

Numéro du rôle : 3135
Arrêt n° 123/2005 du 6 juillet 2005

A R R E T

---

*En cause* : la question préjudicielle concernant les articles 53 et 89 de la loi du 3 février 2003 apportant diverses modifications à la législation relative aux pensions du secteur public, posée par le Tribunal de première instance de Bruxelles.

La Cour d'arbitrage,

composée du président A. Arts, du juge P. Martens, faisant fonction de président, et des juges M. Bossuyt, A. Alen, J.-P. Snappe, E. Derycke et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président A. Arts,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\*   \*

## I. *Objet de la question et procédure*

Par jugement du 28 octobre 2004 en cause de J. Vanhole contre l'Etat belge, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 16 novembre 2004, le Tribunal de première instance de Bruxelles a posé la question préjudicielle suivante :

« Les articles 53 et 89 de la loi du 3 février 2003 doivent-ils être considérés comme violant les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils modifient l'article 36 de la loi du 29 juin 1976 en ce sens que la pension des fonctionnaires qui ont été mis en position d'attente à la suite de la fonction accessoire qu'ils avaient exercée auparavant, est calculée sur la base de leur dernier traitement d'activité, qui, depuis le début de la position d'attente, ne suit plus l'évolution de l'indice des prix à la consommation, alors que tel n'est pas le cas pour les autres fonctionnaires bénéficiaires d'une pension, et alors qu'il sera tenu compte, pour autant que nécessaire, de la genèse de cette loi ainsi que des décisions de justice rendues respectivement par le Tribunal de première instance de Bruxelles le 10 janvier 1995, connue sous le R.G. n° 92/11.804/A, et par la Cour d'appel de Bruxelles le 10 décembre 1996, connue sous le R.G. n° 1995/AR/965 ? ».

J. Vanhole, demeurant à 1933 Zaventem, Lindenberglaan 6, et le Conseil des ministres ont introduit chacun un mémoire et un mémoire en réponse.

A l'audience publique du 15 juin 2005 :

- ont comparu :
  - . Me P. Derveaux, avocat au barreau de Bruxelles, pour J. Vanhole;
  - . Me K. Dierckx *loco* Me J.-L. Jaspar, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs A. Alen et J.-P. Snappe ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *Les faits et la procédure antérieure*

Le demandeur devant la juridiction *a quo* exerçait, comme fonction principale, un emploi de chef de bureau auprès de la commune de Zaventem et, comme fonction accessoire, à partir du 1er juillet 1960, l'emploi de secrétaire de la Commission d'assistance publique de la commune de Sterrebeek. A la suite de la fusion des communes, il fut mis d'office en position d'attente dans cette dernière fonction à partir du 1er avril 1978, bénéficiant d'un traitement d'attente égal au dernier traitement d'activité. A partir du 1er septembre 1989, il perçut la pension y afférente; le traitement d'attente servit de base au calcul de la pension.

Un conflit survint avec l'Administration des pensions, qui fut tranché par deux décisions judiciaires qui ont considéré que le mode de calcul appliqué par l'Administration était dépourvu de toute base légale. Celui-ci consistait en ce que, pour la fixation du montant de base de la pension, le traitement d'attente, qui était resté inchangé entre le 1er avril 1978 et le 31 août 1989, soit désindexé. En vertu des décisions susdites, une pension plus importante fut octroyée au demandeur devant la juridiction *a quo*, calculée au départ du traitement de base (sans indexation) pour la fonction accessoire, telle qu'elle existait à la date du 1er avril 1978.

Le mode de calcul utilisé par l'Administration des pensions a cependant été inscrit par le législateur à l'article 53 de la loi du 3 février 2003; en vertu de l'article 89 de cette loi, il est applicable aux pensions en cours à la date d'entrée en vigueur de cet article 53. C'est à propos de ces dispositions législatives que le tribunal, après avoir reformulé la proposition du demandeur, a posé la question préjudicielle reprise ci-dessus.

### III. *En droit*

- A -

#### *Position du Conseil des ministres*

A.1. Le Conseil des ministres présente tout d'abord, à l'aide de données concrètes, le problème de la pension afférente à une fonction accessoire en position d'attente et expose la *ratio legis* des dispositions en cause.

A.2. La différence de traitement entre les fonctionnaires qui bénéficient d'une pension de retraite pour une fonction accessoire, selon qu'ils ont effectivement exercé cette fonction accessoire ou ont été mis en position d'attente, repose, selon le Conseil des ministres, sur un critère objectif, à savoir le fait d'avoir été ou non mis en position d'attente.

A.3. La différence de traitement a pour but un traitement égal de tous les fonctionnaires en ce qui concerne la fixation de leur pension, à savoir un calcul sur la base du traitement qu'ils ont effectivement perçu durant les cinq dernières années de leur carrière, en tenant compte du fait que le gel du traitement d'attente, qui n'a fait l'objet ni d'une indexation ni d'une péréquation, serait aussi pris en considération pour la fixation de la pension. Ce ne serait pas le cas sans l'intervention législative en cause.

La rétribution différente de fonctionnaires qui occupent une fonction accessoire, selon qu'ils ont ou non été mis en position d'attente, n'a jamais été remise en question parce qu'elle est raisonnablement justifiée. La mesure par laquelle des fonctionnaires ont été mis en position d'attente constituait une mesure sociale accordée à des personnes qui ont perdu leur fonction accessoire, sans qu'aucune prestation dût être fournie en retour. Il n'est dès lors pas déraisonnable d'en tenir compte lors du calcul de leur pension.

A.4. Le Conseil des ministres souligne en outre que les dispositions en cause ont effectivement été adoptées après que les juridictions eurent constaté l'absence d'une base légale pour le mode de calcul appliqué jusqu'alors. Cependant, l'établissement, pour l'avenir, d'une base légale pour ce mode de calcul ne porte nullement atteinte au caractère raisonnable de la mesure. Il n'est en tout état de cause pas question d'effet rétroactif et l'action des juridictions n'empêche aucunement que le législateur prenne ses responsabilités en la matière pour remédier à l'absence d'une base légale pour une réglementation déterminée. Le fait que certains fonctionnaires aient été mis en position d'attente sans l'avoir demandé et contre leur gré ne porte pas non plus atteinte au caractère raisonnable de la mesure. En effet, ils ont toujours pu poursuivre une carrière complète, pour laquelle ils ont perçu une rétribution et constitué des droits à la pension, et ils ont reçu en plus un traitement d'attente, pour lequel moins de primes de pension ont également été payées. Il est dès lors normal que les droits à la pension soient constitués sur la base de revenus effectifs perçus durant la carrière.

L'application de règles identiques pour le calcul de la pension conduirait à des résultats pervers, déloyaux et indésirables, car une personne percevrait, pour une fonction accessoire en position d'attente, autant voire davantage après sa pension qu'avant. Les dispositions en cause aboutissent à une égalité de traitement de tous les fonctionnaires lors du calcul de la pension, à savoir sur la base des revenus réels perçus durant la carrière active. En ce sens, les dispositions ne portent pas non plus atteinte aux droits constitués.

A.5. Le Conseil des ministres souligne pour terminer que la mesure n'a pas d'effets disproportionnés. La pension liée au traitement d'attente ne représente qu'une petite partie de la pension totale des intéressés, dans le cas du demandeur 3,5 p.c. seulement, alors qu'avant l'entrée en vigueur de la mesure en cause, elle s'élevait à 5,3 p.c.

*Position du demandeur devant la juridiction a quo*

A.6. Le demandeur devant la juridiction *a quo* estime que la disposition en cause viole le principe d'égalité et de non-discrimination, en ce que le mode de calcul hors-index est appliqué exclusivement pour le calcul de la pension des membres du personnel qui cumulent un emploi principal avec une ou plusieurs fonctions accessoires et pas à d'autres bénéficiaires de pension. Ainsi, de nombreuses années après la naissance des droits à la pension, en l'espèce après quatorze ans, la pension est diminuée de plus de 54 p.c.

A.7. Cette partie conteste l'argument du Conseil des ministres selon lequel la mesure en cause part de la volonté du législateur, en 1976, de bloquer intégralement le traitement en vigueur au moment de la fusion en ne l'indexant plus et en ne le revalorisant plus. En application de la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux régions et aux communautés, le législateur n'a en aucun cas encore la compétence d'en décider aujourd'hui.

A.8. La mesure ne saurait pas davantage être considérée comme raisonnable, parce qu'elle frappe une catégorie de personnes qui ont été mises en position d'attente contre leur volonté, qui ont de ce fait été sanctionnées et qui ont ensuite encore été affectées de surcroît dans leurs droits à la pension. Cette partie renvoie, à cet égard, aux décisions judiciaires qui ont conduit à la mesure en cause. Le législateur a bel et bien jugé que cette catégorie a été discriminée de manière positive sur le plan du calcul de la pension, mais il n'a à cet égard pas tenu compte du fait que la mise en position d'attente a été imposée contre la volonté de ces personnes. Au demeurant, celles-ci ont également été privées du droit aux promotions, aux péréquations et aux augmentations de traitement sur la base de l'ancienneté. Contrairement à ce que soutient le Conseil des ministres, elles n'ont pas du tout eu davantage d'occasions de se forger une nouvelle carrière complète, puisque les possibilités pour ce faire ont justement été plus limitées en raison des fusions de communes. Selon cette partie, le Conseil des ministres communique également des données chiffrées trompeuses, parce que des indices très différents s'appliquent aux montants mentionnés.

Le demandeur devant la juridiction *a quo* conclut dès lors qu'il n'existe aucune justification à la différence de traitement des bénéficiaires de pension qui fait que seuls les bénéficiaires de pension placés en position d'attente voient maintenant leur pension calculée sur la base du traitement d'attente désindexé, parce qu'il n'est pas tenu compte du statut défavorable dans lequel ils se sont retrouvés à la suite des fusions. Les membres du personnel placés en position d'attente ne sont pas comparables à ceux qui ont pu continuer à exercer leur fonction. Le principe de la mutabilité du service public ne justifie en aucune manière une atteinte aux droits à la pension qui ne tient pas compte de l'objectif et des effets de la mesure litigieuse. La seule motivation de la mesure consiste à fournir un fondement légal à une pratique administrative illégale, mais aucune motivation portant sur le contenu n'est avancée pour justifier la distinction.

Il n'y a pas non plus de lien raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et l'objectif poursuivi, parce que la pension est diminuée de 54 p.c., ce que le Conseil des ministres ne conteste pas.

A.9. Le demandeur devant la juridiction *a quo* souligne pour terminer qu'auparavant, la pension était susceptible de péréquation (même si le traitement d'attente n'était ni indexé, ni adapté aux nouvelles échelles de traitement) conformément aux articles 12 et 19 de la loi du 9 juillet 1969 modifiant et complétant la législation relative aux pensions de retraite et de survie des agents du service public. Les dispositions en cause instaurent en la matière une discrimination sans justification objective et raisonnable.

- B -

B.1. La juridiction *a quo* demande à la Cour si l'article 36 de la loi du 29 juin 1976 « modifiant certaines dispositions de la loi communale, du Code rural, de la législation sur le régime de pensions du personnel communal et assimilé et réglant certaines conséquences des fusions, annexions et rectifications des limites des communes réalisées par la loi du 30 décembre 1975 », tel qu'il a été remplacé par l'article 53 de la loi du 3 février 2003 apportant diverses modifications à la législation relative aux pensions du secteur public, viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que « la pension des fonctionnaires qui ont été mis en position d'attente à la suite de la fonction accessoire qu'ils avaient exercée auparavant, est calculée sur la base de leur dernier traitement d'activité, qui, depuis le début de la position d'attente, ne suit plus l'évolution de l'indice des prix à la consommation, alors que tel n'est pas le cas pour les autres fonctionnaires bénéficiaires d'une pension ».

B.2. Les dispositions litigieuses sont libellées comme suit :

« Art. 53. L'article 36 de la loi du 29 juin 1976 modifiant certaines dispositions de la loi communale, du Code rural, de la législation sur le régime de pensions du personnel communal et assimilé et réglant certaines conséquences des fusions, annexions et rectifications des limites des communes réalisées par la loi du 30 décembre 1975 est remplacé par la disposition suivante :

‘ Art. 36. § 1er. Par dérogation à l'article 18 de la loi du 9 juillet 1969 modifiant et complétant la législation relative aux pensions de retraite et de survie des agents du secteur public, la pension attachée aux fonctions accessoires visées à l'article 21 et exprimée à l'indice-pivot en vigueur à la date de prise de cours de la pension, est établie sur la base du dernier traitement d'activité visé à cet article, ce traitement n'étant plus adapté à l'évolution de l'indice des prix à la consommation à partir de la date à laquelle l'agent a été mis d'office en position d'attente.

§ 2. Afin d'obtenir le montant de la pension visée au § 1er, le traitement de référence des cinq dernières années de la carrière visé à l'article 156, alinéa 2, de la nouvelle loi communale, est obtenu en prenant la moyenne :

- du dernier traitement d'activité, divisé par le coefficient qui exprime, le premier jour de la période de référence, la majoration par rapport à l'indice-pivot;

- du dernier traitement d'activité, divisé par le coefficient qui exprime, le dernier jour de la même période, la majoration par rapport à l'indice-pivot.

§ 3. Dans le cas où le dernier traitement a été réduit conformément à l'article 21, alinéa 2, la pension est établie sur la base du dernier traitement d'activité non réduit. Dans ce cas, la durée de la période durant laquelle le dernier traitement a été réduit, est multipliée par le rapport entre, d'une part, le traitement réduit et, d'autre part, le même traitement sans tenir compte de l'application de la réduction.

§ 4. La pension visée au § 1er est accordée à la demande de l'intéressé et ne peut être considérée comme résultant d'une mise d'office à la retraite.

§ 5. L'article 19 de la loi du 9 juillet 1969 précitée n'est pas applicable aux pensions visées au § 1er. ' ».

« Art. 89. L'article 53 s'applique également aux pensions en cours à la date d'entrée en vigueur de cet article ».

B.3. Les dispositions en cause concernent le régime des pensions des fonctionnaires en fonction accessoire qui, à la suite des fusions de communes, ont été mis d'office en position d'attente sur la base de l'article 21 de la loi précitée du 29 juin 1976, tel qu'il a été modifié par l'article 1er de l'arrêté royal n° 262.

Cet article 21 énonce :

« Tout agent cumulant un emploi principal avec un ou des emplois accessoires est mis d'office en position d'attente dans son ou ses emplois accessoires si le conseil communal n'en a pas décidé autrement dans les douze mois de son installation.

Dans cette position et jusqu'au moment où il remplit les conditions minimales requises pour solliciter sa pension de retraite, cet agent bénéficie d'un traitement d'attente égal à son dernier traitement d'activité, sauf si le conseil communal ou le conseil de l'aide sociale, selon le cas, décide de réduire ou de supprimer ce traitement en vue de l'exécution d'un programme d'assainissement.

Néanmoins, le traitement d'attente dont l'agent a bénéficié depuis le 1er janvier 1977 pour un ou plusieurs emplois accessoires, ne peut être ni réduit, ni supprimé, lorsqu'il constitue le seul revenu professionnel de cet agent. En outre, le traitement d'attente donne droit dans tous les cas, à la pension, pourvu que les conditions requises par la législation applicable en la matière soient remplies ».

L'article 36 originaire de la loi du 29 juin 1976 disposait, à propos du mode de calcul de la pension :

« Le traitement qui sert de base de calcul de la pension attachée aux fonctions accessoires visées à l'article 21, est le traitement d'attente prévu par cette disposition ».

B.4. La *ratio legis* du remplacement de l'article 36 de la loi du 29 juin 1976 par l'article 53 de la loi du 3 février 2003 a été expliquée comme suit dans l'exposé des motifs :

« Conformément à l'article 21 de la loi du 29 juin 1976 modifiant certaines dispositions de la loi communale, du Code rural, de la législation sur le régime de pensions du personnel communal et assimilé et réglant certaines conséquences des fusions, annexions et rectifications des limites des communes réalisées par la loi du 30 décembre 1975, tout agent cumulant un emploi principal avec un ou des emplois accessoires a été mis d'office en position d'attente dans son ou ses emplois accessoires si le conseil communal n'en a pas décidé autrement dans les douze mois de son installation.

Dans cette position et jusqu'au moment où il remplit les conditions minimales requises pour solliciter sa pension de retraite, cet agent bénéficie d'un traitement d'attente égal à son dernier traitement d'activité. Ce dernier traitement d'activité n'a pas suivi l'évolution de l'indice des prix à la consommation et n'a pas davantage été adapté aux éventuelles révisions barémiques.

Ce blocage intégral du traitement d'attente qui a été effectivement appliqué depuis la fusion des communes, a pour conséquence que la méthode habituelle qui consiste à calculer les pensions sur la base d'une moyenne quinquennale des traitements rattachés à l'indice-pivot 138,01 et transposés dans les barèmes en vigueur à la date de prise de cours de la pension, n'est pas adaptée au calcul de ces pensions.

La seule méthode qui soit conforme aux principes contenus dans la loi du 29 juin 1976 consiste à établir le traitement servant de base au calcul de la pension, en désindexant le dernier traitement d'activité réellement perçu par l'intéressé. En effet, comme les traitements d'attente des intéressés pour ces fonctions accessoires n'ont plus subi aucune modification depuis la fusion des communes, ils n'ont même pas été indexés, agir autrement aurait pour effet de leur accorder une pension largement supérieure au traitement d'attente perçu immédiatement avant la date de prise de cours de la pension, ce qui serait totalement incohérent.

Afin d'éviter toute contestation en la matière, le mode de calcul particulier de ces pensions qui dans la pratique a été appliqué depuis la fusion des communes est repris de façon explicite dans l'article 51 [actuellement l'article 53].

De plus, le § 4 stipule que la pension accordée pour une telle fonction accessoire après une période de position d'attente est accordée sur demande et ne peut pas être considérée comme une mise d'office à la retraite. En conséquence, une telle pension n'est pas visée par le régime préférentiel prévu en matière de cumul par l'article 5 de la loi du 5 avril 1994 régissant le cumul des pensions du secteur public avec des revenus provenant de l'exercice d'une activité professionnelle ou avec un revenu de remplacement.

Le § 5 précise que les pensions en cause ne sont pas péréquâtées » (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, DOC 50-1901/001, pp. 36-37).

B.5. L'article 36 de la loi du 29 juin 1976 ainsi remplacé instaure une différence de traitement entre les fonctionnaires bénéficiaires d'une pension pour une fonction accessoire dans laquelle ils ont été placés en position d'attente et les autres fonctionnaires bénéficiaires d'une pension. Cette différence de traitement repose donc sur un critère objectif. En effet, la position d'attente dans laquelle ont été mis les fonctionnaires en fonction accessoire ne peut être assimilée à une période d'exercice effectif de la fonction, de sorte que la période durant laquelle ils ont été mis dans cette position d'attente peut être prise en compte d'une façon différente pour le calcul de la pension, à condition que cette mesure n'ait pas d'effets disproportionnés.

B.6. Le but de la mesure consiste à tenir compte, pour le calcul de la pension, du blocage intégral du traitement d'attente que les fonctionnaires placés en position d'attente pour leur fonction accessoire ont perçu et qui correspond à leur dernier traitement d'activité (à l'index en vigueur à ce moment-là), lequel ensuite n'a plus suivi l'évolution de l'indice des prix à la consommation ni n'a été adapté aux éventuelles révisions des échelles de traitement. Cet objectif est légitime.

L'existence de décisions judiciaires ayant acquis force de chose jugée qui ont considéré qu'il n'existait aucune base légale pour le mode de calcul - repris aujourd'hui par le législateur - de la pension afférente à la fonction accessoire du demandeur devant la juridiction *a quo* ne porte pas atteinte à la légitimité de cet objectif. En effet, lesdites décisions étaient principalement basées sur le constat de l'absence de base légale pour le mode de calcul utilisé par l'administration. Le législateur fédéral, qui, en vertu de l'article 6, § 1er, VIII, alinéa 1er, 1<sup>o</sup>, cinquième tiret, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, tel qu'il a été remplacé par l'article 4 de la loi spéciale du 13 juillet 2001, est demeuré compétent pour fixer les régimes de pension du personnel et des mandataires des pouvoirs subordonnés, pouvait dès lors donner une base légale à ce mode de calcul, pour autant que cette réglementation soit conforme au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. L'article 89 en cause de la loi du 3 février 2003 dispose que l'article 53 s'applique également aux pensions en cours à la date d'entrée en vigueur de cet article, sans qu'un effet rétroactif ait été conféré à cette disposition, de sorte que l'autorité des décisions judiciaires antérieures n'est pas méconnue.

B.7. La désindexation du traitement d'attente correspondant au dernier traitement d'activité perçu pour la fonction accessoire et le fait que les éventuelles révisions des échelles de traitement ne soient pas prises en considération constituent une mesure adéquate pour atteindre l'objectif poursuivi par le législateur. En effet, la mesure permet, compte tenu du blocage du traitement d'attente, de calculer le traitement de base réduit qui sert à la fixation de la pension de base.

La Cour doit encore vérifier si la différence de traitement ainsi instaurée n'a pas d'effets disproportionnés.

B.8. Le maintien du dernier traitement d'activité indexé en guise de traitement d'attente, qui ne subirait aucune autre modification jusqu'au moment où les intéressés rempliraient les conditions minimales pour la pension de retraite, a été justifié en tant que mesure sociale au bénéfice des fonctionnaires qui ont perdu leur fonction accessoire dans le cadre des fusions de communes. Le fait que ces fonctionnaires perçoivent une pension moins importante en raison de la désindexation de ce traitement d'attente lors du calcul de la pension constitue une conséquence qui, vu la nature particulière de la rémunération, ne peut en tant que telle être considérée comme disproportionnée, eu égard à l'objectif de la mesure.

Toutefois, la mesure ne peut s'apprécier indépendamment de l'ensemble des dispositions qui régissent le mode de calcul de la pension pour la fonction accessoire et en particulier de l'article 8, § 1er, de la loi générale du 21 juillet 1844 sur les pensions civiles et ecclésiastiques et l'article 14 de l'arrêté royal du 26 décembre 1938 relatif au régime des pensions du personnel communal. Sur la base de ces dispositions, les pensions de retraite sont liquidées à raison, pour chaque année de service, d'un soixantième de la moyenne du traitement dont l'intéressé aura joui pendant les cinq dernières années de fonctions. La mesure instaurée par le législateur a de ce fait pour conséquence que, pour la période durant laquelle le fonctionnaire a effectivement exercé la fonction accessoire également, c'est-à-dire pour les années précédant le moment où il a été mis en position d'attente, sa pension est déterminée en fonction de la pension de base réduite, fixée en tenant compte du traitement d'attente auquel il avait droit en raison de la position d'attente dans laquelle il a été placé. Puisque le fonctionnaire a effectué au cours de cette période des prestations de service effectives et créé des droits à part entière, également en matière de pension, notamment par les cotisations qui ont été prélevées, la mesure, en tant qu'elle a trait aussi à la partie de la pension afférente à la

période précédant le moment où il a été mis en position d'attente, a des effets disproportionnés.

B.9. Dans la mesure indiquée en B.8, les dispositions en cause ne sont pas compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution et la question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

Les articles 53 et 89 de la loi du 3 février 2003 apportant diverses modifications à la législation relative aux pensions du secteur public violent les articles 10 et 11 de la Constitution, en tant qu'ils s'appliquent à la partie de la pension pour une fonction accessoire, afférente à la période qui précède le moment où un fonctionnaire a été mis en position d'attente dans cette fonction accessoire.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 6 juillet 2005.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts