

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 254.592 du 23 septembre 2022

A. 226.047/VIII-10.931

En cause : **SPASSER** Marthe-Élisabeth,
ayant élu domicile
au siège de la Centrale générale
des services publics (CGSP),
place Fontainas 9-11
1000 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative intercommunale à responsabilité
limitée ENODIA** (anciennement PUBLIFIN),
ayant élu domicile chez
M^{es} Simon PÀQUES et Luc BIHAIN, avocats,
Parc d'affaires Zénobe Gramme
square des Conduites d'Eau 7-8
bâtiment H
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 août 2018, Marthe-Élisabeth Spasser demande l'annulation de « la décision (apparemment adoptée le 27 avril 2018 par [L. V.], Responsable R.H.) par laquelle [elle] est mise d'office à la retraite pour inaptitude physique avec effet au 1^{er} mai 2018 ».

II. Procédure

Un arrêt n° 249.705 du 2 février 2021 a ordonné la reprise de la procédure au stade de la notification du rapport à la partie adverse et a accordé un nouveau délai à celle-ci pour déposer un dernier mémoire. Il a été notifié aux parties.

Un arrêt n° 251.900 du 20 octobre 2021 a rouvert les débats et chargé le membre de l'auditorat désigné par M. l'auditeur général de poursuivre l'instruction. Il a été notifié aux parties.

M. Alain Lefebvre, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport complémentaire sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport complémentaire a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 14 juin 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 septembre 2022.

M. Frédéric Gosselin, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Marine Wilmet, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Simon Pâques, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Alain Lefebvre, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans l'arrêt n° 251.900, précité. Il y a lieu de s'y référer, en rappelant les éléments suivants.

1. Le 27 avril 2018, L. V., responsable RH de la partie adverse, adresse le courrier suivant à la requérante, que celle-ci reçoit le 7 mai suivant d'après la requête :

« La législation relative à la pension d'office pour inaptitude physique prévoit que les personnes âgées de 62 ans au 1^{er} juillet 2016 et qui comptabilisent 365 jours d'absence pour maladie doivent être admises d'office à la pension pour inaptitude physique le 1^{er} jour du mois qui suit celui où ces conditions sont remplies.

Compte tenu de ce que vous comptabilisez, depuis le 1^{er} avril 2018, 365 jours d'absence pour maladie - décompte entamé en janvier 2017 -, vous remplissez les conditions légales pour être mise d'office à la pension pour inaptitude physique à tout le moins au 1^{er} mai 2018.

Bien que cette "mise à la pension" intervienne de manière automatique, la liquidation du montant de votre pension ne peut intervenir que pour autant que

vous adressiez un courrier par lequel vous sollicitez votre mise à la pension avec effet au 1^{er} mai 2018. En effet, vous devez formellement en faire la demande pour que la liquidation du montant de votre pension puisse vous être versée ».

La partie adverse lui envoie des rappels les 2 et 15 mai, et 12 juin 2018.

2. Le 15 mai 2018, le conseil d'administration de la partie adverse « acte la mise à la pension d'office pour cause d'incapacité physique, au 1^{er} mai 2018 de [la requérante] » et décide « de fixer au montant annuel de 11.336,08 euros, à l'indice pivot 138.01, la pension à lui allouer, sans préjudice des dispositions légales relatives aux pensions de retraite du secteur public ».

3. Le 18 mai 2018, la requérante lui adresse un « recours gracieux » (requête, p. 2) par lequel elle considère ne pas rencontrer les conditions pour être mise à la pension d'office. Elle précise : « la semaine prochaine, je dois recevoir une information officielle de la part de mon syndicat. Je vous en informerai dès que possible ».

4. Le 25 juin 2018, elle fait suite à son courrier du 18 mai et fait part à la partie adverse de sa « volonté de procéder à un recours administratif vis-à-vis de la décision qui [lui] est parvenue le 7 mai 2018 et qui indique [sa] mise à la pension d'office pour incapacité physique à la date du 1^{er} mai 2018 ». Elle expose les motifs pour lesquels elle conteste cette décision et demande à la partie adverse de revenir sur celle-ci.

5. Le 10 juillet 2018, la CGSP s'adresse à la partie adverse, en précisant « nous sommes interpellés par notre affiliée, Marie-Elisabeth Spasser », pour contester le courrier précité du 27 avril 2018. Elle l'invite « à régulariser la situation de [la requérante] dans un délai de trois semaines à dater de la présente, faute de quoi nous n'aurons d'autre choix que de soumettre votre décision illicite à la censure de la tutelle régionale ».

6. Le 20 juillet 2018, la même L.V., responsable RH, lui répond en ces termes :

« Nous faisons suite au courrier du 10 juillet 2018 que vous nous avez adressé dans le dossier de [la requérante].

Nous avons examiné avec attention les arguments que vous y développez pour nous faire revenir sur la décision que nous avons communiquée par écrit le 27 avril 2018 à [la requérante] de la mettre à la retraite d'office à partir du 1^{er} mai 2018.

Toutefois, ces arguments ne sont pas de nature à modifier notre analyse du dossier de votre affiliée. Nous pouvons bien mettre, sur la base de l'article 83,

§ 3, de la loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires, [la requérante] à la retraite d'office à partir du 1^{er} mai 2018.

Nous le justifions brièvement dans les développements qui suivent.

1. [La requérante] :

- est née le 7 décembre 1954;
- a eu :
 - o 62 ans le 7 décembre 2016;
 - o 62,5 ans le 7 juin 2016 [lire : 2017];
 - o 63 ans le 7 décembre 2017;
- est en maladie ou en congé sans discontinuité depuis le 1^{er} janvier 2017;
- a atteint 365 jours de maladie dans le courant de mars 2018.

2. Nous avons pris la décision de mettre d'office à la retraite [la requérante] au 1^{er} mai 2018 étant donné qu'à cette date, elle cumulait, depuis son 62^{ème} anniversaire, plus de 365 jours de maladie.

Nous faisons ici application de l'article 83, § 3 de la loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires (tel que modifié par une loi du 27 juin 2016) :

“ § 3. Le membre du personnel qui a atteint l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016, 62 ans et 6 mois à partir du 1^{er} janvier 2017, 63 ans à partir du 1^{er} janvier 2018 est mis d'office à la retraite le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel, sans avoir été reconnu définitivement inapte, il compte, depuis la date à laquelle il a atteint l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016, la date à laquelle il a atteint l'âge de 62 ans et 6 mois à partir du 1^{er} janvier 2017, la date à laquelle il a atteint l'âge de 63 ans à partir du 1^{er} janvier 2018, soit par congé, soit par disponibilité, soit par l'un et par l'autre, 365 jours d'absence pour cause de maladie ou 548 jours, s'il s'agit d'un invalide de guerre (...)”.

Selon notre interprétation de ce texte, les 365 jours doivent être calculés à partir du 7 décembre 2016, c'est-à-dire les 62 ans de [la requérante], sans qu'il faille repartir à zéro aux 62,5 ans et 63 ans de cette dernière.

Ce faisant, nous faisons une interprétation téléologique et logique de l'article 83, § 3 de la loi du 5 août 1978 en recherchant l'intention du législateur. Dans ce cadre, nous utilisons les travaux préparatoires ayant conduit à la modification de l'article 83, § 3. Cette interprétation n'est du reste pas contraire au texte de l'article 83, § 3.

3. Le texte précédent de l'article 83, § 3 de la loi du 5 août 1978 disposait que :

“ § 3. Le membre du personnel qui a atteint l'âge de 60 ans est mis d'office à la retraite le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel, sans avoir été reconnu définitivement inapte, il compte, depuis son soixantième anniversaire, soit par congé, soit par disponibilité, soit par l'un et par l'autre, 365 jours d'absence pour cause de maladie ou 548 jours, s'il s'agit d'un invalide de guerre”.

4. La modification apportée en 2016 visait à relever les conditions d'âge pour la mise à la retraite d'office.

On peut lire, dans les travaux préparatoires de la loi du 27 juin 2016, les éléments suivants (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., DOC 54, n°1880/001) :

“ La présente loi vise à adapter la référence à l'âge de 60 ans faite dans l'article 83 de la loi du 5 août 1978 avec l'évolution de l'âge pour partir en pension anticipée telle qu'elle résulte de la récente réforme des pensions”.

“ L'âge de 60 ans prévu par cet article 83 a été fixé à une époque où l'âge minimum pour être admis anticipativement à la retraite était également 60 ans.

Depuis, cet âge minimum a été augmenté à plusieurs reprises, pour se situer actuellement, et sous réserve des carrières longues, à 62 ans à partir du 1^{er} janvier 2016, à 62,5 ans à partir du 1^{er} janvier 2017 et à 63 ans à partir du 1^{er} janvier 2018.

Dans sa rédaction actuelle, l'article 83 n'est donc plus en phase avec la situation existante en matière de pension et il doit donc être adapté.

Tel est l'objet de l'article 2, qui relève l'âge de 60 ans à 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016, à 62, 5 ans à partir du 1^{er} janvier 2017 et à 63 ans à partir du 1^{er} janvier 2018".

5. Il convient donc d'interpréter l'article 83 modifié en ayant à l'esprit la réforme des pensions et notamment la réforme des conditions d'accès à la pension légale anticipée qui comporte :

- un relèvement progressif des conditions d'accès à la pension légale anticipée;
- un mécanisme de "cliquet" qui veut que si un travailleur satisfait à un moment donné aux conditions pour partir en pension légale anticipée, il "clique" un droit à la pension légale anticipée même si, par la suite, il ne satisfait plus aux conditions pour pouvoir partir en pension légale anticipée à la suite du relèvement progressif des conditions d'accès à la pension légale anticipée.

Il faut dès lors considérer que la condition d'âge de 62 ans est valable pour les personnes ayant atteint cet âge entre le 1^{er} juillet 2016 et le 31 décembre 2016 (cliquet), pour passer à 62,5 ans pour les personnes qui atteindront cet âge en 2017 (cliquet) et 63 ans à partir de 2018.

6. La suite des travaux préparatoires soutient d'ailleurs notre interprétation :

“ Rappelons que la durée d'un an peut être atteinte par l'addition de plusieurs périodes de maladie se situant, respectivement, à partir de l'âge de 62 ans, de 62,5 ans ou de 63 ans. Il ne doit donc pas nécessairement s'agir d'une période ininterrompue d'un an”.

Or, compte tenu de l'écart de 6 mois entre le 1^{er} juillet 2016 et le 1^{er} janvier 2017, cet extrait des travaux préparatoires n'a de sens que s'il est possible d'appliquer la condition d'âge de 62 ans même postérieurement au 1^{er} janvier 2017 et au relèvement à 62,5 ans.

En outre, en soulignant le fait qu'“il ne doit donc pas nécessairement s'agir d'une période ininterrompue d'un an”, le législateur laisse apparaître que son intention est de développer un “effet cliquet”. La condition d'âge de 62 ans pourra perdurer et les 365 jours pourront être acquis même dans des périodes se situant aux 63 ans ou 64 ans du travailleur concerné.

Relevons d'ailleurs qu'en application du principe de cohérence du législateur, les normes qu'il adopte doivent pouvoir être suivies d'effets. Si les 365 jours devaient être à chaque fois recalculés à zéro à partir de 62 ans puis 62,5 ans, cela signifie que le relèvement à 62 ans n'aurait en réalité jamais pu produire ses effets étant donné que ce délai de 6 mois entre les deux relèvements (période du 1^{er} juillet 2016 au 1^{er} janvier 2017) ne laissait pas assez de temps pour atteindre 365 jours d'absence pour cause de maladie pris depuis la date à laquelle il a atteint l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016 (modalités prévues expressément par le texte de l'article 83, § 3, étant entendu que le début de l'article 83, § 3, évoque “le membre du personnel qui a atteint l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016”, de telle sorte qu'est exclu le membre du personnel qui avait déjà 62 ans avant la date du 1^{er} juillet 2016 et qui aurait pu comptabiliser des jours d'absence pour cause de maladie avant le 1^{er} juillet 2016).

7. Notre interprétation est encore renforcée par le rapport fait au nom de la commission des affaires sociales (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., DOC 54, n° 1880/003) dans lequel on peut lire que :

- “Le ministre insiste sur la cohérence du projet de loi au regard de la décision de relever progressivement l’âge minimum de la retraite anticipée”. Ce passage permet à nouveau d’insister sur l’effet cliquet prévu dans le cadre du relèvement des conditions d’accès à la pension légale anticipée;
- “Le projet de loi n’affecte pas l’emploi dans le secteur public (que l’employeur soit l’autorité fédérale, une entité fédérée ou une autorité locale). Il ne crée pas non plus de charges nouvelles. En effet, si un travailleur atteint l’âge de 60 ans et qu’il est malade pendant une période de 365 jours postérieurement à cet âge, de par l’effet du projet, au lieu d’être mis d’office à la retraite sans aucune décision médicale, soit ce travailleur est, à l’issue de la période des 365 jours, rétabli et peut dès lors reprendre son activité; soit le travailleur n’est pas rétabli et peut être mis à la retraite d’office suite à une reconnaissance d’inaptitude définitive décidée par un service médical compétent”. Cet extrait permet de démontrer que le législateur n’entendait pas “créer de charges nouvelles”, ce qui signifie que le nouvel article 83 ne pourrait pas constituer un effet d’aubaine permettant à un travailleur de voir son compteur de jours être remis à zéro successivement à 62 ans, 62,5 ans et 63 ans.

8. Nous avons enfin attentivement examiné le courrier du 19 septembre 2016 rédigé par le Ministre des pensions que vous joigniez à votre courrier du 10 juillet 2018.

Nous relevons dans ce courrier la contradiction suivante, incompatible avec le texte de l’article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 :

- À la deuxième page, l’utilisation, pour une analyse de la situation du fonctionnaire âgé de 61 ans au 1^{er} mai 2016, d’un âge de référence pour l’application de l’article 83, § 3 de 62 ans au 1^{er} mai 2017 (au lieu des 62,5 ans applicables à cette date prévus par l’article 83, § 3) démontre bien une certaine absence de maîtrise du texte par les services que vous avez sollicités.

Du reste, la teneur du courrier est incompatible avec les propos tenus par le Ministre lors des travaux parlementaires ayant conduit à l’adoption de la loi du 27 juin 2016 et notamment l’affirmation qu’il n’y aurait pas de charges financières supplémentaires. Or, au moment d’interpréter un texte, ce sont bien les propos tenus devant l’assemblée législative ayant adopté le texte qui doivent être pris en considération et non les écrits subséquents d’un ministre.

En conséquence, notre [lire : votre] argumentation n’est pas de nature à modifier notre décision.

Par la présente lettre, nous espérons avoir dissipé les derniers malentendus qui pouvaient encore exister dans le chef de [la requérante] quant à l’application que nous faisons de l’article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 ».

IV. Compétence

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir que « l’acte attaqué et la mise à la pension d’office pour inaptitude physique décidée par [son] Conseil d’administration le

15 mai 2018 touchent à une question de droit subjectif qui relève de la compétence des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et non du Conseil d'État ». Elle estime que, par son action, la requérante exige d'elle « un comportement déterminé que le droit objectif mettrait à sa charge », et relève qu'elle soutient que les conditions prévues à l'article 83 de la loi du 5 août 1978 n'étaient pas remplies pour l'admettre d'office à la pension au 1^{er} mai 2018. Selon elle, la requérante « soutient qu'elle aurait dû ne pas être admise à la pension d'office et en conséquence accroître ses droits de pension légale durant quelques années », de sorte qu'elle contraint le Conseil d'État à se prononcer sur l'existence ou l'étendue de son droit subjectif à continuer à constituer des droits de pension durant un certain temps de manière à augmenter le montant de sa pension.

Elle n'ajoute rien dans son dernier mémoire.

IV.2. Appréciation

Il résulte clairement tant de la requête que des écrits de procédure que la requérante ne sollicite nullement la reconnaissance d'un quelconque droit subjectif, mais qu'elle critique la légalité objective de la décision du 15 mai 2018 de la mettre à la pension, telle qu'elle lui a été annoncée par le courrier précité du 27 avril 2018. À aucun moment elle ne demande au Conseil d'État de lui reconnaître un droit à la pension ou aux allocations y afférentes.

Le Conseil d'État est compétent pour connaître du recours.

V. Recevabilité

V.1. Thèse des parties

V.1.1. Le mémoire en réponse et le mémoire en réplique

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse observe que le recours est dirigé « contre la prétendue décision adoptée par L. V. le 27 avril 2018 », et qu'il s'agit d'une « opération matérielle » non destinée à produire par elle-même des effets de droit parce que la décision par laquelle elle a été admise à la retraite d'office pour inaptitude physique a été adoptée par son conseil d'administration le 15 mai 2018 et non pas par L. V. le 27 avril 2018. Selon elle, le courrier du 27 avril 2018 ne constitue pas un acte administratif attaquant devant le Conseil d'État, parce qu'il n'est pas de nature à faire grief à la requérante, se limitant à constater sa position juridique et les conséquences qui en découlent sans modifier l'ordonnancement juridique.

La requérante réplique que c'est bien la délibération précitée du 15 mai 2018 qu'elle attaque mais qu'elle ne pouvait pas l'identifier dans sa requête dans la mesure où elle n'en a eu connaissance qu'à la faveur du dépôt du dossier administratif.

V.1.2. Les observations de la partie adverse du 10 janvier 2022

Dans le cadre des mesures d'instruction diligentées par l'auditeur rapporteur à la suite de l'arrêt de réouverture précité, la partie adverse répond que le courrier du 20 juillet 2018 constitue un nouvel acte qui a remplacé celui du 27 avril 2018, et qu'il ne s'agit pas d'un simple acte confirmatif parce qu'il « n'est pas question » d'une identité de motifs, d'une absence de nouvel examen ni d'une simple lettre. Selon elle, l'acte attaqué a donc cessé d'exister depuis le 20 juillet 2020 et c'est ce nouvel acte qu'il convenait d'attaquer dans la mesure où le Conseil d'État ne connaît pas des recours contre les actes inexistantes et que la requérante en avait connaissance avant d'introduire son recours en annulation.

V.1.3. Les observations de la requérante du 17 février 2022

La requérante relève qu'à l'audience du 15 octobre 2021, l'auditeur rapporteur a indiqué dans son avis oral qu'il fallait considérer la décision du 20 juillet 2018 comme un acte confirmatif, voire purement confirmatif, et qu'il a conclu à l'absence d'incidence sur la recevabilité du recours en annulation. Elle rappelle la doctrine selon laquelle les actes confirmatifs ne modifient pas par eux-mêmes l'ordonnancement juridique et ne sont dès lors pas susceptibles de recours lorsqu'il s'agit d'actes individuels. Elle explique qu'un acte est confirmatif lorsque, pris par l'auteur d'une décision initiale ou son supérieur hiérarchique, il se borne à répéter celle-ci pour les mêmes motifs de droit, alors que les circonstances de fait n'ont pas changé. Elle ajoute que l'acte confirmatif présente trois caractéristiques cumulatives par rapport à l'acte antérieur : il doit avoir le même objet, présenter une identité de motifs et ne pas être pris en raison de nouvelles circonstances de droit ou de fait, et ne pas avoir fait l'objet d'un nouvel examen du dossier fondé « sur un élément nouveau qui n'était pas connu lors de la première décision », un acte pris sans nouvel examen effectif du dossier étant confirmatif du premier acte. S'agissant de cette troisième caractéristique, elle indique qu'il faut qu'il soit certain que « l'administration a procédé à un réexamen du dossier » et, excipant d'un arrêt n° 37.064 du 22 mai 1991, elle précise que « le réexamen ne peut se déduire d'une simple lettre dans laquelle l'administration répond qu'elle n'a pas changé d'avis ».

Elle estime qu'en l'espèce, la seule circonstance que le courrier du 20 juillet 2018 constitue la réponse à un recours gracieux n'est pas de nature à dénier le caractère confirmatif de l'acte pris sur recours gracieux, et qu'il a déjà été jugé que le rejet d'un recours gracieux, sans un réexamen de la demande, constitue un simple acte confirmatif qui n'est pas susceptible de recours. Elle ajoute qu'elle ne conteste pas que la première décision du 27 avril 2018 a un caractère définitif.

Selon elle, le courrier du 20 juillet 2018 rencontre les caractéristiques précitées d'un acte purement confirmatif parce que, d'une part, il y a identité d'objet et de motifs. Elle considère que ce courrier ne comporte pas de motifs nouveaux dans la mesure où l'analyse de la position du ministre des Pensions, inscrite dans un courrier du 19 septembre 2016, ne constitue pas un motif nouveau et « se rapporte uniquement à un examen de compatibilité de la position du ministre des Pensions avec l'interprétation faite de l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 qui est celle qui fonde l'acte attaqué. Les considérations sur une "certaine absence de maîtrise du texte par les services [du SPF]" et sur la valeur supérieure des travaux préparatoires aux écrits d'un ministre ne constituent pas de nouveaux motifs de droit – ni de fait ». Elle estime que le courrier du 20 juillet 2018 se limite à rappeler le régime légal qui fondait déjà l'acte attaqué et que si la législation n'était pas clairement identifiée, elle était à tout le moins visée et constituait incontestablement le fondement de celui-ci, et qu'il se borne à expliciter la date de prise de cours du calcul des 365 jours indiquée dans l'acte attaqué, en se référant toujours au régime légal, l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 et les travaux préparatoires. Elle en conclut qu'il ne comporte aucun motif nouveau complémentaire à ceux qui fondent l'acte attaqué.

Quant à la troisième caractéristique d'un acte confirmatif, elle relève que la partie adverse « n'établit pas qu'un nouvel examen du dossier a eu lieu, fondé sur un élément nouveau » qui n'était pas connu lors de la première décision. Elle cite la jurisprudence selon laquelle il y a un nouvel examen lorsque des nouveaux devoirs d'enquête ont eu lieu, lorsque la partie adverse invoque de nouveaux éléments qui ne figuraient pas dans la première décision, ou lorsqu'elle procède à un réexamen de la situation de la partie requérante. Selon elle, il ne suffit pas d'affirmer qu'un nouvel examen a eu lieu, la partie adverse devant démontrer que cet examen nouveau a été opéré et que l'acte subséquent est fondé sur un élément nouveau, ce qui n'est pas rapporté en l'espèce parce qu'elle répète que le courrier du 20 juillet 2018 consiste en une analyse détaillée de l'interprétation réservée par l'administration à l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978, en se fondant sur les travaux préparatoires, ce qui ne constitue pas un réexamen sur la base d'un élément nouveau et encore moins un réexamen de sa situation. Elle en conclut que le courrier du 20 juillet 2018 est un acte confirmatif de la décision du 27 avril 2018 qui lui fait grief et que « le recours en annulation, introduit contre la décision du 27 avril 2018 par laquelle [elle] est

mise d'office à la retraite pour inaptitude physique avec effet au 1^{er} mai 2018, est recevable ». Elle ajoute que, « dans un souci de sécurité juridique il conviendrait d'étendre l'objet du recours à l'acte du 20 juillet 2018 confirmant la décision litigieuse » et se réfère à un arrêt n° 69.698 du 17 octobre 1997 qui a déjà étendu d'office l'objet d'un recours en annulation à l'acte qui, émanant de la même autorité administrative, confirme la décision.

V.1.4. Le dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, elle fait valoir qu'elle ne peut suivre l'auditeur rapporteur selon lequel le courrier du 20 juillet 2018 constituerait un nouvel acte qui ne pourrait plus être attaqué. Elle expose que ledit courrier ne constitue pas une nouvelle décision mais « une simple lettre, adressée non pas à [elle], ni à son mandataire, mais à son organisation syndicale, dont l'auteur n'est autre que Madame L.V., responsable RH de la partie adverse ». Elle indique que la doctrine et la jurisprudence enseignent que le réexamen d'une décision ne peut se déduire d'une simple lettre où l'administration a la politesse de répondre de manière circonstanciée qu'elle n'a pas changé d'avis, et que pour considérer qu'il s'agit bien d'un nouvel acte, « il conviendrait à tout le moins que le recours gracieux de l'administré soit remonté à l'autorité compétente, qui eût alors procédé à un nouvel examen de la demande ». Elle se réfère à nouveau à l'arrêt n° 37.064 susvisé et cite en outre les arrêts n° 37.064 du 22 mai 1991, n° 2.211 du 20 février 1953, n° 3.713 du 15 octobre 1954 et n° 8.816 du 3 octobre 1961. Elle relève que le courrier litigieux est un simple courrier dont l'auteur, Madame L. V. responsable RH, « n'était pas compétente pour réformer l'acte attaqué ». Elle observe que la partie adverse ne soutient nullement que ce réexamen de sa demande aurait été examiné par son conseil d'administration. Elle estime qu'« il ressort de l'acte attaqué, adopté le 15 mai 2018 par le Conseil d'administration de Publifin, ainsi que du mémoire en réponse déposé le 6 novembre 2018 (p. 6, § 1 à 4), que Madame V. n'était pas l'autorité compétente pour adopter un tel acte et n'avait donc pas le pouvoir de réformer l'acte attaqué ». Elle ajoute que ce simple courrier ne lui a pas été notifié mais a été adressé à un tiers, à savoir son organisation syndicale, et qu'il a déjà été jugé qu'une simple lettre d'information destinée à faire connaître à un tiers, intervenu pour l'administré, les éléments sur lesquels un acte s'est fondé, ne peut être considérée comme un nouvel acte (C.E., 5 novembre 1959, n° 7.391) et que des explications nouvelles sur les motifs d'un acte ne sont pas de nature à affecter le caractère définitif de celui-ci (C.E., 7 juillet 1955, n° 4.481), de sorte qu'un tel courrier ne pouvait être interprété « que comme une explication de portée générale quant à la position de la partie adverse sur ce point de droit, à l'attention de [son] organisation syndicale et non pas comme un nouvel acte administratif [lui] opposable ».

Elle ajoute que le courrier du 20 juillet 2018 pourrait encore être attaqué et expose qu'il a été communiqué par Madame V. à son organisation syndicale, laquelle, selon elle, « ne s'est en aucun cas prévalu d'une qualité de mandataire (dont elle est dépourvue) dans le cadre du présent litige ». Elle en conclut que la nouvelle décision alléguée du 20 juillet 2018 ne lui a jamais été formellement notifiée de sorte « que le délai de recours contre cet acte vanté n'a jamais commencé à courir ». Selon elle, « lorsqu'un acte doit être notifié, le délai de recours ne commence à courir qu'à partir de sa notification, pour la personne à laquelle l'acte doit être notifié, peu importe la manière dont l'administré concerné a pu préalablement prendre connaissance de cet acte ». Elle ajoute qu'il « ne peut lui être fait grief de ne pas avoir attaqué un courrier ne lui étant pas destiné, ne revêtant pas les formes courantes d'un acte administratif attaquant et qui, s'il avait fallu le considérer comme tel, apparaissait comme purement confirmatif ». Elle conclut que « l'acte vanté du 20 juillet 2018 » n'a nullement acquis un caractère définitif, et qu'elle conserve en conséquence un intérêt au recours « puisque s'il fallait admettre - *quod non* - que le courrier du 20 juillet 2018 s'est substitué à l'acte attaqué, celui-ci serait de nouveau exécutoire après l'annulation de la prétendue décision du 20 juillet 2018 ».

Elle relève enfin que la jurisprudence admet, même d'office selon elle, l'extension de l'objet du recours à un acte adopté avant l'introduction de la requête lorsqu'il s'agit d'un acte confirmatif, de sorte que, bien qu'elle indique persister à considérer que le courrier du 20 juillet 2018 ne constitue nullement un acte administratif mais une simple explication destinée à son organisation syndicale, elle demande d'étendre l'objet du présent recours à ce courrier, ou éventuellement de considérer que le recours ne peut y être étendu parce qu'il ne s'agit en aucun cas d'un acte administratif pourvu d'effets juridiques, et elle développe un « nouveau moyen sur l'objet étendu » pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte en ce que l'auteur du courrier du 20 juillet 2018 est Madame L.V., responsable R.H. de la partie adverse, alors que la compétence d'admettre un agent à la retraite d'office appartient à son conseil d'administration.

V.1.5. Le dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse constate que le syndicat de la requérante indiquait bien agir pour le compte de celle-ci lorsqu'il l'a interpellée le 10 juillet 2018 de sorte qu'il agissait bien en tant que mandataire de la requérante, et elle répète que même s'il a été adressé à son syndicat, le courrier du 20 juillet 2018 était bien connu de la requérante, à tout le moins depuis le dépôt de sa requête en annulation le 30 [lire : 31] août 2018. À l'audience, elle insiste sur les difficultés administratives,

comptables et juridiques auxquelles elle serait confrontée en cas d'annulation de l'acte attaqué.

V.2. Appréciation

Ce n'est qu'au moment du dépôt du dossier administratif que la requérante a pu prendre connaissance de la délibération du conseil d'administration du 15 mai 2018 qui acte sa mise à la pension d'office pour cause d'inaptitude physique au 1^{er} mai 2018. Comme elle la précise dans son mémoire en réplique, et comme l'admet du reste la partie adverse dans l'exception d'incompétence qu'elle soulève dans son mémoire en réponse, c'est bien cette délibération qui constitue l'acte attaqué en l'espèce.

Il ne ressort d'aucune pièce du dossier administratif, et la partie adverse le confirme à l'audience sur interpellation du conseiller rapporteur, que le conseil d'administration aurait, d'une quelconque manière, validé le courrier précité du 20 juillet 2018 ou s'en serait approprié le contenu. Ce courrier ayant été adopté par L. V., responsable RH de la partie adverse, et non pas par le conseil d'administration de celle-ci, seul compétent pour statuer sur sa mise à la pension et, partant, sur son réexamen éventuel, le courrier du 20 juillet 2018 ne peut pas être appréhendé comme un acte nouveau qui, au terme d'un réexamen par l'autorité compétente, cristalliserait une nouvelle décision remplaçant la délibération du 15 mai 2018.

Le recours est recevable.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèse des parties

VI.1.1. La requête

La requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 'de réformes économiques et budgétaires', telle que modifiée par la loi du 27 juin 2016.

Elle retrace l'historique de l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 et estime que, ayant atteint l'âge de 63 ans en décembre 2017, elle ne pouvait compter 365 jours d'absence pour cause de maladie depuis cette date, au plus tôt, qu'en décembre 2018 et ne pouvait être mise à la retraite d'office qu'au premier jour du mois suivant, c'est-à-dire le 1^{er} janvier 2019. Selon elle, il n'est plus licite, en 2018, de faire, à l'instar de la partie adverse, application de ce paragraphe tel qu'il devait

être lu en juillet 2016 ou en janvier 2017 et il est donc abusif et illicite d'entamer le compte de 365 jours à partir du jour où l'agent avait atteint l'âge de 62 ans ou 62 ans et six mois. D'après elle, l'interprétation prétendument téléologique invoquée par la partie adverse est, en réalité, contraire à la volonté du législateur, telle qu'elle ressort clairement de l'exposé des motifs.

VI.1.2. Le mémoire en réponse

La partie adverse considère que la décision d'admettre la requérante à la retraite d'office pour inaptitude physique au 1^{er} mai 2018 ne viole aucune des dispositions visées au moyen. Elle soutient que la requérante était à cette date dans les conditions prévues par l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 pour qu'une telle mise à la retraite d'office puisse être décidée, à savoir, qu'elle avait atteint l'âge de 62 ans au 31 décembre 2016 et qu'elle totalisait 365 jours de maladie courant mars 2018.

Selon elle, depuis sa modification par la loi du 27 juin 2016 précitée, l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 précitée doit se lire comme suit :

« § 3. Le membre du personnel qui a atteint l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016, 62 ans et 6 mois à partir du 1^{er} janvier 2017, 63 ans à partir du 1^{er} janvier 2018 est mis d'office à la retraite le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel, sans avoir été reconnu définitivement inapte, il compte, depuis la date à laquelle il a atteint l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016, la date à laquelle il a atteint l'âge de 62 ans et 6 mois à partir du 1^{er} janvier 2017, la date à laquelle il a atteint l'âge de 63 ans à partir du 1^{er} janvier 2018, soit par congé, soit par disponibilité, soit par l'un et par l'autre, 365 jours d'absence pour cause de maladie ou 548 jours, s'il s'agit d'un invalide de guerre (..) ».

Pour elle, les 365 jours doivent être calculés à partir du 7 décembre 2016, c'est-à-dire les 62 ans de la requérante, sans qu'il faille repartir à zéro aux 62,5 ans et 63 ans de cette dernière. Elle estime faire une interprétation téléologique et logique de l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 en recherchant l'intention du législateur. Elle soutient que la modification apportée en 2016 à l'article 83, § 3, précité visait à relever les conditions d'âge pour la mise à la retraite d'office. Elle cite l'exposé des motifs et en déduit qu'il convient donc d'interpréter l'article 83 modifié en ayant à l'esprit la réforme des pensions et notamment la réforme des conditions d'accès à la pension légale anticipée qui comporte :

- un relèvement progressif des conditions d'accès à la pension légale anticipée;
- un mécanisme de « cliquet » qui veut que si un travailleur satisfait à un moment donné aux conditions pour partir en pension légale anticipée, il « clique » un droit à la pension légale anticipée même si, par la suite, il ne satisfait plus aux conditions pour pouvoir partir en pension légale anticipée à la suite du relèvement progressif des conditions d'accès à la pension légale anticipée.

Elle allègue que cela est du reste confirmé par l'avis du Conseil d'État sur l'avant-projet de loi qui reprend le contenu de la lettre envoyée par le Gouvernement avec l'avant-projet :

« Tout comme la réforme des pensions que le gouvernement a entrepris[e], nous ne pouvons plus attendre et devons sans délai également agir sur cette situation, raison pour laquelle lors du dernier conclave budgétaire d'avril 2016, il a été décidé de faire entrer en vigueur cette mesure au 1^{er} juillet 2016. Il convient d'ailleurs de noter que le relèvement de l'âge à 62 ans pour pouvoir bénéficier d'une pension anticipée, sur lequel s'aligne la mesure qui vous est soumise, est déjà en vigueur le 1^{er} janvier 2016 ».

Elle en conclut qu'il faut considérer que la condition d'âge de 62 ans est valable pour les personnes ayant atteint cet âge entre le 1^{er} juillet 2016 et le 31 décembre 2016 (cliquet), pour passer à 62,5 ans pour les personnes qui atteindront cet âge en 2017 (cliquet) et 63 ans à partir de 2018. Elle affirme que la suite des travaux préparatoires soutient d'ailleurs cette interprétation : « Rappelons que la durée d'un an peut être atteinte par l'addition de plusieurs périodes de maladie se situant, respectivement, à partir de l'âge de 62 ans, de 62,5 ans ou de 63 ans. Il ne doit donc pas nécessairement s'agir d'une période ininterrompue d'un an ». D'après elle, compte tenu de l'écart de 6 mois entre le 1^{er} juillet 2016 et le 1^{er} janvier 2017, cet extrait des travaux préparatoires n'a de sens que s'il est possible d'appliquer la condition d'âge de 62 ans même postérieurement au 1^{er} janvier 2017 et au relèvement à 62,5 ans. Elle ajoute qu'en soulignant le fait qu'« il ne doit donc pas nécessairement s'agir d'une période ininterrompue d'un an », le législateur laisse apparaître que son intention est de développer un « effet cliquet » et que la condition d'âge de 62 ans pourra perdurer et les 365 jours pourront être acquis même dans des périodes se situant aux 63 ans ou 64 ans du travailleur concerné.

Elle relève qu'en application du principe de cohérence du législateur, les normes qu'il adopte doivent pouvoir être suivies d'effets. Si les 365 jours devaient être à chaque fois recalculés à zéro à partir de 62 ans puis 62,5 ans, cela signifie selon elle que le relèvement à 62 ans n'aurait, en réalité, jamais pu produire ses effets étant donné que le délai de 6 mois entre les deux relèvements (période du 1^{er} juillet 2016 au 1^{er} janvier 2017) ne laissait pas assez de temps pour atteindre 365 jours d'absence pour cause de maladie pris depuis la date à laquelle il a atteint l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016 (modalités prévues expressément par le texte de l'article 83, § 3, étant entendu que le début de l'article 83, § 3, évoque « le membre du personnel qui a atteint l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016 », de telle sorte qu'est exclu le membre du personnel qui avait déjà 62 ans avant la date du 1^{er} juillet 2016 et qui aurait pu comptabiliser des jours d'absence pour cause de maladie avant le 1^{er} juillet 2016).

Selon elle, son interprétation est renforcée par le rapport fait au nom de la commission des affaires sociales dans lequel on peut lire que :

« Le ministre insiste sur la cohérence du projet de loi au regard de la décision de relever progressivement l'âge minimum de la retraite anticipée ».

Elle soutient que ce passage permet, à nouveau, d'insister sur l'effet cliquet prévu dans le cadre du relèvement des conditions d'accès à la pension légale anticipée. Elle cite l'autre extrait suivant :

« Le projet de loi n'affecte pas l'emploi dans le secteur public (que l'employeur soit l'autorité fédérale, une entité fédérée ou une autorité locale). Il ne crée pas non plus de charges nouvelles. En effet, si un travailleur atteint l'âge de 60 ans et qu'il est malade pendant une période de 365 jours postérieurement à cet âge, de par l'effet du projet, au lieu d'être mis d'office à la retraite sans aucune décision médicale, soit ce travailleur est, à l'issue de la période des 365 jours, rétabli et peut dès lors reprendre son activité; soit le travailleur n'est pas rétabli et peut être mis à la retraite d'office suite à une reconnaissance d'inaptitude définitive décidée par un service médical compétent ».

Elle allègue que cet extrait permet de démontrer que le législateur n'entendait pas « créer de charges nouvelles », ce qui signifie selon elle que le nouvel article 83 ne pourrait pas constituer un effet d'aubaine permettant à un travailleur de voir son compteur de jours être remis à zéro successivement à 62 ans, 62,5 ans et 63 ans.

Elle avance que l'ensemble de ces éléments permet en tous les cas de battre en brèche l'argumentation de la requérante selon laquelle il faudrait considérer qu'il faut aujourd'hui uniquement lire l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 précitée comme faisant uniquement référence à l'âge de 63 ans depuis le 1^{er} janvier 2018. Elle affirme que l'effet de progressivité prévu par le législateur s'oppose à la lecture radicale proposée par la requérante et invite, au contraire, à continuer à envisager les relèvements successifs à 62 ans, 62,5 ans et 63 ans et à calculer les 365 jours à compter de chacun de ces âges.

Selon elle, la manière dont la loi du 5 août 1978 précitée est reprise sur le site « législation consolidée » du Moniteur belge confirme son interprétation.

Pour répondre à l'argumentation développée par la requérante selon laquelle l'interprétation de la partie adverse serait contraire à la volonté du législateur, celle-ci relève ce qui suit :

« En premier lieu, il est incontestable que l'interprétation défendue par Madame Spasser conduirait manifestement à un surcoût pour Publifin, offrant à Madame Spasser plus de 9 mois supplémentaires d'absence pour cause de maladie valorisés pour le calcul de sa pension (Madame Spasser soutenant dans son dernier courrier du 7 septembre 2018 (pièce 13) qu'elle ne pourrait être admise à la retraite d'office qu'au 1^{er} février 2019) alors qu'elle est en incapacité de travail depuis le 1^{er} janvier 2017, ce qui revient à dire qu'elle bénéficierait au total de la valorisation de 760 jours d'absence pour cause de maladie pour le calcul de sa pension, soit plus du double de la norme prévue avant la modification légale de 2016.

En deuxième lieu, il est erroné de soutenir, comme le fait Madame Spasser, que le but poursuivi par le législateur était d'éviter de créer de nouvelles charges "sur le budget de l'État, spécialement celui des pensions". L'extrait des travaux parlementaires repris ci-dessus démontrent sans ambiguïté qu'il était question de ne pas créer de "charges nouvelles" après avoir visé l'employeur "autorité fédérale, entité fédérée ou autorité locale", ce qui signifie qu'il ne peut être question d'avoir voulu uniquement "éviter de créer de nouvelles charges sur le budget de l'État, spécialement celui des pensions" mais bien d'avoir [évité] de créer de nouvelles charges notamment pour l'autorité locale qu'est Publifin.

Ceci d'autant plus que la loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires vise à permettre à l'ensemble des composantes de l'État au sens large de faire des économies et qu'il serait aberrant que l'interprétation de la loi du 27 juin 2016 vise simplement à réaliser un transfert des coûts du budget de l'État fédéral (budget de pension) aux autorités locales (dont une intercommunale comme Publifin).

Or, l'interprétation de l'article 83, § 3 de la loi du 5 août 1978 défendue par Madame Spasser représenterait à trois titres une charge financière pour la collectivité :

- Une première charge pour Publifin en ce qu'elle reviendrait à la contraindre à payer à Madame Spasser 9 mois de rémunération supplémentaires sans qu'aucune contrepartie ne soit fournie de sa part (et en gardant à l'esprit que, du 1^{er} janvier 2017 au 30 avril 2018, Madame Spasser a déjà continué à bénéficier de sa rémunération sans fournir le moindre service).
- Une deuxième charge pour le Fonds de pension solidarisé assumant le coût de la pension de Madame Spasser étant donné que les 9 mois de rémunération supplémentaires qui lui seraient versés viendraient augmenter le montant de sa pension (sa carrière étant plus importante de 9 mois).
- Une troisième charge pour Publifin en ce que l'augmentation de la pension à verser par le Fonds de pension solidarisé pour Madame Spasser aurait pour conséquence une augmentation de la cotisation de responsabilisation réclamée à Publifin.

Cette triple charge supplémentaire serait manifestement contraire à l'esprit qui animait le législateur au moment d'adopter l'article 83, § 3 de la loi du 5 août 1978. Dès lors, l'interprétation défendue par Madame Spasser ne pourrait être suivie, car dévoyant la lettre et l'esprit du texte ».

Enfin, quant au courrier du 19 septembre 2016 rédigé par le ministre des Pensions auquel se réfère la requérante, elle y voit les contradictions qui sont, selon elle, incompatibles avec le texte de l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 et qu'elles exposent comme suit :

- « - à la première page, le ministre des pensions semble appliquer la condition d'âge de 62 ans à l'ensemble des membres du personnel, peu importe leur date de naissance, alors que le texte de l'article 83, § 3, mentionne explicitement : "le membre du personnel qui a atteint l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016, 62 ans et 6 mois à partir du 1^{er} janvier 2017, 63 ans à partir du 1^{er} janvier 2018" : le nouvel article 83, § 3, n'est applicable qu'aux membres du personnel qui atteignent l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} janvier 2016 et non à tous les travailleurs qui avaient 62 ans à cette date;
- à la deuxième page, l'utilisation, pour une analyse de la situation du fonctionnaire âgé de 61 ans au 1^{er} mai 2016, d'un âge de référence pour l'application de l'article 83, § 3, de 62 ans au 1^{er} mai 2017 (au lieu des 62,5 ans applicables à cette date prévus par l'article 83, § 3) démontre bien une certaine absence de maîtrise du texte par les services compétents.

Du reste, la teneur du courrier est incompatible avec les propos tenus par le ministre lors des travaux parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi du 27 juin 2016 et notamment l'affirmation qu'il n'y aurait pas de charges financières supplémentaires. Or, au moment d'interpréter un texte, ce sont bien les propos tenus devant l'assemblée législative ayant adopté le texte qui doivent être pris en considération et non les écrits subséquents d'un ministre ».

VI.1.3. Dernier mémoire de la partie adverse (déposé à la suite du premier rapport de l'auditeur)

La partie adverse rappelle tout d'abord que la loi du 27 juin 2016 prévoyait un relèvement progressif de l'âge à partir duquel les 365 jours d'absence pour cause de maladie doivent être calculés pour pouvoir mettre un agent d'office à la retraite, faisant passer cet âge de 60 ans à 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016, 62,5 ans à partir du 1^{er} janvier 2017 et 63 ans à partir du 1^{er} janvier 2018.

Elle expose que son interprétation revient à ce que le premier relèvement de 60 ans à 62 ans puisse sortir ses effets, étant donné que, sans l'effet cliquet appliqué par la partie adverse, ce premier relèvement n'aurait jamais pu sortir ses effets étant donné qu'il n'est pas possible d'avoir 365 jours d'absence en six mois et que l'interprétation défendue par la partie requérante revient à ce que le premier relèvement de 60 ans à 62 ans ne puisse jamais sortir ses effets, étant donné qu'il n'est pas possible d'avoir 365 jours d'absence en six mois.

Elle relève que le rapport de l'auditeur indique qu'« il est vrai que, comme le souligne la partie adverse, l'on voit mal comment le relèvement à 62 ans aurait pu produire ses effets étant donné que le délai de 6 mois entre ce relèvement et le relèvement suivant à 62,5 ans (période du 1^{er} juillet 2016 au 1^{er} janvier 2017) ne laissait pas assez de temps pour atteindre 365 jours d'absence pour cause de maladie pris depuis la date à laquelle l'agent a atteint l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016. Cette incohérence n'est cependant pas de nature à remettre en cause la conclusion qui précède ».

Selon elle, la concession d'incohérence à laquelle procède l'auditeur rapporteur avant de se rallier néanmoins à l'interprétation défendue par la partie requérante et conclure à l'annulation de l'acte attaqué invalide en réalité l'interprétation défendue par la partie requérante et confirme que la seule interprétation devant prévaloir est celle appliquée par la partie adverse lors de l'adoption de l'acte attaqué. Elle estime que le postulat de rationalité du législateur auquel doit pouvoir se fier tout sujet de droit s'oppose à ce que le Conseil d'État annule un acte en donnant la préséance à une interprétation incohérente de la loi.

De façon subsidiaire, elle souhaite attirer l'attention sur les conséquences graves de la conclusion à laquelle parvient l'auditeur sur la sécurité juridique, car elle estime qu'en se basant sur une interprétation cohérente, elle a adopté l'attitude qu'aurait adoptée une autorité administrative honnête, diligente et prudente placée dans les mêmes circonstances et qu'elle ne peut être sanctionnée pour cette attitude. Elle rappelle que la doctrine indique que la sécurité juridique est un principe général du droit à valeur constitutionnelle et considère qu'en l'espèce, ce principe doit pouvoir bénéficier à la partie adverse, confrontée à l'incohérence de la loi dans l'interprétation retenue par l'auditeur. Elle estime que si cette interprétation devrait être retenue, le Conseil d'État n'aura alors d'autre choix que de poser la question préjudicielle suivante à la Cour constitutionnelle :

« L'article 2 de la loi du 27 juin 2016 modifiant l'article 83 de loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires en ce qui concerne la mise à la retraite d'office après des jours d'absence pour cause de maladie viole-t-il les principes d'égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution belge combinés ou non avec le principe général de droit à valeur constitutionnelle de la sécurité juridique en ce qu'une partie des modifications apportées par cet article doivent être interprétées comme incohérentes car ne pouvant jamais être pratiquement mises en œuvre (car il n'est pas possible d'être malade 365 jours au cours d'une période calendrier de 6 mois), et cela alors qu'une autorité administrative se retrouverait alors sanctionnée par le Conseil d'État pour avoir donné une interprétation cohérente à cet article (le législateur ne faisant rien d'incohérent) en voyant annulé un acte administratif adopté sur la base de cette interprétation cohérente ? ».

VI.2. Appréciation

Avant sa modification par la loi du 27 juin 2016, l'article 83, § 3, de la loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires disposait que :

« § 3. Le membre du personnel qui a atteint l'âge de 60 ans est mis d'office à la retraite le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel, sans avoir été reconnu définitivement inapte, il compte depuis son soixantième anniversaire, soit par congé, soit par disponibilité, soit par l'un et par l'autre, 365 jours d'absence pour cause de maladie ou 548 jours, s'il s'agit d'un invalide de guerre ».

L'article 2 de la loi du 27 juin 2016 « modifiant la loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires en ce qui concerne la mise à la retraite d'office après des jours d'absence pour cause de maladie » dispose comme suit :

« Dans l'article 83 de la loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires, remplacé par la loi du 6 juillet 1982 et modifié par la loi du 13 décembre 2010 et les arrêtés royaux des 28 décembre 2006 et 11 décembre 2013, les modifications suivantes sont apportées :

- 1° les mots "60 ans" sont chaque fois remplacés :
 - par les mots "62 ans" à partir du 1^{er} juillet 2016;
 - par les mots "62 ans et 6 mois" à partir du 1^{er} janvier 2017;
 - par les mots "63 ans" à partir du 1^{er} janvier 2018;

2° les mots “son soixantième anniversaire” sont chaque fois remplacés :

- par les mots “la date à laquelle il a atteint l’âge de 62 ans” à partir du 1^{er} juillet 2016;
- par les mots “la date à laquelle il a atteint l’âge de 62 ans et 6 mois” à partir du 1^{er} janvier 2017;
- par les mots “la date à laquelle il a atteint l’âge de 63 ans” à partir du 1^{er} janvier 2018 ».

Tel qu’en vigueur le jour de l’acte attaqué, soit le 15 mai 2018, l’article 83, § 3, précité doit donc se lire comme suit :

« § 3. Le membre du personnel qui a atteint l’âge de 63 ans est mis d’office à la retraite le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel, sans avoir été reconnu définitivement inapte, il compte, depuis la date à laquelle il a atteint l’âge de 63 ans, soit par congé, soit par disponibilité, soit par l’un et par l’autre, 365 jours d’absence pour cause de maladie ou 548 jours, s’il s’agit d’un invalide de guerre ».

C’est par erreur que la banque de données JUSTEL, à laquelle se réfère la partie adverse, donne le texte suivant de l’article 83, § 3, précité :

« Le membre du personnel qui a atteint l’âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016, 62 ans et 6 mois à partir du 1^{er} janvier 2017, 63 ans à partir du 1^{er} janvier 2018 est mis d’office à la retraite le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel, sans avoir été reconnu définitivement inapte, il compte, depuis la date à laquelle il a atteint l’âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016, la date à laquelle il a atteint l’âge de 62 ans et 6 mois à partir du 1^{er} janvier 2017, la date à laquelle il a atteint l’âge de 63 ans à partir du 1^{er} janvier 2018, soit par congé, soit par disponibilité, soit par l’un et par l’autre, 365 jours d’absence pour cause de maladie ou 548 jours, s’il s’agit d’un invalide de guerre ».

En effet, les différents âges mentionnés ne doivent pas figurer en même temps dans le texte mais se succéder dans le temps.

Cette lecture de l’article 2 de la loi du 27 juin 2016 précitée résulte de ses termes clairs et est confirmée par ses travaux préparatoires qui mentionnent :

« ... à partir du 1^{er} juillet 2016, une mise à la retraite d’office ne pourra se produire que pour autant que l’agent totalise un an de congés ou disponibilité pour maladie pris à partir du moment où il a atteint l’âge de 62 ans. À partir du 1^{er} janvier 2017, une mise à la retraite d’office ne pourra se produire que pour autant que l’agent totalise un an de congés ou de disponibilité pour maladie pris à partir du moment où il a atteint l’âge de 62,5 ans. À partir du 1^{er} janvier 2018, une mise à la retraite d’office ne pourra se produire que pour autant que l’agent totalise un an de congés ou de disponibilité pour maladie pris à partir du moment où il a atteint l’âge de 63 ans ».

Elle est conforme à une interprétation téléologique de la loi, le législateur ayant voulu retarder progressivement l’âge de la pension.

Par ailleurs, il résulte des termes clairs de la loi que les 365 jours d'absence pour cause de maladie se comptent à partir du jour où l'agent a atteint l'âge de 63 ans. La circonstance que ces 365 jours ne doivent pas être consécutifs mais peuvent résulter de l'addition de plusieurs périodes d'absence différentes ne remet nullement en question ce point de départ.

Contrairement à ce qu'avance la partie adverse, l'interprétation de ce texte ne conduit à aucune incohérence.

En effet, avant l'adoption de la loi de 2016, les membres du personnel qui avaient atteint l'âge de 60 ans étaient mis d'office à la retraite dès qu'ils comptaient 365 jours d'absence pour maladie cumulés à partir de cet âge. Le relèvement à l'âge de 62 ans à partir du 1^{er} juillet 2016 a eu notamment pour conséquence que ces mêmes personnes ne pouvaient plus à partir de cette date être mises d'office à la retraite tant qu'elles n'avaient pas compté 365 jours d'absence pour maladie à partir du jour où elles avaient atteint cet âge de 62 ans, mais non pas que leur compteur de jours d'absences était remis à zéro à partir de cette date du 1^{er} juillet 2016, parce que le texte ne dit pas cela. Le texte ne dit pas non plus, contrairement à ce que semble affirmer la partie adverse lorsqu'elle prétend percevoir une contradiction dans la lettre du ministre des Pensions du 19 septembre 2016, qu'il ne s'appliquerait successivement qu'aux personnes atteignant 62 ans, 62 ans et 6 mois et 63 ans respectivement à partir du 1^{er} juillet 2016, 1^{er} janvier 2017 et 1^{er} janvier 2018. En effet, rien n'indique qu'il ne s'applique pas également successivement aux personnes qui ont atteint ces âges antérieurement à ces dates respectives.

Ainsi une personne ayant atteint l'âge de 62 ans, par exemple le 15 novembre 2015, et qui comptait déjà au 1^{er} juillet 2016, 360 jours de congé de maladie depuis l'âge de 60 ans, et à supposer qu'elle soit toujours absente pour maladie sans discontinuité depuis l'âge de 62 ans, devait être mise à la retraite le 1^{er} août 2016, si la loi du 27 juin 2016 n'avait pas été adoptée, mais était mise à la retraite d'office à la date seulement du 1^{er} décembre 2016, à la suite de l'adoption de cette loi, ce qui correspond bien à l'objectif de retarder progressivement l'âge de mise à la retraite.

À supposer que la même personne n'atteigne pas 365 jours de maladie au 31 décembre 2016, parce qu'elle aurait alors repris le travail pendant une période limitée (par exemple 50 jours du 1^{er} novembre au 20 décembre 2016), elle ne pouvait plus, à partir du 1^{er} janvier 2017, être mise à la retraite qu'au 1^{er} août 2017, soit à partir du moment où elle aurait atteint 365 jours de maladie, comptés non plus depuis le jour où elle avait atteint l'âge de 62 ans, mais bien depuis le jour où elle

avait atteint l'âge de 62 ans et 6 mois, c'est-à-dire le 15 mai 2016. Ce délai, prolongé des 50 jours de reprise du travail, serait ainsi venu à échéance le 3 juillet 2017, la mise à la retraite intervenant le premier jour du mois qui suit. Sans le passage de 62 ans à 62 ans et 6 mois prévu par la loi de 2016 à partir du 1^{er} janvier 2017, elle aurait été mise à la retraite six mois plus tôt, soit selon le calcul qui précède au 1^{er} février 2017.

Contrairement à ce qu'indique la partie adverse, la loi n'est donc nullement incohérente et le passage successif à l'âge de 62, puis 62 et 6 mois et finalement 63 ans était bien pourvu d'effet, conformément à l'objectif annoncé de retarder l'âge de la mise à la pension d'office et, en conséquence, de réduire la charge des pensions pour l'État fédéral.

La partie adverse fait grand cas d'une déclaration du ministre des Pensions au cours des travaux préparatoires selon lequel le projet de loi (de 2016) ne créerait pas de charges nouvelles. Dans cette déclaration, le ministre ne fait toutefois que rappeler que l'agent âgé qui est compte de nombreux jours de maladie peut être mis d'office à la retraite lorsqu'il atteint un certain nombre de jours de maladie à partir d'un certain âge mais peut également être mis à la retraite d'office avant d'avoir atteint ce nombre s'il est déclaré définitivement inapte au travail par le service médical, quel que soit son âge. Dans l'hypothèse où le membre du personnel en congé de maladie qui a atteint 365 jours de maladie après l'âge de 60 ans est effectivement déclaré définitivement inapte par le service médical, le relèvement de l'âge auquel l'agent est mis à la pension d'office (sans intervention du service médical) lorsqu'il atteint un certain nombre de jours de congé de maladie, n'entraîne effectivement pas une charge supplémentaire pour le service public employeur de ce membre du personnel. Si la déclaration du ministre des Pensions ne peut totalement convaincre sur l'absence d'effets de la loi en projet pour ces services publics, elle ne peut toutefois conduire à une interprétation de la loi qui serait contraire à son texte clair et à l'objectif annoncé.

En l'espèce, la décision de la partie adverse ayant été prise le 15 mai 2018, il fallait que la requérante totalisât un an de congés ou de disponibilité pour maladie pris à partir du moment où elle avait atteint l'âge de 63 ans. La requérante étant née le 7 décembre 1954, elle a atteint l'âge de 63 ans le 7 décembre 2017. Elle ne pouvait, dès lors, être pensionnée d'office avant le 1^{er} janvier 2019.

Le moyen est fondé.

S'agissant de la question préjudicielle que la partie adverse suggère dans son dernier mémoire, il convient de souligner d'emblée qu'en vertu de l'article 26,

§ 4, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ‘sur la Cour constitutionnelle’, « lorsqu’est invoquée devant une juridiction la violation, par une loi [...], d’un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d’abord à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution ». La même disposition stipule toutefois, en son alinéa 2, 2^o, que, par dérogation à l’alinéa 1^{er}, « l’obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ne s’applique pas [...] lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n’est manifestement pas violée ». Cette dispense de poser la question préjudicielle qui, selon la *ratio legis*, concerne précisément le Conseil d’État (*Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, rapport, n° 4-12/4, p. 6), consacre la théorie dite de l’« acte clair » (*Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, rapport, n° 4-12/4, p. 38) dans l’hypothèse où elle permet de constater une absence manifeste de violation de la Constitution (avis n° 45.905 du 3 mars 2009 de l’assemblée générale de la section de législation du Conseil d’État, p. 27), telle qu’elle est appliquée en droit communautaire à la suite de l’arrêt *Cilfit* du 6 octobre 1982 de la Cour de justice de l’Union européenne qui dispense une juridiction suprême d’un État membre de la saisir d’une question préjudicielle lorsque « l’application correcte du droit communautaire s’impose avec une telle évidence qu’elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » (avis n° 45.905 précité, p. 28). Cette théorie ne vaut donc que lorsque les conditions liées à l’économie de la procédure font apparaître que la question est « manifestement superflue » (*doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, rapport, n° 4-12/4, p. 49). Par ailleurs, comme le rappelle la Cour constitutionnelle, « c’est en règle à la juridiction qui interroge la Cour qu’il appartient de déterminer quelles sont les normes qui sont applicables au litige dont elle est saisie et, plus généralement, d’apprécier si la réponse à une question préjudicielle est utile à la solution du litige qu’elle doit trancher. Ce n’est que lorsque la réponse n’est manifestement pas utile à la solution du litige, notamment parce que la norme en cause n’est manifestement pas applicable à celui-ci, que la Cour peut décider que la question préjudicielle n’appelle pas de réponse » (C. const., arrêt n° 58/2018 du 17 mai 2018, B.3.2., à propos d’une question préjudicielle posée par la Cour de cassation).

En l’espèce, la question préjudicielle suggérée par la partie adverse suppose que le texte soit interprété d’une certaine manière et soit en conséquence porteur d’une incohérence. Or, comme il a été démontré ci-avant, si le texte nécessite une réflexion pour être bien compris, il est néanmoins clair et sans ambiguïté et n’est porteur d’aucune incohérence ni de contradiction, non seulement interne, mais également au regard des objectifs annoncés.

Il n'y a donc pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

VII. Indemnité de procédure

Dans une note de liquidation de dépens du 28 juillet 2021, la partie requérante sollicite une indemnité de procédure minimale (140 euros). Il y a lieu de faire droit à sa demande, en tenant compte de l'indexation prévue par l'arrêté ministériel du 22 juin 2022 entré en vigueur le 9 juillet 2022.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La décision du 15 mai 2018 du conseil d'administration de la société coopérative intercommunale à responsabilité limitée PUBLIFIN (actuellement société coopérative intercommunale à responsabilité limitée ENODIA) mettant d'office à la retraite Marthe-Élisabeth Spasser avec effet au 1^{er} mai 2018 est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 154 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre, le 23 septembre 2022, par :

Luc Detroux,
Frédéric Gosselin,
Raphaël Born,
Valérie Vanderpère,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Valérie Vanderpère

Luc Detroux