 20). Dans ce cas, afin de s'assurer que les prestations réglementaires respectent les exigences minimales de la LPP, autrement dit que la personne assurée bénéficie au moins des prestations minimales légales selon la LPP (art. 49 al. 1 LPP en corrélation avec l'art. 6 LPP), l'institution de prévoyance doit être capable de procéder à un calcul comparatif entre les prestations selon la LPP (sur la base du compte-témoin que les institutions de prévoyance doivent tenir afin de contrôler le respect des exigences minimales de la LPP [Alterskonto; art. 11 al. 1 OPP 2]) et les prestations réglementaires (Schattenrechnung; cf. ATF 136 V 313 consid. 4.4, ATF 136 V 65 consid. 3.7, ATF 114 V 239 consid. 6a).

**3.2.** Toutefois, il est également possible de séparer strictement les deux étages et de n'appliquer que le régime étendu (ATF 136 V 313 consid.

4.5). Les instances de prévoyance actives dans l'assurance obligatoire doivent être inscrites au registre de la prévoyance professionnelle (art. 48 LPP); si elles sont "enveloppantes", elles sont soumises pour la couverture légale à la LPP et pour la part étendue aux dispositions de la LPP énumérées à l'art. 49 al. 2 LPP. En revanche, les institutions qui se consacrent exclusivement au régime étendu, bien que sous contrôle des autorités de surveillance (cf. CHRISTINA RUGGLI in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter, Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010, ad. art. 61 ch. 4), sont libérées de l'obligation d'enregistrement et sont réglementées par l'art. 89$^{bis}$ du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210) dont l'al. 6 reprend en très grande partie le catalogue de l'art. 49 al. 2 LPP.

**4.**

**4.1.** Aux termes de l'article 1 al. 3 2$^{e}$ phrase LPP, le Conseil fédéral peut fixer un âge minimal pour la retraite anticipée, ce qu'il a fait en adoptant le texte de l'art. 1*i* al. 1 OPP2 qui porte le titre "l'âge minimal de la retraite" et selon lequel les règlements des institutions de prévoyance ne peuvent pas prévoir d'âge de retraite inférieur à 58 ans, sauf pour les restructurations d'entreprises et pour les rapports de travail où un âge de retraite inférieur est prévu pour des motifs de sécurité publique.

**4.2.** L'art. 1 al. 3 LPP a été adopté lors de la 1$^{ère}$ révision LPP. Non prévu dans le projet initial du Conseil fédéral (cf. FF 2000 2571), il a été proposé par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-CE) et adopté par les deux Chambres sans discussion en ce qui concerne la 2$^{ème}$ phrase (cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] 2002 E 1037 et BO 2002 N 619 à 625).

La 1$^{ère}$ révision de la LPP est entrée en vigueur en trois étapes (RO 2004 1700): le 1$^{er}$ avril 2004 pour le 1$^{er}$ paquet relatif à la transparence, à la gestion paritaire et à la résiliation des contrats d'assurance collective (cf. Office fédéral des assurances sociales [OFAS], Bulletin de la prévoyance professionnelle, n° 72 du 8 avril 2004), le 1$^{er}$ janvier 2005 pour le 2$^{e}$ paquet, soit l'essentiel de la révision (cf. OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle, n° 75 du 6 juillet 2004) et le 1$^{er}$ janvier 2006 pour le 3$^{e}$ paquet concernant les aspects fiscaux, c'est-à-dire les règles concernant la notion de prévoyance, la limitation des salaires ou des revenus assurables, le rachat ainsi que l'âge minimal de la retraite (cf. OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle, n° 83 du 16 juin 2005).

**5.**

**5.1.** Il convient de rappeler dans ce contexte que la 1ère révision de la LPP aurait dû être discutée devant les Chambres fédérales en même temps que la 11e révision de l'AVS, les deux visant une harmonisation de l'âge de la retraite pour les hommes et les femmes et l'introduction d'une retraite à la carte (cf. message du Conseil fédéral du 2 février 2000 concernant la 11e révision de l'assurance-vieillesse et survivants et le financement à moyen terme de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité [MCF 11e révision AVS] FF 2000 1771, ch. 1.1.4.2.3, 1.3.2 et 3.1.3). Finalement, au vu des nombreuses divergences entre les deux Conseils, il avait été décidé de traiter les deux objets séparément (cf. intervention ROBBIANI in: BO 2003 N 929). Toutefois, les deux projets ont été adoptés par les deux Chambres le même jour, soit le 3 octobre 2003 (cf. pour la 1ère révision de la LPP, BO 2003 N 1745 et BO 2003 E 1031; pour la 11e révision de l'AVS, BO 2003 N 1744 et BO 2003 E 1030). Contrairement à la 1ère révision LPP entrée en vigueur sans qu'un referendum ne soit demandé, la 11e révision de l'AVS a été rejetée par le peuple lors des votations du 16 mai 2004 (FF 2004 3727). Les travaux ont immédiatement repris après cet échec, notamment pour prendre en compte les aspirations des citoyens quant à l'introduction d'un système de retraite flexible socialement équitable (cf. DANIELA WITSCHARD, Motifs et buts de la nouvelle version de la 11e révision de l'AVS, in: Sécurité Sociale [CHSS] 2/2006 p. 73). Le deuxième projet, conçu sous la forme de deux messages distincts (FF 2006 1917 et 2019), a été enterré suite au rejet du Conseil national le 1er octobre 2010 (BO 2010 N 1672). A la suite de cet échec, le Conseil fédéral a très rapidement soumis au Parlement un projet relatif aux mesures incontestées de la révision manquée, ayant trait à la mise en œuvre de l'AVS (MCF du 3 décembre 2010 FF 2011 519). Adoptées par les deux Conseils le 17 juin 2011 (BO 2011 N 1294 et BO 2011 E 712), ces nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er janvier 2012 (RO 2011 4745).

Ainsi, du point de vue de l'AVS, l'âge de la retraite est toujours le même depuis la 10e révision de l'AVS, à savoir 65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes (art. 21 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS, RS 831.10]). Le Parlement n'a pas retenu de modèles de retraite à la carte (cf. MARTIN KAISER-FERRARI/SIBEL OEZEN, Quelle suite faut-il donner à la réforme de l'AVS?, in: La Vie économique 1/2-2011 p. 14), les possibilités de flexibilité sont également toujours celles introduites par la 10e révision de l'AVS. Le droit en vigueur permet la perception d'une rente anticipée de deux ans ou un

ajournement de cinq ans. La rente anticipée est soumise à une réduction actuarielle, celle qui est différée est majorée selon le même principe (art. 39 et 40 LAVS en relation avec 55$^{bis}$ et 56 RAVS).

**5.2.** Dans la LPP, le droit aux prestations vieillesse naît lorsque l'assuré atteint l'âge ordinaire de la retraite, sans qu'il soit nécessaire de cesser toute activité lucrative (art. 13 al. 1 LPP). Malgré la teneur du texte légal régissant l'âge ordinaire de la retraite des femmes (62 ans, art. 13 al. 1 let. b LPP), cet âge correspond en réalité à celui de l'AVS (64 ans, cf. art. 62a OPP2 édicté sur la base de la let. e des dispositions transitoires de la 1$^{ère}$ révision de la LPP). En dérogation à ce principe, les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance peuvent prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin (cf. art. 13 al. 2 LPP). Dans cette hypothèse, seule est visée l'activité lucrative sur laquelle repose le rapport d'assurance avec l'institution de prévoyance, l'assuré n'ayant pas à renoncer à toute autre activité lucrative (cf. art. 2 al. 1$^{bis}$ de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage [LFLP, RS 831.42], ATF 138 V 227 consid. 5.2.1, ATF 120 V 306 consid. 4b; cf. aussi ATF 126 V 89 consid. 5, ATF 129 V 381 consid. 4; THOMAS FLÜCKIGER, in: Commentaire LPP et LFLP, 2010, n° 15 ad art. 13 LPP; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, BVG Kommentar, 2009, n° 4 ad art. 13 LPP). Autrement dit, si le règlement de l'institution de prévoyance ne prévoit rien, l'assuré touche sa rente de vieillesse dès qu'il a atteint l'âge prévu par l'art. 13 al. 1 LPP et ce, quand bien même il poursuivrait une activité lucrative dans la même place ou dans une autre (arrêt du Tribunal fédéral 2C_538/2009 du 19 août 2010 consid. 6.1.1). L'art. 13 al. 2 LPP permet à l'institution de prévoyance non seulement de différer le versement de prestations de vieillesse à l'assuré qui a atteint l'âge déterminant pour les recevoir, jusqu'à ce qu'il ait effectivement cessé son activité lucrative (mais au plus tard jusqu'à l'âge de 70 ans, cf. art. 33b LPP), mais encore et inversement d'envisager un cas de prévoyance à partir d'un âge inférieur, à condition que l'assuré ait renoncé à exercer une activité lucrative (CHRISTIAN WENGER, Probleme rund die vorzeitige Pensionierung in der beruflichen Vorsorge, Zurich 2009, p. 53). Ainsi, la LPP ne prévoyant aucun droit légal à une retraite anticipée, la perception de prestations de vieillesse avant l'âge ordinaire dépend donc de la réglementation en vigueur dans l'institution de prévoyance (cf. ALFRED BLESI, Vorzeitige Pensionierung - Arbeits- und vorsorgerechtliche Aspekte, p. 135 in: Adrian von Kaenel [éd.], Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zurich 2010, p. 131 à 149). Cette possibilité est toutefois limitée par l'art. 1*i* OPP2 (ATF 138 V 227 consid. 5.2.1, arrêt du Tribunal fédéral 2C_538/2009 du 19 août 2010 consid. 6.1.1).

