



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 65.309/3
van 4 maart 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft een publieke pensioentoezegging voor de contractuele personeelsleden’

Op 31 januari 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft een publieke pensioentoezegging voor de contractuele personeelsleden’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 26 februari 2019. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Wendy DEPESTER, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 maart 2019.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe uitvoering te geven aan artikel 12, tweede lid, van het decreet van 23 november 2018 ‘betreffende het Vlaams Pensioenfonds en het publieke pensioenstelsel voor de werknemers van de diensten van de Vlaamse overheid en andere besturen’.

Daartoe wordt aan deel VII, titel 4, van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2006 ‘houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid’ (hierna: het VPS) een hoofdstuk 15 (“Aanvullend pensioen voor de contractuele personeelsleden”) toegevoegd, dat bestaat uit artikel VII 109*novies*, waarin het recht op een aanvullend pensioen voor de contractuele personeelsleden wordt geregeld (artikel 1 van het ontwerp). Aan deel VII, titel 5, van het VPS, wordt een hoofdstuk 6 (“Overgangsbepaling naar aanleiding van de invoering van een aanvullend pensioen voor de contractuele personeelsleden”) toegevoegd, dat bestaat uit artikel VII 206, waarin wordt bepaald dat contractuele personeelsleden die behoren tot bepaalde categorieën, hun aanvullende pensioenregeling die geldt op 1 januari 2018 en die voordeliger is, kunnen behouden (artikel 2).

Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2018 (artikel 3).

RECHTSGROND

3.1. Het ontworpen besluit vindt in de eerste plaats rechtsgrond in het voormelde artikel 12, tweede lid, van het decreet van 23 november 2018 dat luidt:

“Het bevoegde orgaan dat de rechtspositieregeling van het personeel van de openbare werkgevers, vermeld in artikel 3, § 4, tweede lid, vaststelt, werkt de kenmerken van het publieke pensioenstelsel, vermeld in het eerste lid, en in de samenwerkingsovereenkomst, vermeld in artikel 9, nader uit in arbeidsvoorwaarden.”

3.2. Wat de toepassing betreft op de departementen en de intern verzelfstandigde agentschappen (hierna: IVA’s) zonder rechtspersoonlijkheid, vindt het ontworpen besluit bijkomend rechtsgrond in artikel 87, §§ 1 en 3, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

In zoverre het ontworpen besluit van toepassing is op het personeel van de IVA’s met rechtspersoonlijkheid en van de publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen, vindt het ook rechtsgrond in artikel III.23 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018, gelezen in samenhang met de bepalingen van de oprichtingsdecreten van de

genoemde agentschappen waarbij de bepalingen van dat bestuursdecreet van toepassing worden gemaakt op de betrokken agentschappen.

In zoverre het ontworpen besluit van toepassing is op het personeel van de strategische adviesraden, vindt het eveneens rechtsgrond in het voormelde artikel III.23 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018, gelezen in samenhang met de bepalingen van de oprichtingsdecreten van die raden waarbij de bepalingen van dat bestuursdecreet van toepassing worden gemaakt op de betrokken raden.

Wat de toepassing betreft op het personeel van de administratieve diensten van de Raad van het Gemeenschapsonderwijs, vindt het ontworpen besluit bijkomend rechtsgrond in artikel 67, § 2, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 ‘betreffende het Gemeenschapsonderwijs’.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4.1. Het derde en het vierde lid van de aanhef dienen te worden vervangen door één enkel lid, waarin verwezen wordt naar artikel III.23 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018.

4.2. In het huidige vijfde lid van de aanhef, dat het vierde lid wordt, dient de datum van het daarin vermelde decreet te worden ingevoegd, zijnde “23 november 2018”.

4.3. In het huidige achtste lid van de aanhef, dat het zevende lid wordt, dient de datum van het daarin vermelde protocol te worden ingevoegd.

Artikel 1

5.1. Uit het ontworpen artikel VII 109*novies*, zesde lid, van het VPS blijkt dat bepaalde contractuele personeelsleden worden uitgesloten van het voordeel van het aanvullende pensioen, namelijk het personeelslid met een arbeidsovereenkomst voor studenten, het personeelslid dat niet onder de Belgische Sociale Zekerheid ressorteert, het personeelslid van Sport Vlaanderen met een arbeidsovereenkomst voor occasioneel personeel en de occasionele lesgever van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding vermeld in artikel 1, 10°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 9 mei 2014 ‘houdende de agentschapspecifieke regeling van de rechtspositie van het personeel van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding’.

Gevraagd hoe het verschil in behandeling dat hieruit voortvloeit tussen deze personeelsleden en de overige contractuele personeelsleden die wel van de aanvullende pensioenregeling kunnen genieten, kan worden verantwoord in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“De werkgever moet bepalen aan welke categorieën van personeelsleden het aanvullend pensioen zal toegekend worden.

Bij de categorie-afbakening dienen een aantal vuistregels voor ogen te worden gehouden opdat het collectief karakter van de groepsverzekering niet op de helling komt te staan.

Eerst en vooral dient een categorie open te zijn, d.w.z. toegankelijk voor iedereen die aan de voorwaarden van de categorie voldoet. Tevens dient de categorie zo bepaald te zijn dat er meer dan één iemand kan aansluiten. Bijkomend dient ook rekening gehouden te worden met het non-discriminatiebeginsel waarbij de categoriebepaling niet mag leiden tot een ongeoorloofd onderscheid tussen verschillende groepen van werknemers. Bij het bepalen van de aansluitingsvoorwaarden werd rekening gehouden met dit non-discriminatiebeginsel. Het gelijkheidsbeginsel verhindert in dit verband niet dat ongelijke situaties ongelijk worden behandeld.

De toelichting bij het zesde lid van artikel VII 109*novies* (van het ontwerp) beoogt de uitsluitingen te verantwoorden door de verschillende situatie van bedoelde categorieën van contractuele personeelsleden verder te duiden¹. Aanvullend kan nog gesteld worden:

¹ Voetnoot 1 van het antwoord van de gemachtigde: In de toelichting bij deze bepaling wordt immers het volgende gesteld:

“4° Wat de aansluitingsvoorwaarden zijn (scope - onmiddellijke aansluiting)

a. Alle contractuele personeelsleden zijn aangesloten, ongeacht of het een contract van bepaalde of onbepaalde duur betreft (=collectief karakter van het Vlaams pensioenstelsel)

Met uitzondering van:

- i. De contractuele personeelsleden met een arbeidsovereenkomst voor studententewerking (= jobstudenten);
- ii. Het personeel dat niet onder de Belgische Sociale Zekerheid ressorteert; *de facto* gaat het over de personeelsleden die aangesloten zijn bij de Dienst Overzeese Sociale Zekerheid en over het naar lokaal recht aangeworven personeel in het buitenland: zij hebben weliswaar een contract met de DVO, maar arbeidsvoorwaarden die (kunnen) afwijken van het VPS en/of een sociale zekerheidsregeling (inclusief eerste pijler) bij de DOSZ of naar buitenlands recht;
- iii. De personeelsleden van Sport Vlaanderen die tewerkgesteld zijn met een arbeidsovereenkomst voor occasioneel personeel (AOP's, dit zijn contracten voor 1 of enkele dagen): het betreft de occasionele medewerkers van het agentschap Sport Vlaanderen met sporttechnische, sport pedagogische of sport organisatorische kwalificatie afdelingen Sportkader-opleiding, Sportpromotie en Inspectie en Bloso-centra, zoals bedoeld in artikel 2, §4 van het ministerieel besluit van 14 mei 2008 houdende vaststelling van de bijkomende of specifieke opdrachten bij de diensten van de Vlaamse overheid
- iv. De occasionele lesgevers van de VDAB, zoals gedefinieerd in artikel 1, 10°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 9 mei 2014 houdende de agentschap specifieke regeling van de rechtspositie van het personeel van de VDAB (ASB VDAB), en zoals tevens opgenomen in bijlage 1 (punt 7.3) bij het ministerieel besluit van 14 mei 2008 houdende vaststelling van de bijkomende of specifieke opdrachten bij de diensten van de Vlaamse overheid

De personeelscategorieën sub iii en iv zijn in de regelgeving uitgesloten van andere sociale voordelen in het VPS zoals maaltijdcheques (zie voor personeelscategorie iii artikel VII 109*bis*, tweede lid, 2° VPS en voor personeelscategorie iv artikel 16, tweede lid ASB VDAB) en hospitalisatieverzekering (zie voor personeelscategorie iii de omzendbrief hospitalisatieverzekering en voor personeelscategorie iv artikel 16, eerste lid ASB VDAB).

De personeelscategorie sub iv heeft bovendien in afwijking van artikel VII 20 en VII 22 van het VPS geen recht op een eindejaarstoelage (zie artikel 13 ASB VDAB).

- bepaalde uitsluitingen zijn wettelijk geregeld: bv arbeidsovereenkomsten in het kader van speciale door de overheid gesteunde opleidings-, arbeidsinpassings- en omscholingsprogramma's en jobstudenten.

- de Wap is niet van toepassing op de situatie waarin een Belgische werkgever in het buitenland personeel tewerkstelt met een arbeids[overeen]komst die niet onderworpen is aan het Belgisch recht; hier stelt de discriminatievraag zich derhalve niet.

- de personeelsleden aangesloten bij de Dienst Overzeese Sociale Zekerheid (en die derhalve niet ressorteren onder de Belgische Sociale Zekerheid) hebben een pensioenregeling die beter is dan de 1ste en de 2de pijler DVO samen wat maakt dat hun 'uitsluiting' verantwoord is.²

Ook al spreekt het Fsma zich niet uitdrukkelijk uit over het discriminatieaspect en behoort dit tot de bevoegdheid van de rechtbanken om dit te toetsen, toch werd dit met het Fsma overlegd en was de conclusie dat de gemotiveerde uitsluitingen redelijk verantwoord werden."

Gelet op het voorgaande, lijkt te kunnen worden aangenomen dat het voormelde verschil in behandeling niet kennelijk onredelijk is.

5.2. Naar luid van het ontworpen artikel VII 109*novies*, zevende lid, van het VPS valt het contractuele personeelslid onder de aanvullende pensioentoezegging "vanaf de datum van de contractuele indiensttreding".

Uit de nota aan de Vlaamse Regering blijkt weliswaar dat er "ook pensioenbijdragen [zullen] worden gestort voor het verleden (= 'backservice' of 'inhaalbijdragen')", maar het lijkt niet de bedoeling te zijn dat er ook dergelijke bijdragen zullen worden betaald, en dat er derhalve aanvullende pensioenrechten worden opgebouwd, voor de periode voorafgaand aan 1 januari 2018, datum met ingang waarvan luidens artikel 3 van het ontwerp het te nemen besluit uitwerking heeft.

De personeelscategorieën sub iii en iv worden gekenmerkt door een hoog aantal tewerkstellingen van sterk wisselende, vaak korte, duur (vaak middels een arbeidsovereenkomst voor een duidelijk omschreven werk) met een hoog aantal loopbaanincidenten (in- en uitdiensttredingen) als gevolg. Deze tewerkstellingen vormen voor betrokkenen ook vaak een bijjob (waarbij men in een groot aantal gevallen op basis van hun hoofdbetrekking recht heeft op hoger genoemde voordelen). Om voormelde redenen is het derhalve niet aangewezen voor deze personeelscategorieën te voorzien in onderhavige tweede pijlerregeling.

Volledigheidshalve: daarnaast moet voor alle duidelijkheid ook worden gesteld dat het Vlaams aanvullend pensioenstelsel niet van toepassing is op personen die geen arbeidsovereenkomst met de DVO hebben:

- Contracten waarvan de finaliteit ligt bij studie, stages, opleiding, het opdoen van praktijkervaring, e.d. (bv. BIO's, IBO's, GIBO's) -> zijn geen arbeidsovereenkomsten;
- Contracten in het kader van uitzendarbeid -> uitzendkrachten hebben een contract met het uitzendkantoor en hebben een eigen tweede pijlerregeling;
- CODO's (contractuelen betaald door het departement Onderwijs) -> vallen niet onder het VPS, maar onder een eigen rechtspositieregeling binnen de onderwijssector waarvan de vertoning is geregeld in artikel 98 van de programmawet van 30 december 1988 (BS 5 januari 1989).

b. Met onmiddellijke aansluiting op het moment van indiensttreding, ongeacht de leeftijd (ook jonger dan 25 jaar -> is een ruimer voordeel dan waartoe de wetgeving werkgevers verplicht)(§4)."

² Voetnoot 2 van het antwoord van de gemachtigde: De facto gaat het over de personeelsleden die aangesloten zijn bij de Dienst Overzeese Sociale Zekerheid en over het naar lokaal recht aangeworven personeel in het buitenland: zij hebben weliswaar een contract met de DVO, maar arbeidsvoorwaarden die (kunnen) afwijken van het VPS en/of niet ressorterend onder de WAP en/of een sociale zekerheidsregeling (inclusief eerste pijler) bij de DOSZ of naar buitenlands recht.

Dat blijkt echter niet uit de tekst van het ontwerp. Integendeel, uit het ontworpen artikel VII 109*novies*, zevende lid, van het VPS vloeit voort dat contractuele personeelsleden die voor 1 januari 2018 in dienst zijn getreden, vanaf de datum van hun indiensttreding onder de aanvullende pensioenregeling vallen.

Om dat te vermijden schrijve men in die bepaling dat het contractuele personeelslid onder de aanvullende pensioentoezegging valt “vanaf de datum van de contractuele indiensttreding *en ten vroegste vanaf 1 januari 2018*”.

Artikel 2

6.1. Het ontworpen artikel VII 206 van het VPS voorziet in de mogelijkheid voor de in die bepaling vermelde categorieën van contractuele personeelsleden, die hun aanvullende pensioenregeling die geldt op 1 januari 2018 en die voordeliger is, behouden, om vrijwillig te kiezen voor de regeling bepaald in het ontworpen artikel VII 109*novies* van het VPS.

Uit de nota aan de Vlaamse Regering blijkt dat die keuze “onomkeerbaar is en (...) slechts voor de toekomst [geldt]”. Dat blijkt evenwel niet uit de tekst van de ontworpen bepaling. Dit moet derhalve worden gepreciseerd.

Met het oog op een betere leesbaarheid van deze bepaling verdient het bovendien aanbeveling om die overstapmogelijkheid onder te brengen in een nieuw tweede lid van artikel VII 206 van het VPS³ dat als volgt zou kunnen luiden:

“De contractuele personeelsleden die behoren tot één van de in het eerste lid limitatief opgesomde categorieën kunnen er op elk ogenblik voor kiezen om over te stappen naar het aanvullend pensioenstelsel, bedoeld in artikel VII 109*novies*. Deze overstap is onomkeerbaar en geldt enkel voor de toekomst.”

6.2. De in het ontworpen artikel VII 206, 1°, 3°, 4° en 6°, van het VPS vermelde personeelscategorieën zijn “gesloten” categorieën, zijnde categorieën waarvan het aantal begunstigen niet kan toenemen, in tegenstelling tot de in de punten 2° en 5° van die bepaling vermelde personeelscategorieën, die “open” categorieën zijn, zijnde categorieën die ook openstaan voor contractuele personeelsleden die pas na de inwerkingtreding van de ontworpen regeling in dienst zullen treden.

Om dit onderscheid beter tot uiting te brengen, verdient het aanbeveling om het ontworpen artikel VII 206, 1°, 3° en 4°, van het VPS aan te vullen met de data van overheveling van de betrokken personeelsleden, zoals overigens in punt 6 van die bepaling is gebeurd.

6.3. Vermits, zoals vermeld, de in het ontworpen artikel VII 206, 2° en 5°, van het VPS vermelde personeelscategorieën “open” categorieën zijn, en dus ook personeelsleden die na 1 januari 2018 in dienst zijn getreden of zullen treden tot die categorieën kunnen behoren, is het contradictorisch om in de inleidende zin van die bepaling te schrijven dat ze *hun* aanvullende

³ De zinsnede “tenzij ze vrijwillig kiezen voor de generieke regeling, vermeld in artikel VII 109*novies*” moet dan worden geschrapt uit de inleidende zin van het ontworpen artikel VII 206 van het VPS.

pensioenregeling die geldt op 1 januari 2018, *behouden*. Op die wijze wordt immers de indruk gewekt dat deze bepaling enkel betrekking heeft op personeelsleden die op 1 januari 2018 al in dienst waren en daardoor al van het voordeel van een aanvullende pensioenregeling konden genieten.

Gesuggereerd wordt om de inleidende zin van het ontworpen artikel VII 206 van het VPS als volgt te herschrijven:

“In afwijking van artikel VII 109novies, wordt de op 1 januari 2018 bestaande aanvullende pensioenregeling, die voordeliger is, behouden voor de contractuele personeelsleden die behoren tot één van de volgende categorieën:”.

6.4. Volgens het ontworpen artikel VII 206, 5°, van het VPS behouden “de contractuele personeelsleden met een hooggekwalificeerde betrekking of een bijkomende en specifieke opdracht” hun aanvullende pensioenregeling die geldt op 1 januari 2018. Gevraagd welke personeelsleden hiermee worden bedoeld, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Deze personeelscategorieën worden omschreven in artikel I 4, §5, 3° en 4° VPS. De Vlaamse minister, bevoegd voor de bestuurszaken, stelt in overleg met de functioneel bevoegde minister of ministers per entiteit, raad of instelling de lijst vast van de contractuele functies die ressorteren onder de bijkomende of specifieke opdrachten (cf. ministerieel besluit van 14 mei 2008 houdende vaststelling van de bijkomende of specifieke opdrachten, zoals gewijzigd), alsmede de aan die bijkomende of specifieke opdrachten verbonden geldelijke regeling, voor zover die niet door dit besluit of een andere reglementering wordt geregeld (zie artikel VII 1, §3, 2° en 3° VPS).”

Het strekt tot aanbeveling dit nader in de ontworpen regeling te verduidelijken.

Artikel 3

7. Naar luid van artikel 3 van het ontwerp heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 januari 2018.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

Gevraagd hoe de terugwerkende kracht in dit geval kan worden verantwoord in het licht van het voorgaande, antwoordde de gemachtigde:

“De datum van 1 januari 2018 betekent dat er pensioenrechten opgebouwd worden met ingang van deze datum. Dit is een onderdeel of component van het pensioenplan. De contractuele personeelsleden van de diensten van de Vlaamse overheid/Serv en kabinetsaangestelden (die allen hetzelfde pensioenplan volgen) bouwen met ingang van 1

januari 2018 aanvullende pensioenrechten op in het Vlaams Pensioenstelsel. Er zullen derhalve ook pensioenbijdragen worden gestort voor het verleden (=‘backservice’ of ‘inhaalbijdragen’) en er zal ook een uitbetaling van het pensioenkapitaal (verworven reserves, achterstallen ...) voor deze verleden diensttijd kunnen gebeuren maar wel pas op de hierna vermelde datum.

De pensioenaanspraken zelf kunnen maar uitgeoefend worden bij de operationalisering van het fonds dat voorzien is tegen uiterlijk 1 juli 2019. Pas dan zullen de eerste aanvullende pensioenen uitgekeerd worden.

Het zal dus beter zijn om een onderscheid te maken tussen de datum van opbouw pensioenaanspraken (1 januari 2018) en de inwerkingtreding van het besluit (1 juli 2019). Ook het Fsma maakte reeds een gelijkaardige opmerking.

Bovenstaand onderscheid (opbouw van pensioenrechten vs. effectieve uitbetaling) wordt ook verduidelijkt in de artikelsgewijze bespreking van de inwerkingtredingsbepaling (artikel 3 van het ontwerp), maar kan zoals hiervoor aangegeven beter in de tekst van het besluit zélf duidelijker tot uitdrukking komen. Dit kan bijvoorbeeld door de opbouw van rechten vanaf 1 januari 2018 in [het] ontworpen artikel VII 109*novies*, eerste lid, van het VPS (artikel 1 van het ontwerp) zélf te verwerken, en in de inwerkingtredingsbepaling (artikel 3 van het ontwerp) de datum van inwerkingtreding van het besluit te koppelen aan de datum van operationalisering van het pensioenfonds op 1 juli 2019.

Het pensioenfonds als organisme wordt opgericht miv 15 november 2018; we kunnen niet retro-actief een Mips oprichten met alles wat erbij hoort aan financieringsplan, pensioenreglement, goedkeuring Fsma om pensioenverrichtingen te doen.... Maar het blijft mogelijk dat een werkgever via de arbeidsvoorwaarden een pensioentoezegging doet (afhankelijk van zijn financiële mogelijkheden) die in de tijd teruggaat (back-service) en een aantal maanden/jaren extra financiert voor aanvullend pensioen.”

Hiermee kan worden ingestemd. Gelet hierop moet in artikel 3 van het ontwerp worden bepaald dat het te nemen besluit in werking treedt op 1 juli 2019. Het gegeven dat aanvullende pensioenrechten worden opgebouwd met ingang van 1 januari 2018 vloeit dan voort uit het ontworpen artikel VII 109*novies*, zevende lid, van het VPS, mits die bepaling wordt aangevuld met de woorden “en ten vroegste vanaf 1 januari 2018” om de redenen vermeld in opmerking 5.2.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT