

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.753/1/V
VAN 4 SEPTEMBER 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 18 juli 2012 door de Vlaamse minister van Onderwijs, Jeugd, Gelijke Kansen en Brussel verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 7 september 2012, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van de regeling van de terbeschikkingstelling wegens persoonlijke aangelegenheden voorafgaand aan het rustpensioen voor de personeelsleden van het onderwijs, de centra voor leerlingenbegeleiding en de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap’, heeft het volgende advies gegeven:

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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe om de terbeschikkingstelling wegens persoonlijke aangelegenheden voorafgaand aan het rustpensioen te verminderen voor de personeelsleden die uitsluitend vastbenoemd zijn in het ambt van kleuteronderwijzer en af te schaffen voor de andere personeelsleden. Tevens beoogt het ontwerp de ingangsdatum van de terbeschikkingstelling wegens persoonlijke aangelegenheden voorafgaand aan het pensioen te koppelen aan de nieuwe pensioendatum waarop het personeelslid vervroegd met pensioen kan gaan. Dit betekent dat de ingangsdatum van de terbeschikkingstelling mee verschuift als de minimale leeftijd waarop het personeelslid met pensioen kan gaan, later dan 60 jaar valt.

Het ontwerp strekt er tevens toe om het bedrag van het wachtgeld voor bepaalde categorieën van personeelsleden te verlagen.

Te dien einde wijzigt het ontwerp het besluit van de Vlaamse Regering van 11 februari 2000 ‘betreffende de volledige terbeschikkingstelling wegens persoonlijke aangelegenheden voorafgaand aan het rustpensioen voor personeelsleden van het onderwijs en van de centra voor leerlingenbegeleiding’ en het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2002 ‘betreffende de terbeschikkingstelling wegens persoonlijke aangelegenheden voorafgaand aan het rustpensioen voor de personeelsleden van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap en van de Hogere Zeevaartschool’.

3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt geboden door de in het eerste tot het vijfde lid van de aanhef vermelde decreetsbepalingen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Hoofdstuk 2 van het ontwerp (artikelen 8 tot 12) wijzigt het voornoemde besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2002, dat overeenkomstig artikel 1, eerste lid, van dit besluit, van toepassing is op de personeelsleden van de Hogere Zeevaartschool.

Aangezien het ontwerp ook betrekking heeft op de personeelsleden van de Hogere Zeevaartschool, dient erop te worden gewezen, zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, reeds herhaaldelijk heeft gedaan, dat met toepassing van artikel 92*bis*, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, de gemeenschappen in ieder geval een samenwerkingsakkoord moeten sluiten voor de regeling van de aangelegenheden die betrekking hebben op de Hogere Zeevaartschool.¹ Men leze in dat verband de beschouwingen daaromtrent in het advies 45.372/1 van de afdeling Wetgeving van 13 november 2008 over een voorontwerp van bijzonder decreet ‘betreffende de overdracht van de inrichtende macht van de Hogere Zeevaartschool’²⁻³.

Gevraagd of er op dit ogenblik een samenwerkingsakkoord tussen de gemeenschappen bestaat over de aangelegenheden die betrekking hebben op de Hogere Zeevaartschool, heeft de gemachtigde geantwoord dat nog geen samenwerkingsakkoord is gesloten.

5. In verscheidene bepalingen van het ontwerp wordt rekening gehouden met het tijdstip waarop de betrokken personeelsleden geboren zijn, dus met hun leeftijd. Zo onder meer artikel 2 van het ontwerp (ontworpen artikel 2, §§ 3 en 4), artikel 5 van het ontwerp (ontworpen artikel 6/1, §§ 1 en 2), artikel 9 van het ontwerp (ontworpen artikel 5, § 2, eerste en tweede lid), artikel 10 van het ontwerp (ontworpen artikel 7/1) en artikel 12 van het ontwerp (ontworpen artikel 32/1).

¹ Althans naar de letter van die bepaling genomen. Over de grondwettigheid ervan zal, in voorkomend geval, het Grondwettelijk Hof uitspraak dienen te doen.

² *Parl.St.* Vl.Parl. 2008-09, nr. 2017/1, 46-48.

³ Zie onder meer ook de algemene opmerking in het advies 49.994/1/V van 26 juli 2011 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van de regelgeving betreffende sommige verloven en terbeschikkingstellingen voor de personeelsleden van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap’; zie ook advies 39.880/1 van 2 maart 2006 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot regeling van sommige verloven en terbeschikkingstellingen voor de personeelsleden van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap en van de Hogere Zeevaartschool’.

Op die wijze wordt de toekenning van bepaalde rechten afhankelijk gemaakt van het bereiken van een bepaalde leeftijd en worden de betrokken personeelsleden ongelijk behandeld al naargelang van hun leeftijd.

Het beginsel van niet-discriminatie op grond van leeftijd wordt beschouwd als een algemeen beginsel van het recht van de Europese Unie⁴ en wordt, specifiek wat arbeidsrechtelijke aangelegenheden betreft, gewaarborgd bij richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 ‘tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep’. Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, onder meer discriminatie op grond van leeftijd. Een direct op leeftijd gegrond verschil in behandeling vormt in beginsel een door het gemeenschapsrecht verboden discriminatie.

In artikel 16, § 1, van het decreet van 10 juli 2008 ‘houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid’, waarmee de voornoemde richtlijn 2000/78/EG in het interne recht is omgezet, wordt bepaald dat de ongunstige behandeling op grond van een beschermd kenmerk zoals de leeftijd⁵ geen directe discriminatie uitmaakt indien “die ongunstige behandeling objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.⁶

Het op de leeftijd gebaseerde verschil in behandeling, dat is vervat in de voornoemde ontworpen bepalingen, kan in het licht van hetgeen voorafgaat enkel toelaatbaar worden geacht indien daarvoor een voldoende verantwoording kan worden gegeven, zowel wat betreft het legitiem karakter van het beoogde doel betreft, als wat betreft het passend en noodzakelijk karakter van de middelen om dat doel te bereiken.

In het licht daarvan om een verantwoording gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“Er zijn twee grote doelstellingen om de TBS-regeling aan te passen. Deze hebben beide te maken met de activering van oudere personeelsleden. Langs de ene kant is er een tekort aan leerkrachten in het onderwijs. Om dit tekort op te vangen, moet er zowel gewerkt worden aan het aantrekken van nieuwe, jonge, leerkrachten als aan het behouden van leerkrachten die al in dienst zijn. Naar oudere leerkrachten toe betekent dat laatste dat er maatregelen moeten genomen worden om hen langer te laten werken. Het beperken en

⁴ HvJ 22 november 2005, C-144/04, *Mangold t. Helm*.

⁵ De beschermde kenmerken, waaronder de leeftijd, worden opgesomd in artikel 16, § 3, van het decreet van 10 juli 2008.

⁶ In het decreet van 10 juli 2008 wordt het verbod van discriminatie beoogd in onder meer een arbeidsrechtelijke context (artikel 20, eerste lid, 1° tot 3°, van het decreet) en het onderwijs (artikel 20, eerste lid, 5°, van het decreet).

op termijn opheffen van de TBS-regeling voorafgaand aan het pensioen kadert in dat beleid.

Langs de andere kant is er de gewijzigde federale pensioenwetgeving. Daarmee wordt de vaste leeftijd om ten vroegste met pensioen te gaan en die 60 jaar bedroeg, losgelaten. Wanneer de nieuwe pensioenwetgeving alsnog vanuit een leeftijds perspectief bekeken wordt, komt deze erop neer dat voor de meeste personeelsleden de leeftijd waarop zij ten vroegste met pensioen kunnen gaan met 2 jaar opgeschoven wordt. De federale beleidslijn dat personeelsleden 2 jaar langer moeten werken wordt doorgetrokken in de TBS regeling.

Vanuit het oogpunt dat een personeelslid het verloop van zijn loopbaan moet kunnen inschatten, zijn er overgangsmaatregelen uitgewerkt voor personeelsleden die al in de TBS regeling konden instappen of die redelijkerwijze konden verwachten op 58 jaar met TBS te kunnen gaan. Hierbij is gewerkt met afgebakende periodes op basis van de geboortedatum omdat dit een duidelijk en objectief criterium is. Bij het vaststellen van de verschillende periodes is gekeken naar hoe ver de personeelsleden van een mogelijke instap in de TBS regeling stonden. Daarbij zijn de mogelijkheden om in de TBS regeling in te stappen gradueel afgebouwd tot ofwel een volledige opheffing van de regeling of een beperking van de TBS-termijn tot 2 jaar voor personeelsleden aangesteld in het ambt van kleuteronderwijzer.

Zo blijven voor wie in 2012 60 jaar wordt of wie vóór de inwerkingtreding van de gewijzigde regeling in het TBS-stelsel kon instappen de huidige regels gelden. Dit zijn alle personeelsleden die voor 1 april 1954 geboren zijn. Voor personeelsleden die vanaf 1 april 1954 en vóór 1 januari 1957 geboren zijn, dit zijn de personeelsleden die in 2012 56 of 57 jaar worden, blijft de mogelijkheid van een periode van 2 jaar TBS behouden maar de instapdatum is afhankelijk van de datum waarop zij volgens de nieuwe pensioenregels ten vroegste met pensioen kunnen gaan en er geldt een vermindering van het wachtgeld. Voor personeelsleden die in het jaar 1957 geboren zijn en in 2012 55 jaar worden, wordt de TBS-termijn tot maximaal 1 jaar beperkt.”

Op het eerste gezicht lijkt die uitleg een verantwoording te kunnen bieden voor de ingevoerde verschillen in behandeling op grond van leeftijd. De Raad van State moet er echter wel op wijzen dat hij geen volledig inzicht in de problematiek heeft, zodat hij zich ook niet met zekerheid kan uitspreken over de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie.

6. Het ontworpen artikel 6/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 februari 2000 (artikel 5 van het ontwerp) en het ontworpen artikel 7/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2002 (artikel 10 van het ontwerp) voorzien in een ongelijke behandeling met betrekking tot de hoogte van het wachtgeld.

In het ontworpen artikel 6/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 februari 2000 wordt bepaald dat het wachtgeld of de wachtgeldtoelage wordt beperkt tot een percentage van het huidige wachtgeld of wachtgeldtoelage. Hoe langer een personeelslid werkt en bijgevolg hoe minder terbeschikkingstelling het personeelslid opneemt, hoe hoger dat percentage zal zijn. Het ontworpen artikel 6/1, § 1, heeft betrekking op de personeelsleden die

geboren zijn vanaf 1 april 1956 en die uitsluitend vastbenoemd zijn in het ambt van kleuteronderwijzer of kleuteronderwijzer algemene en sociale vorming; hiervoor verminderen de percentages van 82,5% tot 75%. Het ontworpen artikel 6/1, § 2, heeft betrekking op de personeelsleden die geboren zijn vanaf 1 september 1954 en die niet uitsluitend vastbenoemd zijn in het ambt van kleuteronderwijzer of kleuteronderwijzer algemene en sociale vorming; hiervoor bedragen de percentages 77, 5% of 75%.

Het ontworpen artikel 7/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2002 bevat voor de personeelsleden van de hogescholen bepalingen die gelijkaardig zijn als die van het ontworpen artikel 6/1. De beperking van het wachtgeld geldt voor personeelsleden die geboren zijn vanaf 1 april 1954. Het wachtgeld wordt beperkt tot een percentage van het huidige wachtgeld. Dat percentage bedraagt 77,5% of 75%.

De vraag rijst of er voor deze ongelijke behandelingen een objectieve, pertinente en redelijke verantwoording bestaat met het oog op het bereiken van een legitiem doel en of de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Naar een verantwoording hiervoor gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“Het beperken van de hoogte van het wachtgeld en het verschil in de hoogte van het wachtgeld al naargelang de volledige termijn van de TBS opgenomen wordt of slechts een gedeelte daarvan, heeft tot doel de personeelsleden te stimuleren langer te blijven werken. Volgens de huidige regelgeving bedraagt het wachtgeld dat personeelsleden die in een volledige TBS zitten, gemiddeld 54 % van het brutoloon terwijl een personeelslid dat deeltijds werkt 50 % van het brutoloon krijgt. Door de verlaging van het wachtgeld, wordt het voor een personeelslid wel aantrekkelijker gemaakt om nog deeltijds te blijven werken in plaats van in het TBS-stelsel in te stappen.

Om dezelfde redenen, namelijk het stimuleren van personeelsleden om langer te blijven werken, varieert de hoogte van het wachtgeld al naargelang de gehele periode van de TBS opgenomen wordt of de opgenomen periode met 1 of meerdere jaren verminderd wordt. Wie de volledige TBS periode opneemt krijgt een lager wachtgeld dan wie dat niet doet.”

Ook hier is er op het eerste gezicht geen reden om te twijfelen aan de pertinentie van de verantwoording.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 13

7. Luidens artikel 13 van het ontwerp heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 september 2012. Aan het te nemen besluit wordt dus terugwerkende kracht verleend.

Het is bekend dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar is, namelijk ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en erdoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Gevraagd naar een verantwoording voor deze terugwerkende kracht, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“De beslissing van de federale overheid om de vaste leeftijd waarop een personeelslid ten vroegste met pensioen kan gaan los te laten treedt in werking op 1 januari 2013 maar aangezien de TBS voorafgaand aan het rustpensioen op 58 jaar ingaat (vanuit de redenering 2 jaar voor het personeelslid met pensioen kan gaan) heeft de maatregel van de federale overheid meteen impact op de TBS-regeling. De Vlaamse overheid heeft dan ook meteen werk gemaakt van een analyse van impact van de federale maatregel op de TBS-regeling en de vraag of het nodig was om de TBS-regeling aan te passen en zo ja op welke wijze. Het is van begin af aan de bedoeling geweest de nieuwe TBS-regeling zo vlug mogelijk in werking te laten treden. Bij de inwerkingtreding van het besluit moet rekening gehouden worden met de vaste data waarop een personeelslid in een TBS-stelsel kan instappen. Deze data zijn 1 september (of 1 oktober voor de hogescholen), 1 januari en 1 april.

Gezien de gevoeligheid van het dossier heeft het hele proces om tot een overeenstemming over de aanpassingen aan de TBS-regeling te komen, een aantal maanden in beslag genomen. Op dat moment was 1 april 2012 al voorbij. De overheid heeft zich dan gericht op de eerstvolgende instapdatum en dat is 1 september 2012, ook al was zij zich er van bij het begin van bewust dat het onwaarschijnlijk was dat de gewijzigde regelgeving vóór die datum zou goedgekeurd zijn. Om retroactiviteit te vermijden zou de eerstvolgende mogelijke datum van inwerkingtreding echter 1 januari 2013 zijn en dat is gelet op de noodzaak om zo vlug mogelijk een gewijzigde TBS-regeling te kunnen toepassen, te laat.

Zodra er tussen de overheid en de representatieve vakorganisaties een overeenkomst was over de krachtlijnen van de aanpassingen aan de regelgeving met betrekking tot de TBS voorafgaand aan het rustpensioen, zijn hierover op 22 mei 2012 mededelingen voor het hoger onderwijs en voor het niet-hoger onderwijs gepubliceerd op de website van Onderwijs en Vorming. Deze mededelingen hebben een tijd op de eerste pagina van de website gestaan en zijn nu terug te vinden op <http://www.ond.vlaanderen.be/nieuws/2012/0522-tbs.htm> en op de subpagina van

‘wetwijs’. Ook in de publicatie ‘Klasse voor leerkrachten’ van juni 2012 is deze mededeling kenbaar gemaakt.

De nieuwe TBS-regeling werkt niet meer met een vaste uitstapleeftijd maar met een variabele leeftijd op basis van de leeftijd waarop het personeelslid volgens de nieuwe pensioenwetgeving ten vroegste met pensioen kan gaan (de zogenaamde P-datum). Voor een aantal sectoren waaronder het onderwijs is het lange tijd onduidelijk geweest hoe die P-datum moest berekend worden. Het vaststellen van de P-datum is echter de bevoegdheid van de federale overheid, in casu de PDOS.

De verantwoording voor de retroactiviteit is dus dat er om de impact van de nieuwe pensioenregeling te ondervangen zo vlug mogelijk een nieuwe TBS-regeling moet komen en dat de eerstvolgende instapdatum voor de personeelsleden in het TBS-stelsel 1 september 2012 is. Zodra de krachtlijnen van de nieuwe regelgeving duidelijk waren, is hierover een mededeling opgesteld die via verschillende kanalen aan de personeelsleden en directies in het onderwijs kenbaar gemaakt is.”

Hoewel enig begrip kan worden opgebracht voor de verantwoording van de terugwerkende kracht, dient te worden vastgesteld dat de terugwerkende kracht die aan de ontworpen bepalingen wordt verleend niet in al haar onderdelen beantwoordt aan de voorwaarden voor de toelaatbaarheid ervan. Dit is met name niet het geval doordat nadelige financiële gevolgen worden veroorzaakt voor de betrokkenen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	B. SEUTIN,	
	P. SOURBRON,	staatsraden,
	M. RIGAUX,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer R. AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

P. LEMMENS