

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2251/2006

ATAS/715/2007

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 1**

**du 21 juin 2007**

En la cause

Madame J\_\_\_\_\_, domiciliée à GENEVE, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître BRUNNER Christiane

demanderesse

contre

CAP CAISSE D'ASSURANCES DU PERSONNEL DE LA  
VILLE DE GENEVE ET DES SERVICES INDUSTRIELS DE  
GENEVE, sise rue de Lyon 93 à GENEVE

défenderesse

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Isabelle DUBOIS, Maya CRAMER,  
Karine STECK, Valérie MONTANI, Juges;  
Evelyne BOUCHAARA, Christine BULLIARD, Juges assesseurs**

---

### EN FAIT

1. Madame J \_\_\_\_\_, née le 1944, a été engagée au service d'architecture du Département de l'aménagement, des constructions et de la voirie de la Ville de Genève comme architecte à 50% en décembre 1982 et comme sous-cheffe à plein temps dès le 1<sup>er</sup> décembre 1999.

Elle a ainsi été affiliée auprès de la CAISSE D'ASSURANCES DU PERSONNEL DE LA VILLE DE GENEVE ET DES SERVICES INDUSTRIELS DE GENEVE (ci-après la CAP).

2. Le 20 décembre 2005, elle a demandé à son employeur l'autorisation de poursuivre son activité au-delà de 62 ans afin d'une part de continuer à assumer ses obligations financières notamment à l'égard de son fils né en 1984 qui poursuit des études de médecine et d'autre part d'augmenter le montant de sa retraite conformément à l'art. 34 al. 4 des statuts de la CAP.
3. Par décision du 1<sup>er</sup> février 2006, le Conseil administratif de la Ville de Genève, se référant à l'art. 99 al. 4 du statut du personnel de l'administration municipale et compte tenu du taux de rente de l'intéressée, tel que déterminé par la CAP, de 55%, a informé celle-ci qu'elle ne pouvait être autorisée à poursuivre son activité en qualité d'auxiliaire fixe au-delà de 62 ans.
4. Par courrier du 17 mars 2006, l'intéressée, représentée par Maître Christiane BRUNNER, a sollicité du comité de gestion de la CAP qu'il interprète l'art. 34 des statuts de la CAP et lui atteste un taux de rente correspondant à son taux réel, puisqu'elle avait travaillé dès 1982 à 50%, et dès 1999 à plein temps.
5. Par courrier du 28 avril 2006, le comité de gestion de la CAP a confirmé que, selon la fiche d'assurance 2006 de l'intéressée, son taux de rente serait au 1<sup>er</sup> janvier 2007, soit à l'âge de 62 ans, de 55%. Il considère dès lors que l'art. 34 des statuts de la CAP a été correctement appliqué, qu'il est parfaitement conforme au droit, ne contient aucune lacune et ne peut être sujet à interprétation.

L'intéressée ayant allégué avoir demandé, en vain, dès 1994, à pouvoir augmenter son temps de travail, à telle enseigne qu'en septembre 1999 elle avait accumulé cent jours de travail non compensés, le comité de gestion s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la question de la compensation des heures demandées, puisqu'elle ne relève pas du plan de prévoyance.

6. L'intéressée a contesté cette position en déposant un recours le 27 mai 2006 contre ladite décision auprès du Tribunal administratif. Elle estime que les statuts de la CAP présentent une lacune dans la mesure où son cas particulier n'a pas été prévu. Elle part en effet du principe que le législateur a voulu permettre à ceux dont la

---

rente serait nettement inférieure au salaire assuré d'en améliorer le montant à raison de 5% par année entière d'activité conformément à l'art. 34 al. 5 des statuts de la CAP. Le législateur ayant cependant raisonné en termes de carrière linéaire, soit à plein temps, soit à temps partiel, et non pas en termes de carrière passant d'un temps partiel à un temps plein, il convient d'interpréter les statuts.

L'intéressée invoque par ailleurs le non respect de l'égalité de traitement entre deux situations semblables, soit le cas d'une personne n'ayant commencé à travailler que tardivement mais à plein temps et son propre cas.

Elle considère en outre que le principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes a été violé, puisque ce sont des femmes qui, dans leur très grande majorité, travaillent d'abord à temps partiel, afin de se consacrer également à l'éducation de leurs enfants, puis à plein temps lorsque les enfants sont grands.

Elle conclut dès lors à l'annulation de la décision du comité de gestion de la CAP du 28 avril 2006, à ce qu'il soit dit que son taux de rente réel aux fins d'application de l'art. 99 al. 4 du statut du personnel de l'administration municipale est de 34,5%,

$$\text{Soit } \frac{\text{la rente annuelle versée à 62 ans}}{\text{le salaire annuel assuré}} = \frac{40'534.00}{117'490.00}$$

Elle ajoute qu'elle vise bien la décision du comité de gestion de la CAP en tant qu'elle est contraire au principe d'égalité de traitement. Ce n'est pas le taux d'activité, ni son calcul, qui sont contraires au principe de l'égalité. Ce n'est pas non plus le taux de rente résultant du plan d'assurance de la CAP dans le cadre d'un système en primauté de prestations en lui-même qui constitue une discrimination contraire à la Constitution, mais seulement la détermination du taux de rente dans la mesure où il entraîne une application discriminatoire de l'art. 99 al. 4 du statut du personnel de l'administration municipale et qu'il porte essentiellement préjudice à des femmes.

7. Par arrêt du 14 juin 2006, le Tribunal administratif a déclaré irrecevable la demande faussement qualifiée de "recours" déposée par l'intéressée, considérant qu'il était incompétent (art. 56A al. 2 LOJ) et a transmis la cause au Tribunal de céans en application de l'art. 64 al. 2 LPA.
8. Dans sa réponse du 4 août 2006, la CAP a précisé que selon la fiche d'assurance émise au 1<sup>er</sup> janvier 2006, la situation de l'intéressée est la suivante: un taux de rente à l'âge de 62 ans soit au 1<sup>er</sup> janvier 2007 de 55% correspondant à une origine des droits de 34 ans et 6 mois, soit une durée d'assurance acquise de 26 ans et 6 mois; un taux actuel d'activité de 100%, un salaire assuré de 125'545 fr. et un taux moyen d'activité projeté à 62 ans de 62,727%, soit une pension de retraite d'un montant annuel de 43'314 fr. Le taux de rente est calculé en application de l'art. 34 al. 2 des statuts de la CAP.

La CAP conclut à l'irrecevabilité de la demande au regard de l'art. 73 LPP. Elle constate en effet que l'intéressée dirige son action contre la caisse parce que la décision de refus prise par la Ville de Genève de l'autoriser à prolonger son activité professionnelle après 62 ans l'est en application de son statut du personnel, mais se base sur des informations provenant de la caisse. La CAP cependant souligne que l'intéressée ne conteste pas le plan de prévoyance appliqué par la caisse, ni son taux de rente résultant dudit plan d'assurance, ni le calcul des prestations exécuté en application dudit plan et qui la concerne directement. La CAP relève ainsi que l'action de l'intéressée ne porte pas sur des questions spécifiques relevant de la prévoyance professionnelle puisque les prestations de la caisse ne sont pas contestées. La voie de droit de l'art. 73 LPP n'est dès lors pas ouverte.

Au fond, la CAP relève qu'après avoir constaté que l'intéressée mélangeait à tort le taux moyen d'activité acquis résultant des rapports de travail et le taux de rente annuelle résultant de l'application du plan d'assurance et du nombre d'années d'affiliation, elle avait explicité ces différents éléments dans sa réponse du 21 avril 2006. Elle observe que l'intéressée ne conteste dès lors plus le taux d'activité pris en considération, qu'elle allègue en revanche que le Conseil administratif de la Ville de Genève n'a pas fait correctement usage de son pouvoir d'appréciation lors de l'application de l'art. 99 du statut du personnel de l'administration municipale lorsqu'il a examiné sa demande de prolongation d'activité, que ce nonobstant, elle a dirigé son action contre la CAP au motif que le plan de prévoyance, bien que correctement appliqué à son cas, la dessert. L'intéressée considère en effet que l'art. 34 des statuts de la CAP présenterait une lacune qui conduirait à une mauvaise application de l'art. 99 du statut du personnel de l'administration municipale de la Ville de Genève. La CAP relève à cet égard qu'il s'agit clairement de deux réglementations différentes mises en œuvre par deux entités juridiques distinctes aux compétences différentes et intervenant dans un domaine différent.

9. Dans sa réplique du 6 novembre 2006, l'intéressée admet qu'elle ne conteste pas les éléments permettant de calculer la rente fixée sur la base de l'art. 34 des statuts de la CAP. Elle reproche en revanche à celle-ci d'avoir fixé le taux de pension, tel que communiqué au Conseil administratif de la Ville de Genève. Elle rappelle qu'une institution de prévoyance peut être amenée à donner des informations pour établir des droits dans le cadre d'un divorce ou pour établir un droit dans le cas d'une demande pour différer la mise à la retraite. Or, ces informations peuvent faire l'objet d'une contestation au sens de l'art 73 LPP. Elle considère que la jurisprudence citée par la CAP pour tenter de démontrer que l'art. 73 LPP ne s'applique pas ici n'est à cet égard pas relevante (ATF 125 V 168 consid. 2; 122 V 323 consid. 2b).
10. Dans sa duplique du 12 décembre 2006, la CAP répète que l'action de l'intéressée est manifestement mal dirigée, et dès lors irrecevable. Elle rappelle qu'elle n'a aucune compétence pour autoriser un employé de la Ville de Genève à poursuivre

une activité après 62 ans, que son rôle se borne à communiquer dans ce cadre des informations relatives à l'application de son plan de prévoyance, lesquelles figurent sur la fiche d'assurance de chaque employé.

S'agissant de la violation de l'égalité entre hommes et femmes alléguée par l'intéressée, la CAP souligne que le plan de prévoyance est appliqué de manière identique pour tous les affiliés, sans aucune distinction fondée sur le sexe.

11. Ce courrier a été transmis à l'intéressée et la cause gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Le litige porte sur le taux de rente fixé à 55% par la CAP le 28 avril 2006, en application de l'art. 34 des statuts CAP.
2. La demande déposée au Tribunal administratif le 27 mai 2006 par l'intéressée et dirigée contre la CAP a été transmise au Tribunal de céans par arrêt du 14 juin 2006.
3. La capacité d'ester en justice de la CAP a déjà été admise par le Tribunal fédéral des assurances (ATF 127 V 29; ATF 113 V 198; arrêt du TFA du 1<sup>er</sup> mars 2001 en la cause B 6/2000). Il n'y a dès lors pas lieu d'appeler en cause la Ville de Genève.
4. La CAP a conclu à l'irrecevabilité de la demande au regard de l'art. 73 LPP, soulignant que la contestation de l'intéressée ne porte pas sur des questions spécifiques relevant de la prévoyance professionnelle.
5. Selon l'art. 73 LPP:
  - <sup>1</sup> chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. Ce tribunal est également compétent:
    - a. pour les contestations avec des institutions assurant le maintien de la prévoyance au sens des art. 4, al. 1, et 26, al. 1, LFLP;
    - b. pour les contestations avec des institutions lorsque ces contestations résultent de l'application de l'art. 82, al. 2;
    - c. pour les prétentions en matière de responsabilité selon l'art. 52;
    - d. pour le droit de recours selon l'art. 56a, al. 1.
  - <sup>2</sup> Les cantons doivent prévoir une procédure simple, rapide et, en principe, gratuite; le juge constatera les faits d'office.
  - <sup>3</sup> Le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé.
6. Le canton de Genève a formalisé cette compétence à l'art. 56V al. 1 let. b de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) selon lequel, le

Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du code des obligations ; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP) ; art. 142 code civil).

7. 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).

8. Il n'est pas toujours aisé de délimiter les compétences *ratione materiae* entre les juridictions civiles et les tribunaux désignés par l'art. 73 LPP. Lorsque cette compétence prête à discussion, il faut se fonder sur les conclusions de la demande et les faits invoqués à l'appui de ces conclusions; le fondement de la demande est alors un critère décisif de distinction (Fabienne HOHL, procédure civil tome I introduction et théorie générale, Berne 2001, p. 20 ch. 43; cf. aussi ATF 122 III 252 consid. 3b/bb, 119 II 67, consid. 2a; arrêt G. du 30 octobre 2001, B 24/00).
9. En l'espèce, l'intéressée sollicite du Tribunal de céans qu'il interprète l'art. 34 des statuts de la CAP et dise que son taux de rente réel est de 34,5%, ce qui permettra à son employeur de l'autoriser à prolonger son activité professionnelle après 62 ans conformément à l'art. 99 du statut du personnel de l'administration municipale de la Ville de Genève.
10. Selon l'art. 99 du statut du personnel de l'administration municipale approuvé par le Conseil municipal le 3 juin 1986 avec les modifications intervenues jusqu'au 15 mai 1996,

"Le fonctionnaire ayant atteint l'âge de 62 ans cesse de faire partie de l'administration municipale;

Le fonctionnaire ayant atteint l'âge de 57 ans révolus peut faire valoir ses droits à la retraite anticipée;

Pour les fonctions liées à l'enseignement et à la recherche universitaires, le Conseil administratif peut exceptionnellement déroger à cette limite et l'étendre jusqu'à l'âge de 65 ans;

Le fonctionnaire dont le taux de rente à la caisse d'assurance du personnel est de 40% au plus, peut poursuivre son activité. Il est alors engagé en qualité d'auxiliaire fixe jusqu'à l'âge de 65 ans au plus tard".

Selon l'art. 34 des statuts de la caisse d'assurance du personnel de la Ville de Genève, des services industriels de Genève et du personnel communal transféré dans l'administration cantonale, adopté par le Conseil municipal de la Ville de Genève le 10 février 1999, par le Conseil d'administration des Services industriels de Genève le 4 septembre 1998 et par le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève le 1<sup>er</sup> juillet 1998,

"<sup>1</sup> La pension de retraite est calculée en fonction des années d'assurance, du traitement assuré final et du taux moyen d'activité.

- <sup>2</sup> Chaque année d'assurance donne droit à une pension de retraite égale à 2% du dernier traitement assuré.
- <sup>3</sup> Si l'assuré fait valoir son droit à la pension de retraite avant l'âge de 60 ans révolus, la pension est réduite de 5% de son montant pour chaque année complète de différence entre l'âge de l'intéressé au premier jour du mois au cours duquel débute le service de la pension et l'âge de 60 ans révolus. La réduction pour une fraction d'année est calculée prorata temporis.
- <sup>4</sup> Si l'assuré est autorisé à rester en activité après l'âge de 62 ans révolus, la pension est majorée de 5% de son montant pour chaque année complète de différence entre l'âge de 62 ans révolus et l'âge de l'intéressé au 1<sup>er</sup> jour du mois au cours duquel débute le service de la pension. La majoration pour une fraction d'année est calculée prorata temporis.
- <sup>5</sup> Le taux maximum de la pension de retraite n'excédera en aucun cas 70%.
- <sup>6</sup> Au moment de l'ouverture d'une pension de retraite d'un montant inférieur à 10% de la rente simple minimal de l'AVS, l'assuré peut demander que celle-ci soit convertie en capital. Ce capital correspond à la prestation de libre passage calculée conformément à l'article 61".
12. Le TFA a jugé que les voies de droit prévues par l'art. 73 LPP étaient ouvertes dans le cas d'un recourant réclamant à la caisse de pension le versement de prestations en cas de résiliation administrative des rapports de service sur la base des statuts de la caisse. L'action du recourant était en effet fondée directement sur les statuts de la caisse et avait pour objet une obligation de celle-ci à son endroit et non pas une obligation découlant d'une convention passée entre l'employeur et le salarié (ATF 128 V 254). De même en est-il lorsqu'il s'agit de déterminer si un fonctionnaire a droit aux prestations prévues par le règlement de prévoyance destiné à couvrir le risque d'un licenciement ou d'une non réélection (ATF 118 V 248), contrairement au cas cependant d'une prestation en capital due en plus de la prestation de libre passage et dont le financement incombe à l'employeur par un remboursement à la caisse (RSAS 1998 p. 140).

Le TFA a en revanche eu l'occasion de nier la compétence *ratione materiae* des autorités visées par l'art. 73 al. 1 LPP, lorsque le litige survenu entre l'employeur et le travailleur porte sur l'application et l'interprétation de la clause d'un contrat de travail prévoyant l'indemnisation du travailleur pour la clientèle apportée à son employeur et l'affection de cette indemnité au rachat d'années d'assurance dans la caisse de pension de l'employeur (ATF 122 III 57) ou lorsque l'action d'un salarié devenu invalide vise à obtenir de son ex-employeur le paiement de la différence entre les prestations servies par sa caisse de pension et le montant minimum prévu par la convention collective (ATF 120 V 26).

Il a également considéré que l'art. 73 LPP ne s'appliquait pas dans le cas d'un litige se fondant sur un règlement communal visant à assurer aux fonctionnaires la transition entre le moment où ils cesseraient leur activité professionnelle et celui où s'ouvrirait leur droit à la rente de vieillesse (ATF 127 V 29). Ce litige concerne ceux des fonctionnaires de la Ville de Genève qui cessent leur activité le 1<sup>er</sup> jour du mois qui suit celui où ils ont atteint l'âge de 57 ans. Selon le règlement de la Ville de Genève du 26 avril 1974, ils ont droit au versement d'une indemnité dès cette date et jusqu'au moment où ils remplissent les conditions statutaires de la CAP leur permettant de recevoir la rente de vieillesse calculée au taux maximum. Cette indemnité se compose notamment d'un montant égal au 70% du salaire assuré déterminé selon les statuts de la CAP.

Un différend est survenu entre la CAP et certains bénéficiaires, la CAP les ayant informés que le montant de leur future pension de retraite serait réduit par rapport à ce qui leur avait été initialement annoncé, ce en application du nouveau règlement entré en vigueur en 1997.

Le TFA a constaté dans ce cas que le règlement en question avait 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. Le TFA a ainsi reproché à la juridiction cantonale d'être entrée en matière au fond.

13. Il y a ainsi lieu de constater que, d'une façon générale, le TFA a considéré que lorsque le litige a pour objet une obligation de l'institution de prévoyance et non pas seulement ou principalement une obligation du contrat de travail, il a assurément sa source dans le droit de la prévoyance professionnelle.

Afin de déterminer si le présent litige a pour objet une obligation de l'institution de prévoyance à l'endroit de l'intéressée, ou une éventuelle obligation découlant des statuts du personnel de l'administration municipale, il convient de se référer aux conclusions que fait valoir l'intéressée dans la demande qu'elle dirige contre la CAP et les faits invoqués à l'appui de ses conclusions (cf. ch. 8 supra).

Il y a lieu de constater que dans sa demande du 27 mai 2006, l'intéressée conclut à l'annulation de la décision de la CAP du 28 avril 2006 et à ce qu'il soit dit que son taux de rente aux fins d'application de l'art. 99 al. 4 du statut du personnel de l'administration municipale est de 34,5% et non de 55%.

14. Dès lors, force est de conclure que le litige porte bien sur une question spécifique du droit de la prévoyance professionnelle, quand bien même l'intéressée ne conteste

pas les éléments permettant de calculer la rente fixée sur la base de l'art. 34 des statuts de la CAP.

La compétence du Tribunal de céans est, partant, établie.

Elle ne l'est en revanche pas, en raison des motifs évoqués ci-dessus, pour connaître de l'application du statut du personnel de l'administration municipale (ATF 127 V 29)

15. La demande déposée par l'intéressée est une action en constatation.

Or, l'objet d'une demande en justice ne peut en principe porter que sur des questions juridiques actuelles dont les conséquences touchent concrètement le justiciable. La jurisprudence admet cependant la recevabilité d'une action en constatation si le demandeur a un intérêt digne de protection à la constatation immédiate de rapports de droit litigieux et ne peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore (ATF 119 V 13 consid. 2a et les références).

Un intérêt de fait suffit, pour autant qu'il s'agisse d'un intérêt actuel et immédiat (ATF 119 V 13 consid. 2a). En matière de prestations futures, l'existence d'un intérêt digne de protection est admise lorsque le justiciable serait enclin, en raison de l'ignorance de ses droits ou obligations, à prendre des dispositions ou au contraire à y renoncer, avec le risque de subir un préjudice de ce fait (ATF 118 V 102 consid. 1). De manière plus générale, l'intérêt digne de protection requis fait défaut, en règle ordinaire, lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (ATF 119 V 13 consid. 2a et les références citées). Le juge retiendra un intérêt pour agir lorsqu'une incertitude plane sur les relations juridiques des parties et qu'une constatation judiciaire sur l'existence de l'objet du rapport pourrait l'éliminer. Une incertitude quelconque ne suffit cependant pas. Il faut bien plutôt qu'en se prolongeant, elle empêche le demandeur de prendre ses décisions et qu'elle lui soit, de ce fait, insupportable (ATF 122 III 282 consid. 3a, 120 II 22 consid. 3).

Dans le cas particulier, si le Tribunal de céans venait à dire que le taux de rente est inférieur à 40%, l'intéressée pourrait s'en prévaloir auprès de son employeur pour obtenir l'autorisation de travailler après 62 ans. Certes a-t-elle atteint l'âge de 62 ans en décembre 2006, déjà, elle n'a toutefois pas encore 65 ans. Elle peut ainsi se prévaloir d'un intérêt actuel et immédiat digne de protection à la constatation d'un taux de rente de 34,5% aux fins d'application de l'art. 99 al. 4 du statut du personnel de l'administration municipale.

16. L'art. 34 des statuts de la CAP selon lequel "la pension de retraite est calculée en fonction des années d'assurance, du traitement assuré final et du taux moyen d'activité" est incontestablement un texte clair, qui d'emblée ne saurait être l'objet de plusieurs interprétations possibles.

L'intéressée estime cependant que les statuts de la CAP présentent une lacune dans la mesure où son cas particulier n'a pas été prévu. Le législateur selon elle a, à tort, raisonné en termes de carrière linéaire, soit à plein temps, soit à temps partiel, et non pas en termes de carrière passant d'un temps partiel à un temps plein.

Une véritable ou authentique lacune (lacune proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune authentique appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle, de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 125 III 427 consid. 3a et les arrêts cités; cf. aussi ATF 127 V 41 consid. 4b/cc et 124 V 348 consid. 3b/aa; ATFA du 19 octobre 2001, cause K 66/01).

En vertu du principe de la légalité, toute prestation d'une assurance sociale doit reposer sur une base légale claire. De jurisprudence et doctrine constantes, en matière de prestations, le juge n'a pas le pouvoir de combler les lacunes d'une disposition légale ou d'un contrat afin d'accorder une prestation qui n'y figure pas. Il y a lacune dans un sens étroit, soit une lacune proprement dite, lorsque la loi ne contient aucune règle sur un point essentiel à son application, par exemple sur le droit transitoire, sur le conflit de compétence ou de for ou sur la prescription des obligations de droit public (Pierre MOOR : *Traité de droit administratif*, vol. 1, p. 154 et jurisprudence citée). C'est à ce titre par exemple, que le TFA a admis que l'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est, comme telle, soumise à l'observation d'aucun délai, sous la réserve des délais de prescription (Jean-Louis DUC : *Les assurances sociales en Suisse*, 193 ; ATF 117 V 322).

Il y a également lacune lorsque des dispositions légales, appliquées à des situations particulières, aboutissent à des résultats contraires à la systématique ou aux objectifs de la loi. Dans ce cas, il faut admettre que le législateur aurait manifestement prévu un régime topique, s'il avait vu le problème (MOOR, op. cit., 154). En droit administratif et en droit des assurances sociales, le juge reconnaît assez souvent l'existence de telles lacunes. L'absence de codification générale, l'évolution des situations de fait, qu'il est impossible de prévoir toutes, l'expliquent. Ces lacunes seront donc comblées par le juge, qui devient législateur. Il s'inspirera du but de la loi et des règles adoptées en d'autres matières ou domaines, en se limitant à ce qui est nécessaire pour trancher le cas d'espèce (MOOR, op. cit., 154-155). C'est ainsi que le TFA a comblé des lacunes en limitant le choix de l'établissement hospitalier par l'assuré (ATF 111 V 33), ou en déclarant les

dispositions sur le régime conventionnel en matière d'assurance-maladie applicables par analogie aux chiropraticiens et physiothérapeutes (ATF 99 V 1; 103 V 79).

Il y a, enfin, lacune improprement dite lorsque la loi apporte au problème posé une solution insatisfaisante : le législateur ne l'a pas vue, ou l'a réglée de manière incomplète. La frontière avec les lacunes de la seconde catégorie est floue, mais néanmoins nécessaire : ni l'autorité d'application, ni le juge n'ont cette compétence pour rectifier la politique législative, et ils ne peuvent donc combler les lacunes improprement dites. C'est ainsi que la jurisprudence a refusé de faire renaître le droit à la rente de la veuve remariée mais dont le mariage a été déclaré nul (ATF 105 V 209) ou de remettre en cause en cas de rechute ou de suites tardives le système de calcul de la rente LAA fondée sur le revenu antérieur à l'accident (ATF 118 V 293). Elle a également refusé de reconnaître, devant l'absence d'une base légale formelle et claire, l'existence d'une lacune législative permettant au juge de créer une obligation de servir un intérêt sur une prestation de libre-passage (ATF 117 V 46; SZS 1991 203; SZS 1993 99; SVR 1995 N° 40, p. 119).

En l'espèce, on ne voit pas qu'il y ait une lacune dans les statuts de la CAP susceptible d'être comblée par le juge dès lors qu'il a été expressément voulu que le taux de pension tienne compte des années durant lesquelles les assurés ont été affiliés à la CAP, le salaire assuré et le taux moyen d'activité.

17. L'intéressée invoque le non-respect de l'égalité de traitement entre deux situations semblables, soit le cas d'une personne n'ayant commencé à travailler que tardivement mais à plein temps, et son propre cas, celui d'une personne ayant d'abord exercé une activité lucrative à 50% puis ayant augmenté jusqu'à 100% son temps de travail.

Selon la jurisprudence déduite de l'art. 8 Cst., le règlement d'une institution de prévoyance viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (cf. ATF 127 V 255 sv. consid. 3b, 126 V 52 sv. consid. 3b; Jacques André SCHNEIDER, *Les régimes complémentaires de retraite en Europe: libre circulation et participation*, p. 269 et ss.).

Le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lie également le législateur cantonal et communal. A cet égard, une norme générale et abstraite viole cette disposition constitutionnelle lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité, qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à réglementer ou qu'elle omet, au contraire,

des distinctions juridiques que la diversité des circonstances en présence rend indispensables (ATF 130 I 70 consid. 3.6, 129 I 3 consid. 3 partie introductive, 268 consid. 3.2, 357 consid. 6, 128 I 312 consid. 7b, 127 V 454 consid. 3b; cf. aussi ATF 130 V 31 consid. 5.2).

Dans les limites de la loi, les institutions de prévoyance sont libres d'adopter le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent (art. 49 al. 1 LPP). Lorsqu'elles étendent la prévoyance au-delà des prestations minimales, elles doivent tenir compte des dispositions expressément réservées à l'art. 49 al. 2 LPP et se conformer aux principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et de la proportionnalité (ATF 115 V 109 consid. 4b).

Dans un arrêt publié in ATF 127 V 259, le TFA avait inauguré une jurisprudence laquelle avait pour conséquence d'améliorer sensiblement la situation d'une catégorie précise d'assurés, soit les bénéficiaires d'une rente d'invalidité ayant atteint l'âge donnant droit à la rente de vieillesse, par rapport à tous les autres assurés pouvant prétendre une rente de vieillesse. Il a, dans plusieurs arrêts rendus plus récemment, considéré que le maintien de cette jurisprudence reviendrait à violer le principe de l'égalité de traitement parmi la communauté des assurés (ATF 130 V 375, RSAS 2002 p. 231).

Le TFA a également eu l'occasion, dans un arrêt du 21 décembre 2005, cause B 87/04, de traiter le cas où une distinction était opérée entre la femme divorcée survivante et la veuve. Il a considéré que l'option retenue par l'institution de prévoyance d'avantager les veufs et les veuves trouvait sa justification dans le devoir d'assistance et d'entretien entre époux et ne respectait dès lors pas le principe de l'égalité de traitement.

18. L'art. 34 des statuts de la CAP définit la façon dont est calculée la pension de retraite. Le calcul actuariel auquel procède la CAP tient compte de différents paramètres, dont les chiffres ne sont en l'occurrence pas contestés, soit en l'espèce, un salaire assuré de 125'545 fr., une durée d'assurance de 26 ans et 6 mois, un taux moyen d'activité de 62,727% (art. 34 al. 2 des statuts de la CAP).

Le Tribunal de céans ne peut dès lors que constater que le moyen tiré d'une prétendue inégalité de traitement n'est pas non plus fondé.

Il se justifie en effet qu'une personne qui aura exercé une activité à mi-temps, d'abord, puis à plein temps, se voit fixer un taux de pension différent de celle qui aura effectué toute sa carrière à plein temps, de celle qui aura toujours travaillé à temps partiel, ou encore de celle qui aura commencé tardivement à travailler, à plein temps.

19. L'intéressée considère enfin que le principe de l'égalité de travail entre femmes et hommes a été violé, puisque ce sont des femmes qui, dans leur très grande majorité, travaillent d'abord à temps partiel afin de se consacrer également à l'éducation de leurs enfants, puis à plein temps lorsque les enfants sont grands.

Aux termes de l'art. 8 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase Cst., "L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail".

Une telle discrimination existe lorsqu'une réglementation, qui ne désavantage pas directement un groupe particulier protégé par le principe de non-discrimination, défavorise tout particulièrement, par ses effets et sans justification objective, les personnes appartenant à ce groupe (Jörg Paul MÜLLER, *Die Grundrechte in der Schweiz*, Berne 1999, p. 441 ss; ATF 126 II 393 consid. 6c et les références citées; ATF du 24 avril 2006, cause I 276/2005).

Le TFA est en principe réticent à admettre l'existence d'une inégalité de traitement entre hommes et femmes, en matière de prévoyance professionnelle. Il s'est par exemple refusé à corriger, malgré leur inconstitutionnalité, l'âge différent de la retraite entre les hommes et les femmes (ATF 106 Ib 189ss ; 117 V 318), ainsi que le nombre différent d'années d'assurance ouvrant le droit à la rente de vieillesse (ATF 109 Ib 88 ss), motif pris soit de l'âge différent de la retraite dans l'AVS, soit encore de la retenue devant s'imposer au juge qui ne doit pas prescrire la manière dont l'égalité entre hommes et femmes est à réaliser dans le domaine des institutions de prévoyance (J. A. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 270).

A titre de seule exception à cette retenue, on peut relever la reconnaissance du droit à la rente de veuf aux mêmes conditions que pour les veuves, mais uniquement en application du principe général de l'égalité de traitement, et non celui de l'égalité entre les hommes et les femmes dans les institutions de prévoyance de droit public cantonal et pour autant que le principe de la rente de veuf soit déjà prévu, mais à des conditions plus restrictives que pour les veuves (ATF 116 V 198 ss).

Il y a lieu de souligner qu'en l'espèce, la CAP n'a pas fixé la façon dont devait être calculé le taux de rente en considération du sexe du bénéficiaire de ladite rente (ATF 125 I 21; ATF 117 II 523). S'il est vrai que dans la pratique, les femmes exercent souvent, tant qu'elles ont des enfants jeunes, une activité à temps partiel, il s'agit là d'un problème de société qu'il n'appartient pas au juge de régler (Pascale BYRNE-SUTTON, *Le contrat de travail à temps partiel*, p. 385 et ss. Ed. Schulthess, Zurich, 2001). Ce fait ne constitue pour le moins pas une discrimination fondée sur le sexe, dès que la façon de calculer le taux de pension s'applique également aux hommes qui ont choisi, à un moment donné de leur carrière professionnelle, de réduire leur temps de travail. Le TFA a du reste jugé de même

s'agissant de la méthode d'évaluation de l'invalidité prévue à l'art. 28 al. 2 LAI pour les assurés qui n'exercent une activité lucrative qu'à temps partiel (ATF 125 V 146).

La demande doit également être rejetée sur ce point.

20. Aussi convient-il de constater que la défenderesse a déterminé le taux de rente à 55% conformément à ses statuts et aux principes constitutionnels, même s'il est vrai que ce taux ne représente que 34,5% du dernier salaire assuré de l'intéressée.

**PAR CES MOTIFS,  
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. La rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La Présidente :

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le