En l'espèce, la recourante a fixé l'âge de la retraite anticipée dans les art. 24 al. 1 let. b et 50 (disposition transitoire) de son règlement. Ces dispositions règlementaires constituent l'objet du présent litige. En ce qui concerne ces dispositions, il convient de rappeler que leur interprétation, pour ce qui est de la prévoyance étendue, s'effectue selon les principes régissant l'interprétation des contrats (cf. ATF 131 V 27 consid. 2.2, ATF 122 V 142 consid. 4.c), alors que les éléments de prévoyance étendue de droit public s'examinent selon les règles d'interprétation de la loi, c'est à dire du texte légal sur lequel repose le rapport de prévoyance (THOMAS GÄCHTER/KASPAR SANER, in: Commentaire LPP et LFLP, 2010, ad. art. 49 ch. 26).

**6.**

**6.1.** Dans un premier grief qui concerne avant tout la disposition transitoire de son règlement qui autorise les femmes affiliées avant le 1er janvier 1993 à prendre une retraite dès 55 ans, la recourante soutient que l'art. 1*i* OPP2 ne vise que la retraite anticipée mais pas l'âge de la retraite ordinaire réglementaire, à savoir celle sans réduction actuarielle, au motif que le Conseil fédéral ne disposait pas de compétence pour ce faire. En effet, l'art. 13 LPP relatif à l'âge ordinaire (légal) de la retraite ne figure pas dans le catalogue concernant la prévoyance étendue de l'art. 49 al. 2 LPP qui ne renvoie sur cette question qu'à l'art. 1 LPP, lequel donne la possibilité au Conseil fédéral de fixer un âge minimal pour la retraite *anticipée*. La recourante en déduit que seul l'âge minimal de la retraite *anticipée* a été déclaré obligatoire pour la prévoyance étendue et non l'âge de la retraite ordinaire qui relèverait de la liberté des partenaires sociaux et de l'autonomie des institutions de prévoyance. Selon elle, la retraite prise avant l'âge ordinaire fixé par l'art. 13 LPP qui implique une réduction des prestations devrait être qualifiée de retraite anticipée, alors que la retraite qui permet le versement de prestations complètes avant l'âge légal serait une retraite réglementaire ordinaire pour laquelle aucun âge limite ne saurait être fixé.

**6.2.**

**6.2.1.** La thèse de la recourante se fonde sur la distinction entre retraite anticipée (perçue avant l'âge légal de la retraite et subissant une réduction actuarielle) et retraite réglementaire ordinaire (entière, sans réduction, perçue avant l'âge légal de la retraite). Cette thèse se base sur un avis de droit concernant les fonctionnaires de police et de la prison du canton de Genève, rédigé en septembre 2005 par le Prof. AUER, lequel

soutient cette distinction sans la motiver plus avant, si ce n'est par l'absence de renvoi à l'art. 49 al. 2 LPP à l'art. 13 LPP (avis de droit AUER, ch. marg 35 p. 12), renvoi qui serait nécessaire selon lui pour habiliter le Conseil fédéral à fixer une limite à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite dans la prévoyance étendue.

**6.2.2.** Cette thèse ne résiste pas à l'examen. Il est vrai que la LPP ne définit pas la notion de retraite anticipée. En revanche, en fixant la retraite ordinaire au même âge que celui prévu par l'AVS, elle en circonscrit la notion. La retraite est une prestation de vieillesse qui consiste en la survenance d'un cas d'assurance lié à l'âge. L'âge qui donne naissance à ce droit peut être anticipé par dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance (art. 13 al. 2 1ère phrase LPP), on parle alors de retraite anticipée. Les prestations alors versées peuvent relever du *régime obligatoire*, pour autant que le taux de conversion de l'art. 14 LPP soit adapté en conséquence (cf. art. 13 al. 2 2e phrase LPP; THOMAS FLÜCKIGER, in: Commentaire LPP et LFLP, 2010, ad. art. 13 ch. 16; ATF 133 V 575 consid. 6.1 et 6.2). Toutefois, l'art. 13 LPP ne figurant pas au catalogue de l'art. 49 LPP, il n'y a aucune obligation pour les institutions de prévoyance pratiquant le *régime étendu* de prévoir une réduction du taux de conversion pour la retraite anticipée (JURG BRECHBÜHL, Der Übergang vom Erwersleben in den Ruhestand, in BVG-Tagung 2007, p. 74).

**6.2.3.** Ainsi, l'absence de renvoi à l'art. 13 LPP signifie simplement que dans le domaine du *régime étendu*, les institutions de prévoyance sont libres de prévoir un autre âge ordinaire de la retraite que l'âge légal (cf. HERMANN WALSER, Weitergehende berufliche Vorsorge, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2ème éd., Bâle/Genève/Munich 2007, ch. marg. 87 p. 2115). Dans le cas d'un âge inférieure, elles peuvent *ou non* prévoir une réduction de leur taux de conversion (alors que pour le *régime obligatoire*, elles y sont contraintes) mais sont limitées par l'âge inférieur de 58 ans. Elles sont également libres de ne pas exiger la cessation de l'activité pour le versement des prestations relevant du *régime étendu.*

Ceci dit, ce n'est pas parce qu'une institution de prévoyance ne prévoit pas de réduction que la totalité de la rente due doit être qualifiée de prestation du *régime étendu* (ATF 133 V 575 consid. 6.1 et 6.2). Il faudra, sur la base du compte-témoin (Schattenrechnung), examiner dans chaque cas concret de prévoyance pour quelle prestation il faut appliquer quel taux de conversion (BRECHBÜHL, op.cit., p. 75). Dans le *régime obligatoire*, l'institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibi-

lité pour les assurés d'effectuer des rachats supplémentaires, en sus du rachat de la totalité des prestations réglementaires au sens de l'art. 9 al. 2, LFLP, dans le but de compenser totalement ou partiellement la réduction des prestations de vieillesse en cas de versement anticipé (art.1b al. 1 OPP2).

**6.2.4.** Ainsi, la retraite est anticipée par rapport à un âge et non parce qu'elle subit une réduction. Dans ce système, le renvoi à l'art. 1 al. 3 LPP figurant à l'art. 49 al. 2 ch. 1 LPP habilite le Conseil fédéral à fixer un âge minimum en dessous duquel, aucune prestation de la prévoyance professionnelle ne peut être versée. C'est également l'avis de la doctrine qui expose que l'âge minimal de la retraite s'applique à toutes les prestations de prévoyance professionnelle versées avant l'âge légal de la retraite.

**6.3.** Selon BRECHBÜHL, l'âge minimal de l'art. 1*i* OPP2 est valable tant pour la retraite réglementaire fixe ("reglementarisches festes Rücktrittsalter") que pour la retraite anticipée flexible ("flexible Vorpensionerung"; BRECHBÜHL, op.cit., p. 75). C'est également l'avis de KIESER qui écrit "Die Grenze des 58 Altersjahres gilt sowohl für das (allfällige) ordentliche reglementarische Rentenalter wie auch den frühestmöglichen Vorbezug der Altersleistungen" (UELI KIESER, Vorzeitige Pensionierung, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer [Edit.], BVG-Tagung 2006, St-Gall, p.27) et de FLÜCKIGER "Cette limite [des 58 ans] s'applique aussi bien à l'âge ordinaire réglementaire de la retraite qu'à la perception anticipée au maximum des prestations de vieillesse" (in: Commentaire LPP et LFLP, 2010, ad art. 13 ch 17). Quant à WALSER, il écrit "ein Mindesalter für den Altersrücktritt" (WALSER, op. cit., ch. marg. 29 p. 2102). Cet auteur relève également "Im weitergehenden Vorsorgebereich sind die Vorsorgeeinrichtungen frei zu bestimmen, wann der Anspruch auf Altersleistungen entsteht. Bezüglich der Pensionierungensgrenze sind sie nicht an die gesetzlichen Rentenalter von Art. 13 BVG i.V.m. Art. 62 a BVV2 gebunden. Damit besteht insbesondete Raum, ein flexibles Rentenalter einzuführen und Regelungen bezüglich einer gegebenfalls auch stufenweise möglichen vorzeitigen Pensionierung zu treffen. In der Praxis sind hier sehr mannigfaltige Modelle anzutreffen. *Zu beachten ist indessen die Schranke von Art. 1i BVV2, wonach die Reglemente den Altersrücktritt grundsätzlich frühestens ab dem 58. Altersjahr vorsehen können*." (WALSER, op. cit., ch. marg. 87 p. 2115).

Les institutions peuvent donc choisir un âge pour ce versement anticipé, entre l'âge ordinaire de l'art. 13 al. 1 LPP et l'âge minimal fixé par le Conseil fédéral.

**L'art. 50 du règlement d'application de la CPCL**

**7.**

**7.1.** L'âge obligatoire de la retraite selon l'art. 25 du règlement d'application de la recourante est de 65 ans révolus pour les assurés de la catégorie A et de 60 ans révolus pour les assurés de la catégorie B. Ce n'est que moyennant une réduction actuarielle de leur pension que les assurés de la catégorie A peuvent avancer leur retraite à 60 ans et ceux de la catégorie B à 55 ans (art. 24 du règlement). Ce n'était pas le cas avant la réforme des statuts de 2000. En effet, la retraite anticipée était appelée "retraite facultative" et elle n'entraînait pas de pénalité actuarielle (cf. art. 28 des statuts du 11 mars 1975, état au 1er janvier 1995). Au moment de la révision de 2000, la catégorie "retraite facultative" subsistait encore dès 62 ans pour les assurés de la catégorie A et dès 57 ans pour la catégorie B (art. 24 du règlement d'application du 5 avril 2000). Ce n'est qu'avec la modification en janvier 2005 du règlement d'application qu'une réduction fut imposée à tous les assurés partant avant l'âge obligatoire de la retraite.

**7.2.** Avant cela, selon les statuts de la CPCL de 1949 (art. 42 et 45), les femmes assurées avaient la possibilité, sans réduction actuarielle, de prendre leur retraite dès 55 ans et les hommes dès 60 ans, avec un supplément temporaire (une rente pont-AVS) jusqu'à l'âge de l'AVS qui était à cette époque de 65 ans tant pour l'homme que pour la femme; une rente de couple AVS était toutefois octroyée lorsque le mari atteignait l'âge de la retraite et que la femme avait 60 ans au moins (FF 1946 II 353ss, 551). Les statuts modifiés le 11 mars 1975 (avec entrée en vigueur le 1er janvier 1975) ont introduit un âge obligatoire de la retraite à 65 ans pour les hommes de la catégorie A, 60 ans pour les hommes de la catégorie B et 60 ans pour les femmes (art. 30) et la retraite facultative, sans réduction actuarielle et avec rente-pont AVS, à 55 ans pour les femmes, 60 ans pour les hommes de la catégorie A et 55 ans pour les hommes de la catégorie B (art. 29 et 48). L'harmonisation des âges de la retraite a aligné dès janvier 1993 les conditions des femmes sur celles des hommes. Pour des raisons politiques, la recourante a alors garanti le droit à la retraite à 55 ans pour toutes les femmes affiliées au 31 décembre 1992. Dès lors, des dispositions transitoires donnent la possibilité aux assurées affiliées avant le 1er janvier 1993 de prendre leur retraite dès 55 ans révolus. Si elles font usage de cette possibilité, elles peuvent prétendre à une rente pont-AVS entre 55 ans et 59 ans et 11 mois qui s'élève à 75% du maximum de la rente AVS. En revanche, si elles ne profitaient pas de cette fa-

culté, elles étaient soumises au même régime que les autres assurés si elles prenaient une retraite anticipée après 59 ans et 11 mois (cf. art. 50 al. 3 du règlement d'application).

**7.3.** Les prestations versées aux assurées ayant choisi de prendre la retraite à 55 ans sont donc forcément de double nature, obligatoire et surobligatoire. Grâce à la partie étendue de la prévoyance, elles peuvent bénéficier d'une rente qui non seulement ne subit aucune réduction actuarielle mais en plus d'une rente pont-AVS avantageuse. Il faudrait examiner le compte témoin (cf. consid. 3.1.) de chaque assurée pour distinguer quelle part est du ressort de quelle couverture de prévoyance. En effet, si l'on suivait le raisonnement de la recourante et que l'on admettait que l'âge minimal de la retraite fixé par le Conseil fédéral par délégation ne concernait que la retraite prise avant l'âge légal ou règlementaire subissant une réduction actuarielle, les assurées de la recourante ne recevraient à 55 ans que les prestations du *régime étendu* mais pas les prestations minimales LPP, lesquelles ne peuvent être perçues qu'à 58 ans, et encore, moyennant une réduction.

Effectivement, selon la loi (art. 13 al. 2 2ème phrase LPP), la retraite anticipée du régime obligatoire *doit* subir une réduction actuarielle, si elle n'en subit pas c'est en quelque sorte grâce au régime surobligatoire (cf consid. 6.2), outre les cas où l'assuré aurait procédé à des rachats supplémentaires comme le permet l'art. 1b al. 1 OPP2 (cf. consid. 6.2.3). Ainsi, toujours si l'on accordait crédit à la recourante, l'âge minimal de la retraite à 58 ans serait applicable à la partie obligatoire mais pas à la partie surobligatoire et les prestations ressortant à la couverture minimale légale ne devraient pas être versées avant 58 ans et après cet âge, que pour autant que le règlement le prévoie. Autrement dit, l'âge réglementaire ordinaire de la retraite (qui ne serait pas compris dans l'art. 1 al. 3 2ème phrase LPP) pourrait donc précéder l'âge minimal de la retraite anticipée (seul à être touché par l'art. 1 al. 3 2ème phrase LPP). L'argumentation de la recourante aboutit à un résultat intenable, difficilement voulu par le législateur fédéral.

**7.4.**

**7.4.1.** Savoir si cet âge minimal de 58 ans est pertinent d'un point de vue social, démographique et économique n'est pas du ressort de la Cour de céans. Le Tribunal administratif fédéral est donc d'avis, avec la doctrine citée (cf. consid. 6.2), que l'âge minimal de la retraite prévu à l'art. 1*i* OPP2 s'applique à toutes les prestations vieillesse servies au titre de la

prévoyance professionnelle obligatoire ou/et étendue. Il s'agit du premier âge de retraite possible, un âge inférieur étant toléré dans les cas prévus par l'art. 1*i* al. 2 OPP2 (cf. également HANS-ULRICH STAUFFER, Les pièges du départ anticipé à la retraite, in: Prévoyance professionnelle Suisse 10/09 p. 37). Passé le délai transitoire de 5 ans, il n'y a pas de place pour des dérogations, hormis celles prévues par la loi elle-même. Cette interprétation trouve également confirmation dans le projet initial de modification de l'OPP2 mis en consultation par le Conseil fédéral en janvier 2005 (<http://www.bsv.admin.ch> >documentation > informations destinées aux médias > communiqués de presse jusqu'en 2005 > archives > prévoyance professionnelle > 12.01.2005, consulté le 15 mars 2012) qui avait la teneur suivante et qui n'est pas entré en vigueur tel quel pour les raisons exposées plus avant (consid. 9.1.2):

> "Section 6 Âge minimum de la retraite anticipée
> (art. 1, al. 3, LPP)
>
> Art. 1h (nouveau)
>
> Les plans de prévoyance ne peuvent pas prévoir d'âge de retraite anticipée inférieur à 60 ans révolus dans la prévoyance surobligatoire et dans la prévoyance assurant une couverture plus étendue que la couverture minimale. Des exceptions en vertu de dispositions de droit public ou en vertu de droits acquis jusqu'à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sont possibles."

Lors de la consultation, si l'âge minimal proposé a été contesté, la compétence du Conseil fédéral de fixer un tel âge également dans le domaine de la retraite réglementaire ordinaire n'a pas été discutée (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 83 du 16 juin 2005, p. 42 et 43). La plupart des opposants proposaient 55 ans pour laisser une marge dans la liberté contractuelle des partenaires sociaux. Ce n'est pas la solution qui a été retenue.

**7.4.2.** Il sied dans ce contexte de préciser que le but de la prévoyance est également défini à l'art. 1 LPP (auquel renvoie l'art. 49 al. 2 ch. 1 LPP). La prévoyance professionnelle vise à maintenir de manière appropriée le niveau de vie des personnes assurées lors de la réalisation d'un cas d'assurance vieillesse, décès ou invalidité. Les institutions de prévoyance peuvent permettre à leurs assurés qui auraient déjà comblé la totalité de leurs lacunes de prestations passées de se livrer à des rachats, entièrement déductibles de leur revenu imposable, pour couvrir le déficit à venir en cas de retraite anticipée. Cet avantage fiscal est destiné à favoriser la prévoyance définie à l'art. 1 LPP et non à permettre le versement de prestations à un âge qui ne peut objectivement correspondre à la retraite

(cf. dans ce sens, WENGER, op. cit., p. 55; ERIKA SCHNYDER, La retraite anticipée et le deuxième pilier, in: Sécurité sociale [CHSS] 4/1995 p. 204). La prévoyance professionnelle se distingue ainsi de la prévoyance individuelle (3ème pilier) qui elle peut prévoir un plan d'épargne pure. Dans sa pratique antérieure, l'OFAS tolérait dans les règlements des institutions de prévoyance sous sa surveillance, une retraite anticipée jusqu'à 5 ans avant l'âge ordinaire de la retraite, soit 60 ans pour les hommes et 57 ans (avant la 10ème révision AVS) pour les femmes (cf. ROLAND A. MÜLLER, Die vorzeitige Pensionierung – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte verschiedener Sozialversicherungsweige, in: Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [RSAS] 1997 p. 337, 344; in: CHSS 4/1995, op. cit., p. 204). La commission "prévoyance" de la Conférence suisse des impôts avait finalement admis, dans les cas ressortant de sa compétence, un âge de retraite minimal de 55 ans, quand bien même dans la réalité tous les cantons n'avaient pas suivi cette pratique. De son côté, l'OFAS avait repoussé sa limite à 57 ans (cf. ERIKA SCHNYDER, Le 3ème volet de la 1ère révision de la LPP, in CHSS 6/2005, p. 344). Cette disparité a été éliminée et cette limite est aujourd'hui fixée pour tous à 58 ans − sous réserve des exceptions de l'art. 1*i* al. 2 OPP2 − pour des raisons de cohérence entre les deux piliers de la prévoyance vieillesse.

**8.** Dans un autre grief, la recourante se plaint d'une violation des droits acquis en invoquant les art. 9 et 26 de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) ainsi que le principe de la non-rétroactivité.

**8.1.** L'art. 62 al. 1 let. a LPP énumère parmi les tâches confiées à l'autorité de surveillance celle de vérifier si les dispositions statutaires et réglementaires des institutions de prévoyance sont conformes aux dispositions légales. Il appartient donc d'abord à l'autorité de surveillance, ensuite à l'autorité de recours, le cas échéant, de procéder à un examen abstrait de la validité d'une disposition réglementaire.

**8.1.1.** Les termes de l'art. 50 al. 1 et 2 du règlement d'application de la recourante intitulé "Garantie des droits acquis" sont les suivants:

> [1]Les assurés de sexe féminin affiliées au sens de l'art. 4 alinéa 1er des statuts avant le 1er janvier 1993 peuvent, sans limite dans le temps, prendre leur retraite dès l'âge de 55 ans révolus.
>
> [2] Le supplément temporaire complet auquel elles peuvent prétendre entre 55 et 59 ans et 11 mois s'élève à 75% du maximum de la rente AVS. En cas d'affiliation partielle, le tableau V (catégorie B) en annexe est applicable.

[3] […]

Or, dans la mesure où l'art. 1*i* OPP2 est également applicable à la prévoyance étendue (cf. consid. 7), que cette disposition offre la possibilité à une catégorie d'assurés de prendre une retraite avant l'âge légal minimal de 58 ans, que les modifications de la législation fédérale s'imposent aux institutions de prévoyance en vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.) − ce que rappelle l'art. 50 al. 3 LPP − l'art. 50 du règlement n'est pas conforme à l'art. 1*i* OPP2; ce d'autant plus que le législateur avait adopté des règles transitoires, ainsi que le dicte le principe de la bonne foi, afin de permettre aux institutions de prévoyance de s'adapter à la nouvelle situation légale (cf. ATF 130 I 26 consid. 8.1) et d'ajuster s'il y a lieu les plans de financement.

**8.1.2.** On peut se demander quel intérêt propre a la recourante au maintien d'une disposition réglementaire devenue contraire au droit étant entendu qu'elle ne peut pas invoquer des droits individuels qui relèveraient en premier lieu des assurés. En effet, l'abrogation de l'art. 50 du règlement ne préjugerait en rien de l'existence de droits dont les assurées pourraient de toute façon demander la protection à titre individuel. Indépendamment de l'issue de la présente procédure, les assurées pourraient soulever ce grief devant le Tribunal cantonal compétent par la voie de l'art. 73 LPP (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_101/2008 du 26 février 2009 consid. 1.2; ATF 128 II 386 consid. 2; ULRICH MEYER/LAURENCE UTTINGER, in: Commentaire LPP et LFLP, 2010, ad art. 74 ch. 20ss; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zurich/Bâle/Genève 2005, chiffre 1638).

Toutefois, la recourante est légitimée à défendre son propre droit à édicter des dispositions réglementaires et à soutenir leur pérennité afin de s'éviter des procédures judiciaires ultérieures de la part de ses assurés Il faut donc examiner dans le cadre du contrôle abstrait des normes si, malgré sa contrariété apparente à l'art. 1*i* OPP2, l'art. 50 du règlement à ne doit pas être préservé en raison du principe de la protection des droits acquis.

**8.2.**

**8.2.1.** A juste titre, la recourante ne se réfère pas à l'art 91 LPP lequel dispose que la LPP ne doit pas porter atteinte aux droits acquis avant son entrée en vigueur. Le Tribunal fédéral a considéré que cette disposition posait une règle de droit intertemporel s'adressant à la génération d'en-

trée du régime de la prévoyance professionnelle. Il en a déduit que le droit aux prestations acquis avant l'entrée en vigueur de la LPP ne pouvait être modifié que dans la mesure où le règlement de l'institution de prévoyance concernée contenait une disposition expresse à ce sujet. En revanche, on ne pouvait y voir un principe général en matière de garantie des droits acquis dans la prévoyance professionnelle (ATF 134 I 23 consid 5.4.3 et les réf. cit.).

**8.2.2.** Selon la jurisprudence, les règlements des institutions de prévoyance de droit public peuvent être modifiés unilatéralement, sans que cette possibilité ne soit réservée dans une disposition 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 pas atteinte à leurs droits acquis (arrêt du Tribunal fédéral 9C_78/2007 du 15 janvier 2008 consid. 5.2). Les prétentions résultant de la prévoyance professionnelle ne deviennent des droits acquis – dont la protection découle aussi bien du principe de la bonne foi (art. 9 Cst.) que de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.; cf. ATF 132 II 485 consid. 9.5, ATF 106 Ia 163 consid. 1b) – que si la loi ou le règlement 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 137 V 105 consid. 7.2). Bénéficient 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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_78/2007 du 15 janvier 2008 consid. 5.2 et les références). Font notamment partie des droits acquis, le droit aux prestations dont les éventualités sont réalisées (ATF 134 I 23 consid. 7.2 et les références). La rente, telle qu'elle a été arrêtée au moment de sa naissance, constitue dès lors un droit acquis (THOMAS GEISER/CHRISTOPH SENTI, in: Commentaire LPP et LFLP, 2010, ad art. 91 ch. 27).

**8.2.3.** Les droits acquis se distinguent cependant de la protection de la situation acquise et des expectatives. Les simples expectatives 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 137 V 105 consid. 7.2, ATF 117 V 229 consid. 5b); ce ne sont que des "droits possibles", dont l'éventualité ne s'est pas encore concrétisée (cf. UELI KIESER, Besitzstand, Anwartschaf-

ten und wohlerworbene Rechte in der beruflichen Vorsorge, in: Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle [RSAS] 43/1999 p. 290ss, 295). La protection de la situation acquise couvre des droits prévus sous l'ancienne réglementation, qui n'ont plus d'équivalence dans la nouvelle mais que celle-ci protège expressément, alors que les droits acquis ne peuvent pas même être touchés par la nouvelle réglementation pour autant que l'ancienne le prévoit expressément (cf. KIESER, op. cit., p. 294 et 296).

**8.3.** Afin d'établir si l'art. 50 du règlement consacre un droit acquis en faveur d'une catégorie de femmes, il est utile de retracer l'historique de cette disposition.

**8.3.1.** La possibilité pour les femmes de prendre une retraite à 55 ans existait déjà en 1949. La modification des statuts du 15 septembre 1992, entrée en vigueur le 1er janvier 1993, a notamment unifié à la hausse l'âge d'accès à la retraite pour les hommes et les femmes et supprimé cette option (cf. consid. 7.2). Il n'existait plus dès lors qu'une distinction entre assurés de la catégorie A et assurés de la catégorie B. La mesure à l'égard des femmes était qualifiée de "dure" (cf. Bulletin du Conseil communal [BCC], préavis n° 159 du 10 avril 1992). Le Conseil communal a alors approuvé l'introduction de l'art. 53 al. 1 et 2 dans les statuts de la CPCL, garantissant un droit de partir à la retraite dès 55 ans aux mêmes conditions que celles en vigueur au 31 décembre 1992 à toutes les femmes déjà présentes dans la caisse à cette date. Il ressort des discussions au Conseil communal que le relèvement de l'âge de la retraite des femmes a été accepté en grande partie grâce à la disposition sur la garantie des droits acquis (cf. BCC, séance du 15 septembre 1992, p. 179). Cette décision de maintenir le droit à la retraite à 55 ans pour une catégorie des assurées, de l'aveu même de la recourante, avait été prise pour des raisons politiques et rien n'indique que ce privilège ait été financé. Toutefois la jurisprudence ne fait pas de la planification (ni du financement) une condition à la reconnaissance de droits acquis.

La modification des statuts en 1994 (entrée en vigueur en 1995) était purement technique (cf. BCC, séance n° 4/1 du 7 mars 1995, p. 462) et concernait des changements induits par l'entrée en vigueur de la LFLP et de la loi fédérale sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (RO 1994 2386).

La CPCL affichant un taux de couverture insuffisant, la révision de 2000 avait principalement pour but la mise en œuvre d'un premier train de me-

sures d'assainissement. Cette modification des statuts a provoqué le partage de ceux-ci en statuts-cadre et en règlement d'application (cf. BCC, séance n°5/1 du 4 avril 2000, p. 356-395). L'objectif d'un taux de couverture égal à 60% a été introduit à l'art. 7 des statuts. La suppression de l'indexation automatique des pensions, la réduction de la durée de versement du supplément temporaire (pont AVS), l'augmentation du montant de la déduction de coordination et une réduction actuarielle pour départ anticipé ont été inscrits dans le nouveau règlement. Dans son préavis n° 123 du 6 janvier 2000, la Municipalité précisait en introduction que la réduction pour départ anticipé ne s'appliquera pas aux femmes affiliées avant le 1er janvier 1993 pour autant toutefois qu'elles prennent leur retraite avant 59 ans et 11 mois au plus tard. Dans le commentaire des articles modifiés lors de cette révision, il était encore précisé que cette garantie se limite à l'âge à laquelle ces assurées peuvent prendre leur retraite. La substance de l'art. 53 des statuts concernant ce droit a été reprise dans les dispositions transitoires du règlement d'application et a dès lors la teneur précitée sous le titre "Garantie des droits acquis". Lors des échanges entre la CPCL et l'autorité de surveillance au sujet de l'introduction de ces mesures d'assainissement, l'autorité de surveillance a rappelé que le conseil d'administration de la caisse devra faire attester du respect des droits acquis des assurés et que la détermination de l'expert de la caisse de pension sera alors nécessaire (cf. lettre du 17 décembre 1999). Ce qui fut fait le 10 mai 2000 par l'expert agréé de la CPCL, la société Prasa Hewitt, qui atteste que le principe des droits acquis pour la génération d'entrée a été respecté par des dispositions transitoires particulières et de citer l'art. 50 du règlement d'application. Compte tenu de cette attestation, l'autorité de surveillance communique son accord avec la nouvelle réglementation, par courrier du 22 mai 2000.

Le seuil statutaire de 60% n'étant pas atteint, l'état financier de la CPCL a nécessité en 2004 (avec entrée en vigueur au 1er janvier 2005) d'autres mesures d'assainissement: augmentation progressive des cotisations (figurant dans les statuts et soumise à l'approbation du Conseil communal, cf. BCC, séance n° 8/1 du 31 août 2004, p. 786-809); réduction du taux annuel des pensions sans effet rétroactif; augmentation de l'âge de référence pour le départ en retraite anticipé (suppression de la retraite facultative sans réduction) et nouvelle réduction actuarielle pour départ anticipé ainsi que réduction progressive du supplément temporaire. Ces dernières mesures qui touchent le règlement d'application ont été décidées par le Conseil d'administration dans sa séance du 27 février 2004 (et formellement adoptées lors de la séance du 30 septembre 2004). Dans le procès-verbal de sa séance, le maintien du statu quo en faveur

des femmes affiliées avant le 1er janvier 1993 est spécifié. Examinant ces nouveaux documents, l'autorité de surveillance, par lettre du 3 décembre 2004, a affirmé n'avoir aucune remarque à formuler par rapport à la législation actuelle.

Les modifications du règlement d'application en vigueur depuis le 1er janvier 2007 ne concernaient que des adaptations mineures induites par l'introduction au niveau fédéral du partenariat enregistré.

Un nouveau plan d'assainissement impliquant une recapitalisation de la CPCL a été proposé par la Municipalité fin 2008 (préavis n° 2008/59 du 12 décembre 2008; cf. BCC, séance n° 18 du 9 juin 2009, p. 907-989; BCC séance n° 19/1 et 19/2 du 23 juin 2009, p. 1014-1044). L'acceptation de ce préavis (après amendement par le Conseil communal) a été suivi d'une modification du règlement d'application, notamment l'ajout d'un al. 5 à l'art. 19 qui traite de la réduction du traitement assuré alors que l'al. 4 est complété par la phrase suivante "les droits acquis au sens des art. 50 et suivants sont maintenus." L'art. 50 n'a subi aucune modification à cette occasion.

**8.3.2.** Il ressort de cet historique qu'au moment de son introduction en 1993, l'art. 50 du règlement (alors art. 53 des statuts) n'était pas en contradiction avec le droit fédéral en vigueur qui n'imposait pas encore d'âge minimal pour la retraite. Cette disposition a été maintenue lors des modifications ultérieures des statuts et du règlement d'application. Sa nature juridique a évolué au fil du temps (pour une situation similaire au niveau fédéral, cf. JAAC 68.85 consid. 13):

– jusqu'au 1er janvier 1993, il s'agissait d'une pure expectative qui ne présentait ni les caractéristiques de droits acquis, ni celle de la protection d'une situation acquise. En conséquence, elle pouvait être modifiée à tout moment, moyennant éventuellement une période transitoire;

– dans le cadre de la modification des statuts en 1993, le Conseil communal a décidé de garantir, sans limite dans le temps, le droit de toutes les femmes affiliées avant cette date de prendre leur retraite dès l'âge de 55 ans révolus. Cette faculté qui existait dans la réglementation antérieure est supprimée dans la nouvelle (du moins pour les assurées de la catégorie A) qui préserve toutefois expressément ce droit pour une catégorie d'assurée et s'apparente ainsi à une protection de la situation acquise;

- cette disposition transitoire des statuts a été reprise en 2000 dans le nouveau règlement d'application de la CPCL Dans le message qui accompagne ce projet de révision, il est encore précisé que la réduction actuarielle pour départ anticipée nouvellement introduite ne s'appliquera pas aux femmes affiliés avant le 1er janvier 1993 pour autant qu'elles prennent leur retraite avant 59 ans et 11 mois. La disposition transitoire est donc confirmée avec la précision que seul l'âge à laquelle ces assurées peuvent prétendre à une retraite est garanti;

- le maintien du status quo en faveur des femmes affiliées avant le 1er janvier 1993 est encore une fois affirmé par le Conseil d'administration lorsqu'il fut décidé en 2004 que tout départ avant l'âge obligatoire de la retraite subirait une réduction actuarielle;

- finalement lors de la révision de 2009, il a encore été réaffirmé que les droits acquis au sens des art. 50 et suivants étaient maintenus.

Ainsi à trois reprises après leur introduction en 1993, la garantie pour les femmes assurées avant cette date a été confirmée. Portant le titre marginal de "Garantie des droits acquis", elle précise que le droit dont il est question est reconnu "sans limite dans le temps" à une catégorie spécifique d'assurées dont elle circonscrit le cercle. Aujourd'hui, l'art. 50 du règlement fixe une situation particulière, la soustrait à d'ultérieures modifications légales (= sans limite dans le temps) et possède les caractéristiques de droits acquis protégés par l'art. 9 Cst. En effet, la répétition successive pendant près de 20 ans de la volonté de maintenir cette disposition transitoire s'apparente à une promesse qu'elle ne sera pas modifiée à l'avenir.

Cette promesse est renforcée par le fait que, par courrier à l'entête de la CPCL du 5 octobre 1992 signé par la présidente du Conseil d'administration également syndique de la Ville et par le secrétaire, la recourante a communiqué à ses assurés l'essentiel de la révision partielle des statuts en précisant "Les femmes affiliés avant le 1er janvier 1993 sont au bénéfice des droits acquis; elles gardent ainsi la possibilité de prendre leur retraite dès 55 ans si elles le désirent".

Cette faculté a été rappelée lors de la communication explicative aux assurées de juillet 1995 accompagnant la première fiche d'assurance produite par un nouveau logiciel : "Nous vous rappelons à cette occasion que les femmes assurées avant le 1er janvier 1993 conservent la possibilité de prendre une retraite dès 55 ans."

En février 1996, dans une communication au sujet de la retraite anticipée et du litige qui opposait alors la CPCL et le Conseil communal, il était encore précisé en post-scriptum: "Soucieux de garantir une large diffusion de l'information , nous adressons cette lettre à tous nos assurés bien que certains ne soient pas concernés par son contenu. Il s'agit des femmes affiliés avant le 1er janvier 1993 et des femmes et homme de la catégorie B."

En février 1998, cette faculté était une nouvelle fois mentionnée dans la lettre d'accompagnement de la nouvelle fiche d'assurance.

Lors de la communication individuelle du 10 janvier 2000 informant des mesures d'austérité qui entraient en vigueur le 1er juillet 2000, au point 2 évoquant les réductions viagères pour départ anticipé, il était une nouvelle fois précisé: "Enfin, cette disposition ne s'appliquera pas, par respect des droits acquis en 1993, aux femmes affiliées avant le 1er janvier 1993 pour autant qu'elles prennent leur retraite à 59 ans et 11 mois au plus tard."

Le 9 mars 2004, la CPCL adressait à tous ses actifs une communication au sujet de l'augmentation progressive des cotisations dès janvier 1995 et déclarait. " Enfin, les dispositions transitoires concernant les femmes entrées dans la Caisse avant le 1er janvier 1993 sont confirmées dans leur teneur actuelle."

**8.4.** Si l'autorité de surveillance peut annuler les dispositions réglementaires qui ne sont pas conformes aux prescriptions légales et si son rôle consiste aussi à examiner l'adéquation du texte en cause non seulement avec la LPP et ses dispositions d'exécution mais également avec l'ensemble du droit privé et public (ATF 112 Ia 180 consid. 3b), elle ne peut pas annuler une disposition du règlement garantissant des droits acquis. Il s'en suit que l'art. 50 du règlement d'application en ce qu'il garantit des droits acquis pour les femmes affiliées avant le 1er janvier 1993 bien antérieurement à l'adoption de l'art. 1*i* OPP2 ne peut pas être abrogé et que le recours doit être admis sur ce point et la décision du 11 mai 2010 annulée.

**L'art. 24 al. 1 let. b du règlement d'application de la CPCL**

**9.**
S'agissant de la possibilité pour les assurés appartenant à la catégorie B de prendre une retraite dès 55 ans révolus, la recourante soutient qu'elle

tombe sous l'exception de l'art. 1*i* al. 2 let. b OPP2. La distinction qu'elle a effectuée entre retraite anticipée et retraite réglementaire ordinaire − et que la Cour n'a pas suivie − n'opère plus dans le cas d'espèce puisque pour cette catégorie d'assurés le montant de la rente versé à 55 ans subit une réduction. Ainsi, la recourante justifie la soustraction de cette disposition de son règlement à la limite d'âge de 58 ans par des motifs de sécurité publique.

**9.1.**

**9.1.1.** Le Conseil fédéral a fait usage de la délégation de compétence concernant l'âge minimal de la retraite anticipée dans le cadre de l'entrée en vigueur du 3e paquet de la 1ère révision de la LPP. Le projet de modification de l'OPP2 mis en consultation par le Département fédéral de l'intérieur (DFI) de janvier à mars 2005 (FF 2005 492) prévoyait un âge minimal de 60 ans révolus (cf. consid. 7.4.1).

Dans le commentaire de ce projet, le DFI expliquait qu' "Il est nécessaire de fixer un âge minimal avant lequel il ne peut y avoir de retraite anticipée dans la prévoyance plus étendue et hors-obligatoire. En effet, la prévoyance professionnelle vieillesse vise - par définition - à fournir des prestations de prévoyance lorsque l'assuré aura atteint un âge relativement avancé. Si par exemple, une personne cesse de travailler à l'âge de 40 ans et reçoit une « retraite anticipée », il ne s'agira pas d'un cas de prévoyance vieillesse, de sorte qu'il n'y aura pas d'exonération fiscale. L'âge minimal de 60 ans a été fixé compte tenu de la situation professionnelle actuelle de la majorité des salariés et de l'évolution démographique. […] Lorsque des dispositions de droit public ne permettent pas à des personnes âgées de moins de 60 ans de continuer leur activité professionnelle, des prestations de vieillesse peuvent être versées exceptionnellement avant l'âge fixé par la présente disposition."

**9.1.2.** Lors de la procédure de consultation, la fixation d'un âge minimal à 60 ans n'a reçu l'aval que de 13 des entités consultées (parti politique, canton ou organisation), 28 y étaient opposées alors que 9 prônaient une autre solution (cf. Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 83 du 16 juin 2005, p. 31, 42 et 43). La deuxième phrase du projet a suscité peu de réaction et encore, essentiellement sur le principe des droits acquis, notion qui ne figure plus dans la version en vigueur. Le souhait de pouvoir aménager des solutions les mieux adaptées aux circonstances concrètes émanait de ceux qui critiquaient l'âge minimal fixé à 60 ans. C'est sans doute pour cette raison que le Conseil fédéral a finalement retenu 58 ans

et non 60, permettant ainsi une certaine flexibilité sans sortir du cadre de la prévoyance (cf.SCHNYDER,op. cit. in: CHSS 6/2005, p. 345).

**9.1.3.** S'agissant de l'art. 1*i* al. 2 let. b OPP2 tel que finalement adopté par le Conseil fédéral, l'OFAS explique avoir pris en considération les situations de travailleurs dont la profession ne permet pas de continuer de travailler au-delà d'un certain âge pour des questions de sécurité publique *et qui ne peuvent plus être maintenus au sein de leur emploi* (in: Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 83 du 16 juin 2005, p. 19).

SCHNYDER est d'avis que cette exception réserve les dispositions légales de droit public interdisant à certaines catégories de personnes d'effectuer un travail déterminé au-delà d'un certain âge, pour des raisons de sécurité publique. Cet auteur soutient plus loin que "les enseignants et les agents de la force publique dont la profession ne présente manifestement pas plus de risque qu'une autre ne seront plus privilégiés, à moins qu'une législation cantonale n'en dispose autrement "(op.cit., in CHSS 6/2005 p. 345).

KIESER affirme, se référant à SCHNYDER. "Art. 1i Abs. 2 BBV2 lässt in zwei Tatbeständen einen früheren Altersrücktritt als denjenigen nach dem vollendeten 58. Altersjahr zu. Daneben sollen weitere Ausnahmen zulässig sein, wenn das kantonale Recht Entsprechende vorsieht; zu denken ist beispielsweise an Ordnungskräfte, bei denen die in Art. 1i Abs. 2 BVV2 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, oder an Lehrkräfte". Il donne comme exemple éventuel, pour les exceptions relevant du domaine de la sécurité publique, les travailleurs des transports publics, du transport aérien ou les sapeurs-pompiers (op. cit., p. 28-29).

Or, FLÜCKIGER défend une position quasi inverse en ce qui concerne la compétence cantonale de déroger à la limite de 58 ans. Selon lui, le terme "est *prévu* pour des motifs de sécurité publique" doit être compris comme "étant *prescrit* par des motifs de sécurité publique." Selon cet auteur, en raison de la force dérogatoire du droit fédéral, il est douteux que le droit cantonal puisse prévoir des limites d'âge inférieur pour des catégories d'assurés – par exemple les forces de l'ordre – qui ne tombent pas sous l'al. 2. (op. cit., ad art. 13 ch. 17 p. 275).

C'est très exactement le point de vue de BRECHBÜHL qui estime notamment, en raison de la force dérogatoire du droit fédéral, difficilement conciliable avec l'art. 1*i* al. 2 let. b OPP2, la possibilité pour les fonctionnaires de police du canton de Vaud de prendre leur retraite à 57 ans (op.

cit., p. 80). D'une manière générale, cet auteur ne voit pas au nom de quoi certaines catégories d'employés relevant du droit public bénéficieraient de privilèges dont seraient exclus les employés soumis au droit privé avec la même charge de travail (op. cit., note 62). Selon lui, l'art. 1*i* al. 2 let. b OPP2 concerne "[…] der Situation jener Arbeitnehmer Rechnung getragen, die in Berufen arbeiten, bei denen Weiterarbeit über ein gewisses Alter hinaus zu einem Problem für die öffentliche Sicherheit führen kann und die deshalb nicht mehr in ihrer Anstellung verbleiben können" (op. cit., p. 79). BRECHBÜHL s'interroge sur l'existence de professions tombant actuellement (en 2007) sous cette exception. Il exclut les pilotes de ligne qui est l'exemple type pourtant souvent cité. En effet, la règlementation internationale JAR-FCL prévoit que le pilote âgé de 60 ans à 64 ans ne peut plus effectuer de vols commerciaux sauf s'il est membre d'un équipage multi-pilote et qu'il est le seul à avoir atteint 60 ans. En dérogation à cette réglementation, l'ordonnance du DETEC du 14 avril 1999 sur les titres de vol JAR-FCL pour pilotes d'avion et d'hélicoptère (RS 748.222.2) dispose que les titulaires d'une licence de pilote professionnel peuvent exercer leurs droits au-dessus du territoire suisse jusqu'à la fin de l'année au cours de laquelle ils atteignent l'âge de 65 ans (art. 5 al. 3). Ainsi le premier âge de restriction est 60 ans et non avant 58 ans comme on le lit souvent. BRECHBÜHL enchaîne : "Für Flugverkehrsleiter gilt zwar ein Rentenalter 55, dieses ist aber offensichtlich in einem Vorsorgereglement geregelt. Das Rücktrittsalter der Flugverkehrsleiter ist Gegenstand eines Gesamtarbeitsvertrages und beruht nicht auf einem gesetzlichen Beschäftigungsverbot. Sicher nicht unter die Ausnahmebestimmung fällt die Sonderregelung des Bundes zur Frühpensionierung mit 55 Jahren für bestimmte Berufsoffiziere." Or l'art. 33 al. 4 let. a de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de Confédération (Opers; RS 172.220.111.3) auquel ce réfère la dernière phrase de BRECHBÜHL a justement été modifiée avec effet au 1er juillet 2008 (RO 2007 2871), et cet âge est maintenant porté à 58 ans, en conformité avec l'art. 1*i* OPP2.

D'après WENGER: "Gleichzeitig trägt Art. 1i Abs. 2 lit. b BVV2 der Situation derjenigen Arbeitnehmer Rechnung bei welchen das Verbleiben in ihrer beruflichen Tätigkeit bis zum vollendeten 58. Altersjahr die öffentliche Sicherheit gefährdet und deshalb im Anstellungsverhältnis ein früherer Altersrücktritt vorgesehen ist. Darunter fallen Berufe, die eine spezielle Bewilligung erfordern und bei denen die Bewilligung für Ausübung des Berufs ab einem bestimmten Alter wegen der damit verbundenen Risiken für die Gemeinschaft oder für den Arbeitnehmer (wie z.B. für Feuerwehrleute ?) und den vorgeschriebenen Sicherheitsanforderungen entzogen werden können." (op. cit., p. 57).

**9.2.**

**9.2.1.** Ainsi, la loi a laissé une marge aux partenaires sociaux au sujet de l'âge de la retraite, à partir de 58 ans sans que l'institution de prévoyance doive justifier son choix. Si cet âge précède 58 ans, alors il faut le justifier et seuls deux motifs sont admis: les cas de restructurations d'entreprises et les cas où un âge est prévu dans les rapports de travail pour des motifs de sécurité publique.

Si l'on synthétise la doctrine précitée, pour bénéficier de cette dernière exception, il faudrait (1) une règle de droit public (2) qui limite à certain âge l'exercice d'une profession (3) pour des raisons de sécurité publique (4) que les personnes concernées ne puissent pas être employées à d'autres tâches au sein du service. La question de savoir si la règle de droit public peut être de rang cantonal ou simplement figurer dans une disposition du règlement de l'institution de prévoyance, peut en l'espèce rester ouverte pour la raison suivante.

**9.2.2.** Pour les fonctionnaires de la Commune de Lausanne, la retraite est en principe obligatoire à 65 ans mais à 60 ans pour certaines fonctions (cf. l'art. 73 du règlement pour le personnel de l'administration communal [RPAC]). Ces fonctions correspondent à celles de la catégorie B de la CPCL (cf. Instructions administratives du RPAC [IA-RAPC 73.02]). La différenciation entre assurés affiliés aux conditions générales (catégorie A) et affiliés aux conditions spéciales (catégorie B) a été introduite par les statuts du 11 mars 1975 (art. 6). Depuis, la Municipalité de Lausanne désigne les fonctions auxquelles s'applique la catégorie B, dès 2000, après approbation du Conseil communal (cf. art 4 al. 3 des statuts actuels). Les assurés de cette catégorie (policiers, pompiers professionnels, ambulanciers) *peuvent* prendre leur retraite dès 55 ans moyennant une diminution actuarielle. Pour les membres du corps de police, cette *possibilité* est rappelée à l'art. 24 du règlement du corps de police du 4 décembre 2007.

**9.2.3.** Ainsi que le souligne l'autorité inférieure, il est difficilement concevable qu'une retraite "à la carte" (c'est-à-dire au choix du travailleur à partir d'un certain âge) soit motivée par des raisons de sécurité publique. Celles-ci sont en effet, par essence, *d'ordre impératif* et dictent un arrêt précoce du travail sans laisser en principe de choix au travailleur. Il n'est toutefois pas exclu que de manière individuelle une prolongation de l'activité puisse être négociée pour autant que le règlement de l'institution le prévoit. Dans le cas d'espèce, les motifs de sécurité publique ont sans doute commandé que, pour les fonctions de la catégorie B, le RPAC fixe

l'arrêt *obligatoire* du travail avant l'âge légal de la retraite, à 60 ans, alors que la *possibilité* de prendre la retraite dès 55 ans est plutôt offerte en compensation des contraintes inhérentes à ces fonctions, contraintes subies différemment par les individus, selon, par exemple, le temps durant lequel l'activité en question a été exercée, le lieu, la condition ou le type de travail.

**9.2.4.** On constate d'ailleurs qu'à l'origine, la retraite à 55 ans était réservée (outre aux assurés de sexe féminin) aux "assurés dont la fonction exige un service de jour et de nuit par rotation" et que si ces assurés n'avaient pas effectué toute leur carrière dans une telle fonction, l'âge de la retraite était reculé proportionnellement (art. 42 des statuts du 16 décembre 1949 de la CPCL). Ainsi, historiquement, ce ne sont pas des motifs de sécurité publique qui dictaient l'arrêt du travail à 55 ans – sans quoi tous les employés de cette catégorie quel que soit le nombre d'années travaillé auraient dû arrêter au même âge – mais bien des raisons relevant des contraintes horaire et de la pénibilité.

**9.3.**

**9.3.1.** Il est vrai que l'exigibilité d'une activité lucrative dépend entre autre de l'âge du travailleur. En ce sens, la distinction santé publique/sécurité publique n'est pas dénuée de pertinence quand bien même l'altération de la première peut parfois entraîner des conséquences sur la seconde. Dans le secteur de la construction, il existe plusieurs conventions collectives de travail pour une retraite anticipée (CCT RA) ayant pour but de tenir compte de la sollicitation physique des travailleurs et d'atténuer les maux dus à l'âge qui y sont liés et de permettre au personnel concerné de prendre une retraite anticipée financièrement supportable. De telles CCT RA existent notamment pour les monteurs d'échafaudages, le secteur principal de la construction et le second œuvre. Elles prévoient toutes une retraite anticipée dès 58 ou dès 60 ans. Ce sont des professions qui engendrent des problèmes de santé, sans apparemment d'incidence directe sur la sécurité publique.

**9.3.2.** L'art. 16 du règlement du corps de police précité organise le déplacement au sein de l'administration communale sans perte de salaire d'un policier qui ne pourrait plus exercer son activité en raison d'une inaptitude physique ou psychique consécutive à l'exercice de ses fonctions. Cette solution évite que l'altération de la santé d'un policier porte atteinte à la sécurité publique parce qu'il ne serait plus à même d'assurer les responsabilités liées à sa fonction. S'agissant des sapeurs-pompiers, le règle-

ment du service de secours et d'incendie de la commune de Lausanne (RSSI) du 21 novembre 1995 n'est d'aucun secours à la recourante qui s'y réfère puisque les âges indiqués concernent l'astreinte des pompiers *volontaires*. Toutefois, donnant suite au rapport-préavis de la Municipalité 2010/48 du 6 octobre 2010, le Conseil communal de Lausanne a accepté le 1er février 2011 le principe d'un statut particulier pour les sapeurs-pompiers *professionnels*, largement inspiré de celui du corps de police, avec un art. 17 analogue à l'art. 16 précité (cf. Bulletin du Conseil communal n°10/I du 1er février 2011, p. 130 à 146). S'agissant du départ à la retraite, l'art. 20 dispose simplement que les sapeurs-pompiers professionnels sont affiliés à la Caisse de pensions de la Ville de Lausanne aux conditions spéciales. Il ne semble pas que les ambulanciers bénéficient d'un statut particulier. Ainsi, force est de constater que pour ces trois fonctions, les rapports de travail (cf. art. 1*i* al. 2 let. b OPP2) ne prévoient pas un âge de retraite inférieur à 58 ans pour des motifs de sécurité publique. Cet âge est fixé pour ces motifs à 60 ans, ce qui correspond à la pratique antérieure qui autorisait déjà dans des cas très particuliers une dérogation à la limite d'âge qui était le plus souvent de 5 ans avant l'âge ordinaire (cf. SCHNYDER, op. cit. CHSS 4/1995, p. 205; MÜLLER, op. cit., p. 345)

**9.4.**

**9.4.1.** En ce qui concerne l'exception de l'art. 1*i* al. 2 let. b OPP2, l'avis d'AUER concernant les fonctionnaires de police et de la prison du canton de Genève, produit par la recourante et abondamment cité par elle, ne permet pas d'arriver à une autre solution car il conclut que cette catégorie de fonctionnaires ne saurait se prévaloir de l'exception à la règle des 58 ans (note 54 p. 16). S'agissant des sapeurs-pompiers, on peut encore citer à titre d'exemple le statut du personnel de la Ville de Genève adopté le 29 juin 2010 et entré en vigueur le 31 décembre 2010 qui intègre des dispositions spéciales (art. 108 à 112) pour le personnel en uniforme du Service d'incendie et de secours (SIS). Alors que l'âge de la retraite est normalement à 62 ans (avec possibilité à certaines conditions de poursuivre son activité au-delà ou de prendre une retraite anticipée dès 58 ans), le personnel en uniforme du SIS *doit* cesser son activité à 57 ans révolus, sans possibilité de la poursuivre, ce qui n'est pas le cas du personnel lausannois.

**9.4.2.** Les différents rapports produits par la recourante mettant en exergue des risques accrus pour la santé des sapeurs-pompiers à partir d'un certain âge (notamment celui du BIT qui fait essentiellement état des causes de décès chez les pompiers aux Etats-Unis en 1989 en épinglant

la source de stress de leur activité) ne sont d'aucun secours dans le cas d'espèce. La Cour de céans ne peut se substituer au législateur ou à tout autre organisme compétent pour édicter une disposition qui règlerait les rapports de travail des sapeurs-pompiers ou d'un autre corps de fonctionnaire (sur la compétence des cantons à statuer en la matière cf. consid. 9.2.1).

**10.**

**10.1.** Les griefs de la recourante tirés de la violation du droit d'être entendu du motif pris que l'autorité inférieure n'aurait pas examiné si les fonctions précitées se trouvent sous l'exception de sécurité publique prévu à l'art. 1*i* al. 2 OPP tombent à faux. En effet, les rapports de travail ne prévoyant pas un âge de retraite *obligatoire* inférieur à 58 ans, mais seulement une possibilité de retraite anticipée, l'autorité inférieure n'était pas tenue d'étudier cette question.

**10.2.** Pour cette même raison, le Tribunal ne se prononce pas sur l'absence ou non d'un risque pour la sécurité publique si telle ou telle activité est exercée au-delà d'un certain âge, mais constate néanmoins qu'aucune disposition réglant les rapports de travail des corps de fonctionnaires concernés n'imposent une cessation de l'activité avant 58 ans pour ce motif. En effet l'art. 24 du règlement, dont la teneur au moment de la décision litigieuse était la suivante:

> "Art. 24 retraite anticipée
>
> [1]Moyennant réduction actuarielle de leur pension, ont droit de prendre une retraite anticipée:
>
> a) les assurés de la catégorie A, dès l'âge de 60 ans révolus;
> b) les assurés de la catégorie B, dès l'âge de 55 ans révolus.
>
> [2]Dès l'âge de la retraite anticipée, il n'est plus versé de prestation de libre passage, sous réserve de l'article 2 alinéa 1bis LFLP."

ne fait aucunement référence à des motifs de sécurité publique, pas plus que les statuts. En effet, l'art 4 al. 2 de ces derniers fait mention de deux catégories d'assurés: ceux affiliés aux conditions générales (catégorie A) et ceux affiliés aux conditions spéciales (catégorie B). L'art. 4 al. 3 des statuts donne compétence à la Municipalité de désigner les fonctions de la catégorie B, après approbation par le Conseil communal (cf. consid. 9.2.1). Rien n'indique qu'elle doit opérer son choix pour des motifs de sécurité publique. Au demeurant, en 2000, figuraient également dans cette

catégorie les directeurs de colonie de vacances et l'administrateur du Centre pour adolescents de Valmont (cf. pce 2 recourant).

**10.3.** La solution adoptée par la recourante est donc contraire à l'art. 1*i* OPP2. La question de savoir si l'art. 43 de la loi cantonale sur la caisse de pension du canton de Vaud – à laquelle se réfère la recourante – est compatible avec l'art. 1*i* OPP2 fait l'objet d'une procédure dans une autre affaire et n'est pas tranchée en l'espèce.

Ainsi, la Cour n'examinera pas non plus les griefs tirés de l'autonomie communale et de l'art. 6 LPPCi qui laisse le soin aux cantons de régler l'instruction et la conduite de la protection de la population.

**11.**
En conséquence, le recours qui concerne l'art. 24 al. 1 let. b du règlement d'application doit être rejeté et la décision de l'autorité inférieure du 11 mai 2010 confirmée.

**12.**

**12.1.** Selon l'art. 63 al. 1 PA, en règle générale les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits. En l'espèce des frais réduits sont mis à la charge de la recourante par 3'000 francs et sont compensés par l'avance effectuée de 6'000 francs. Le solde lui sera restitué sur le compte bancaire qu'elle aura désigné, une fois le présent arrêt entré en force.

**12.2.** En vertu de l'art. 64 al. 1 PA et 7 règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant obtenu partiellement ou entièrement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. A ce sujet le Tribunal fédéral a cependant considéré que les institutions et assureurs en matière de prévoyance professionnelle en application de la LPP n'avaient en principe pas de prétention à des dépens de partie (ATF 126 V 143 consid. 4 et ATF 128 V 124 consid. 5b), ce en référence au principe de la gratuité de la procédure prévu par l'art. 73 al. 2 LPP dont le but est de permettre aux assurés de faire valoir leurs droits et prétentions à des prestations de l'assurance sociale contre un assureur chargé de tâches de droit public sans devoir prendre en compte le risque, en cas de perte du procès, de devoir payer d'importants dépens à l'assureur. A défaut la gratuité prévue serait vidée

de son sens (ATF 126 V 143 consid. 4). Dans le cas présent il ne s'agit cependant pas d'une procédure par principe gratuite selon l'art. 73 al. 2 LPP, mais d'une procédure onéreuse selon l'art. 74 LPP. En l'espèce la recourante n'étant pas une personne individuelle, ou autrement dit un assuré, mais une institution de prévoyance, on ne peut pas appliquer la *ratio legis* de l'art. 73 al. 2 LPP (cf. dans le sens d'une allocation de dépens: arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6590/2010 du 2 janvier 2013 consid. 8.2 et arrêts du Tribunal fédéral 9C_787/2007 du 2 février 2009 consid. 5 et 2A.46/2007 du 20 septembre 2007 consid. 6 avec la réf.).

Par ces motifs il se justifie, en se fondant sur l'art. 64 al. 1 PA et 7 FITAF, d'allouer à la recourante, qui est représentée par un mandataire professionnel, une indemnité de dépens à charge de l'autorité inférieure. Les honoraires sont fixés, selon l'appréciation de l'autorité, en raison de l'importance et de la difficulté du litige, ainsi que d'après le travail et le temps que le représentant a dû y consacrer.

En l'espèce, le travail accompli par le représentant de la recourante concernant le recours pour lequel elle a obtenu gain de cause – dans la procédure C-4289/2010 – a consisté principalement dans la rédaction d'un recours de 15 pages et demie accompagné d'un bordereau de 11 pièces et d'une réplique de 6 pages et demie assortie de charges complémentaires. Une indemnité de dépens fixée ex aequo et bono à 4'000 francs, TVA comprise, lui est allouée à la charge de l'autorité inférieure.

(dispositif à la page suivante)

## Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

**1.**
Le recours du 10 juin 2010 qui concerne l'art. 50 al. 1 et 2 du règlement d'application est admis (procédure C-4289/2010) et la décision du 11 mai 2010 est annulée.

**2.**
Le recours du 10 juin 2010 qui concerne l'art. 24 al. 1 let b du règlement est rejeté (procédure C-4341/2010) et la décision du 11 mai 2010 est confirmée.

**3.**
Les frais de procédure d'un montant de 3'000 francs sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de 6'000 francs. Le solde lui sera restitué sur le compte bancaire qu'elle aura désigné, une fois le présent arrêt entré en force.

**4.**
Il est alloué à la recourante une indemnité de dépens à charge de l'autorité inférieure de 4'000 francs (TVA comprise).

**5.**
Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (acte judiciaire)
– à l'autorité inférieure (n° de réf. ; recommandé)
– à l'Office fédéral des assurances sociales (recommandé)
– à la Commission de haute surveillance (recommandé)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante

Le président du collège : La greffière :

Francesco Parrino Valérie Humbert

## Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :