



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 62.043/2/V-VR/V
du 12 septembre 2017

advies 62.043/2/V-VR/V
van 12 september 2017

sur

over

un avant-projet de loi 'relatif à la non prise en considération de services en tant que personnel non nommé à titre définitif dans une pension du secteur public, modifiant la responsabilisation individuelle des administrations provinciales et locales au sein du Fonds de pension solidarisé, adaptant la réglementation des pensions complémentaires, modifiant les modalités de financement du Fonds de pension solidarisé des administrations locales et provinciales et portant un financement supplémentaire du Fonds de pension solidarisé des administrations locales et provinciales'

een voorontwerp van wet 'met betrekking tot het niet in aanmerking nemen van diensten gepresteerd als niet-vastbenoemd personeelslid voor een pensioen van de overheidssector, tot wijziging van de individuele responsabilisering van de provinciale en lokale overheden binnen het gesolidariseerd Pensioenfonds, tot aanpassing van de reglementering inzake aanvullende pensioenen, tot wijziging van de modaliteiten van de financiering van het Gesolidariseerde pensioenfonds van de provinciale en plaatselijke besturen en tot bijkomende financiering van het Gesolidariseerde pensioenfonds van de provinciale en plaatselijke besturen'

Le 4 août 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Pensions à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours ^{*}, sur un avant-projet de loi 'relatif à la non prise en considération de services en tant que personnel non nommé à titre définitif dans une pension du secteur public, modifiant la responsabilisation individuelle des administrations provinciales et locales au sein du Fonds de pension solidarisé, adaptant la réglementation des pensions complémentaires, modifiant les modalités de financement du Fonds de pension solidarisé des administrations locales et provinciales et portant un financement supplémentaire du Fonds de pension solidarisé des administrations locales et provinciales'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 30 août 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Luc DETROUX, conseillers d'État, Christian BEHRENDT, assesseur, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Jean-Luc PAQUET, premier auditeur.

L'avant-projet a été examiné par les chambres réunies des vacations les 30 août 2017 et 12 septembre 2017. Les chambres réunies étaient composées de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, président et Jan SMETS, président de chambre, Martine BAGUET, Luc DETROUX, Wouter PAS et Patricia DE SOMERE, conseillers d'État, et Bernadette VIGNERON et Greet VERBERCKMOES, greffiers.

Le rapport a été rédigé par Jean-Luc PAQUET, premier auditeur et Wendy DEPESTER, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre LIÉNARDY et Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 12 septembre 2017.

*

^{*} Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par les chambres réunies en application de l'article 85bis.

Op 4 augustus 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Pensioenen verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen * een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'met betrekking tot het niet in aanmerking nemen van diensten gepresteerd als niet-vastbenoemd personeelslid voor een pensioen van de overheidssector, tot wijziging van de individuele responsabilisering van de provinciale en lokale overheden binnen het gesolidariseerd Pensioenfonds, tot aanpassing van de reglementering inzake aanvullende pensioenen, tot wijziging van de modaliteiten van de financiering van het Gesolidariseerde pensioenfonds van de provinciale en plaatselijke besturen en tot bijkomende financiering van het Gesolidariseerde pensioenfonds van de provinciale en plaatselijke besturen'.

Het voorontwerp is door de tweede vakantiekamer onderzocht op 30 augustus 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Luc DETROUX, staatsraden, Christian BEHRENDT, assessor, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jean-Luc PAQUET, eerste auditeur.

Het voorontwerp is door de verenigde vakantiekamers onderzocht op 12 september 2017. De verenigde kamers waren samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, voorzitter en Jan SMETS, kamervoorzitter, Martine BAGUET, Luc DETROUX, Wouter PAS en Patricia DE SOMERE, staatsraden, en Bernadette VIGNERON en Greet VERBERCKMOES, griffiers.

Het verslag is opgesteld door Jean-Luc PAQUET, eerste auditeur en Wendy DEPESTER, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre LIÉNARDY en Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 september 2017.

*

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de verenigde kamers met toepassing van artikel 85bis.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

L'avant-projet a pour objet :

– de consacrer une « pratique administrative »¹ aux termes de laquelle les services prestés par un agent contractuel nommé jusqu'au 30 novembre 2017 sont, s'ils répondent à deux conditions², « pris en considération pour l'octroi et le calcul de la pension du secteur public » c'est-à-dire assimilés sous ce double angle comme des services prestés en qualité d'agent nommé à titre définitif et, par ailleurs, d'énoncer la règle selon laquelle désormais les services précédemment accomplis en tant qu'agents contractuels par des agents nommés définitivement à partir du 1^{er} décembre 2017 ne seront plus pris en compte dans le régime de pensions du secteur public, mais dans le régime des travailleurs salariés³ (articles 2 à 10 de l'avant-projet) ; corollairement, il est prévu d'une part, de mettre en place un encadrement encourageant le développement par « les administrations publiques et les organismes publics » de régimes de

[‡] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ À propos de cette « pratique administrative », la Cour des Comptes écrit dans l'une de ses publications intitulée « Évolutions actuelles en matière de pensions publiques – évaluation intermédiaire » : « Jusqu'à présent, tous les services temporaires et contractuels antérieurs à la nomination à titre définitif sont pris en compte pour une pension dans la fonction publique, en vertu de la réglementation relative aux pensions dans le secteur public et de la jurisprudence administrative établie. Seuls quelques services « précaires » sont exclus. Les deux critères utilisés par la Cour des comptes et le SdPSP pour déterminer l'admissibilité de services découlent directement de la loi de base du 21 juillet 1844, à savoir :

-la désignation dans la fonction émane d'une autorité qui a le pouvoir de nommer ;

-la fonction est rémunérée à la charge du Trésor public.

Ce n'est que lorsque l'admissibilité de services prestés dans un organisme d'intérêt public était examinée dans le cadre d'une pension unique pour une carrière mixte qu'un critère supplémentaire était pris en compte conformément à la loi de base : l'organisme devait disposer d'un régime de pension statutaire ou d'un régime de pension du secteur public en vigueur à ce moment-là.

Comme la Cour des comptes l'a relevé dans son 169e Cahier, le SdPSP applique depuis peu des conditions supplémentaires concernant l'admissibilité des services contractuels et temporaires. Le SdPSP estime que les services contractuels et temporaires à reprendre dans la pension publique se limitent à ceux qui ont été prestés dans une fonction *pour laquelle le statut prévoyait une nomination à titre définitif au moment où ces services ont été prestés* et uniquement dans la mesure où les agents nommés à titre définitif de cette administration sont soumis à ce moment à un régime de pension du secteur public » (https://www.ccrek.be/Docs/2014_05_ThemesPensions.pdf).

² À savoir, comme le prévoit l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet :

« 1^o ait été rémunéré par son employeur soit à charge du Trésor public, soit par la même source de financement que celle des membres du personnel nommés à titre définitif ;

2^o et ait été revêtu d'un grade dans lequel une nomination à titre définitif était possible selon le statut en vigueur à ce moment-là auprès de son employeur ».

³ Sauf en ce qui concerne les services prestés en qualité de temporaire dans l'enseignement pour autant qu'ils soient suivis d'une nomination à titre définitif répondant aux conditions de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet (article 4 de l'avant-projet).

pension complémentaire pour leurs agents contractuels en déterminant les organes de concertation au sein desquels, tant au niveau fédéral que des entités fédérées ⁴, les organisations syndicales seront associées à l'instauration d'un tel régime (articles 15 à 20 de l'avant-projet) et, d'autre part, de supprimer, pour les administrations publiques, la possibilité de ne pas externaliser l'instauration d'un régime de pension complémentaire (articles 21 à 23 de l'avant-projet) ;

– de modifier le dispositif applicable en matière de responsabilisation individuelle des administrations provinciales et locales au sein du Fonds de pension solidarisé afin, d'une part, de prendre en compte dans la facture de responsabilisation individuelle, une part des coûts exposés par les employeurs publics responsabilisés pour la constitution d'une pension complémentaire au profit de leur personnel contractuel (articles 11 à 13 de l'avant-projet) et, d'autre part, de glisser, par phases, d'un système de paiement annuel de la cotisation de responsabilisation à un système de paiement mensuel (articles 24 et 25 de l'avant-projet) ;

– d'organiser un système de financement supplémentaire du Fonds de pension solidarisé des administrations locales et provinciales, en y affectant une part du revenu de la cotisation de modération salariale (articles 28 et 29 de l'avant-projet).

OBSERVATION PRÉALABLE

Dans son introduction, l'exposé des motifs précise

« Sur un plan général, le Gouvernement estime que la réforme des pensions doit aller de pair avec le développement des pensions complémentaires en ce compris pour le personnel contractuel. Or, comme l'indique la Commission de réformes des pensions 2020-2040, dans son rapport « Propositions de la Commission de réforme des pensions 2020-2040 pour une réforme structurelle des régimes de pensions », le maintien des services prestés en tant que contractuel dans le régime de pension des travailleurs salariés relève de la logique même dans le cas d'une généralisation d'un régime de pensions complémentaires pour les contractuels du secteur public (p. 118). Dans ce cadre, et pour la fonction publique fédérale, le Gouvernement a décidé de prévoir, par le biais d'un deuxième pilier de pension, une pension complémentaire pour les contractuels, qu'ils terminent ou non leur carrière revêtus d'une nomination à titre définitif. Une telle mesure est d'ailleurs prévue dans l'accord gouvernemental signé le 9 octobre 2014 ».

À cet égard, l'exposé des motifs poursuit

« Le présent projet vise par ailleurs à apporter des adaptations à la réglementation des pensions complémentaires afin de mieux tenir compte des spécificités propres au secteur public notamment en matière de relations collectives et dès lors d'encourager, comme le prévoit l'accord de gouvernement, les administrations publiques et les organismes publics à développer un régime de pension complémentaire pour leurs personnels contractuels. Comme indiqué précédemment, l'État fédéral montrera l'exemple et instaurera une pension complémentaire pour son personnel contractuel. Les administrations seront tenues progressivement de confier leurs pensions complémentaires à un organisme de pension ».

⁴ En ce compris pour le secteur de l'enseignement (article 48/2, § 1^{er}, 4^o, alinéa 1^{er}, g) et i), en projet à l'article 19 de l'avant-projet).

Certes, le Titre IV de l'avant-projet porte modification de la réglementation des pensions complémentaires en ce qui concerne les engagements de pension public et plus particulièrement, en son chapitre Ier, de la loi du 28 avril 2003 'relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celle-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale ». L'entrée en vigueur de ce chapitre est fixée au 1^{er} décembre 2017 par le chapitre II de ce même titre.

Ceci implique que si le cadre légal sera ainsi effectivement mis en place pour que les intentions exprimées dans l'exposé des motifs puissent être mises en œuvre, il n'en demeure pas moins que ce faisant, le régime de pensions complémentaires dont la conclusion devrait être concomitante, soit conclu au plus tard le 1^{er} décembre 2017, à celle du nouveau régime des assimilations, ne pourra *de facto* pas encore être parfaite. Aussi longtemps que l'instauration d'un système de pension complémentaire n'a pas eu lieu, c'est en conséquence tout un pan non négligeable de la stratégie gouvernementale qui n'aura pas été concrétisé.

Or, la simple possibilité offerte de mettre en place un régime de pension complémentaire pour les travailleurs contractuels engendre une grande incertitude quant à la question de savoir si celui-ci le sera et, à supposer qu'il le soit, quelle sera la situation matérielle des agents : seront-ils en capacité d'espérer un résultat identique à celui dont ils bénéficient dans le régime actuel compte tenu de la « jurisprudence administrative » appliquée jusqu'au 30 novembre 2017 ? De même, certains agents sont en droit de s'interroger sur la situation qui sera la leur par l'addition de la pension légale et de la pension complémentaire qui leur seront versées lors de la mise à la retraite.

Le dépôt d'un tel avant-projet sur le bureau de la Chambre des représentants implique de compléter l'exposé des motifs et le commentaire des articles d'exemples concrets et chiffrés afin que les membres du Parlement puissent se prononcer en connaissance de cause sur la portée d'une réforme aussi importante que celle ici envisagée. À cet effet, des tableaux devraient permettre de comparer la situation d'agents dont la carrière a débuté et s'est terminée en qualité d'agent statutaire, avec celles d'agents qui furent, en tout ou partie, prestées en qualité d'agents statutaires définitifs, stagiaires, temporaires ou contractuels qui par ailleurs purent bénéficier de certains régimes spécifiques au titre de la politique de l'emploi ou de mesures en vue de la résorption du chômage. La mixité de certaines carrières requiert en effet d'envisager diverses hypothèses selon que ces régimes ont, soit pris isolément, soit combinés entre eux, pu mener l'agent contractuel à une nomination statutaire définitive.

OBSERVATION GÉNÉRALE RELATIVE À LA COMPÉTENCE

Ainsi qu'il vient d'être exposé, l'avant-projet repose sur le principe que pour les agents qui seront nommés définitivement pour la première fois après le 30 novembre 2017, les services qu'ils auront prestés en tant qu'agents contractuels auprès d'un employeur public ne seront plus pris en compte dans les régimes de pensions des secteurs publics. Ce faisant, comme l'indique l'exposé des motifs, l'avant-projet se donne comme objectif d'éliminer une inégalité de traitement qui résulte de ce que « dans la situation actuelle, des services contractuels prestés de façon identique auprès d'un même employeur seront en matière de pension de retraite valorisés

de manière différente selon que l'agent termine sa carrière muni ou non d'une nomination à titre définitif, les services prestés par des agents nommés par la suite à titre définitif étant mieux valorisés que ceux prestés par les personnes qui terminent leur carrière sans avoir été nommées ».

L'avant-projet entraîne toutefois une inégalité de traitement entre agents nommés définitivement ayant la même ancienneté de service en fin de carrière selon que ces années de service auront ou non été prestées en partie en tant que membres du personnel contractuels. Même à supposer que cette différence de traitement soit susceptible de justification au regard du principe d'égalité, la non prise en considération dans le régime des pensions du secteur public de services prestés en tant que membre du personnel contractuel par des agents nommés définitivement pour la première fois après le 30 novembre 2017 constitue pour ces agents une moindre valorisation pour leur pension des services qu'ils auront prestés, par rapport à celle dont ils bénéficieraient à politique inchangée. Selon l'exposé des motifs, cette réforme « doit aller de pair avec le développement de pensions complémentaires en ce compris pour le personnel contractuel ». L'avant-projet ne met pas toutefois pas en place un tel régime de pensions complémentaires. Selon l'exposé des motifs, « pour la fonction publique fédérale, le Gouvernement a décidé de prévoir par le biais d'un deuxième pilier de pension, une pension complémentaire pour les contractuels, qu'ils terminent ou non leur carrière revêtus d'une nomination à titre définitif ». Il résulte des modifications en projet de la loi du 28 avril 2003 que l'intention de l'auteur de l'avant-projet est que pour les membres du personnel contractuel qui relèvent des services des gouvernements des communautés et des régions ou des organismes d'intérêt public qui en dépendent, ainsi que pour le personnel contractuel de l'enseignement, ces régimes de pensions complémentaires ne seront pas mis en œuvre par l'autorité fédérale, mais par les employeurs de ces membres du personnel qui devront eux-mêmes instituer de tels régimes et en prévoir le financement.

La question se pose de savoir si la réforme ainsi envisagée et partiellement mise en place par le présent avant-projet s'inscrit dans le respect des règles relatives à la répartition des compétences entre l'État fédéral, les communautés et les régions. La réponse à cette question doit tenir compte du fait que la répartition des compétences se pose en des termes différents selon qu'il s'agit de membres du personnel des services des gouvernements (A), des personnes morales de droit public (B), de l'enseignement (C) ou des pouvoirs subordonnés (D).

A. En ce qui concerne les services des gouvernements des communautés et des régions

L'article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' (ci-après dénommée : LSRI) dispose :

« Les Communautés et les Régions fixent les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel définitif, temporaire et auxiliaire, à l'exception des règles relatives aux pensions. En matière de pensions, leur personnel est soumis aux règles légales et statutaires applicables au personnel définitif, temporaire et auxiliaire de l'État ».

Il résulte de la première phrase de cette disposition que les communautés et les régions sont compétentes pour déterminer les règles relatives au statut de leur personnel, en ce compris de leur personnel qui n'est pas nommé définitivement, mais à l'exception des règles relatives à leur pension. Les communautés et les régions ne sont donc pas compétentes pour

prévoir des règles relatives aux pensions des membres de leur personnel, qu'il soit définitif, temporaire ou auxiliaire. Il résulte de la deuxième phrase de cette disposition que lorsqu'il exerce ses compétences en matière de pensions, le législateur fédéral ne peut prendre des dispositions qui auraient pour conséquence que les conditions d'octroi et le calcul de l'allocation de pension du personnel ne suivraient plus, pour le personnel des communautés et des régions, les mêmes règles que celles applicables au personnel de l'État ⁵.

Dans la mesure où il ne fixe aucune disposition qui aurait pour objet ou pour effet de soumettre les membres du personnel des communautés et des régions à des règles différentes pour le calcul de leur pension, le Titre II de l'avant-projet est conforme à l'article 87, § 3, LSRI.

En revanche, le Titre IV, ainsi qu'il résulte de l'article 48/2, § 1^{er}, 4^o, alinéa 1^{er}, b), c), e), f) et h), en projet de la loi 28 avril 2003 (article 19 de l'avant-projet), dans la mesure où il vise le personnel contractuel des communautés et des régions et, ainsi que le confirme l'exposé des motifs, entend prévoir un cadre dans lequel les communautés et les régions pourraient adopter, chacune en ce qui concerne les membres de son personnel contractuel, des « régimes de pension » au sens de cette loi, méconnaît les règles répartitrices de compétence de l'article 87, § 3, LSRI puisque, d'une part, si les communautés et les régions instaurent effectivement de tels régimes de pension, elles excèderaient leurs compétences relatives au statut de leur personnel, telles qu'elles sont définies dans la première phrase de cette disposition et que, d'autre part, ce personnel ne serait plus en matière de pensions soumis aux règles légales et statutaires applicables au personnel définitif, temporaire et auxiliaire de l'État. La circonstance que la loi du 28 avril 2003 peut, comme on le lira ci-dessous, se rattacher non pas à la compétence de l'État fédéral en matière de pensions publiques, mais à ses compétences en matière, notamment, de « droit du travail et de la sécurité sociale », visée à l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12^o, LSRI, ne modifie pas cette conclusion ; il va de soi que, dans l'exercice de ses compétences dans cette matière, l'État fédéral doit tenir compte également des autres règles répartitrices de compétence et, en particulier, de l'article 87, § 3, LSRI.

En conclusion, si, comme l'annonce l'exposé des motifs, l'intention de l'auteur de l'avant-projet est, à la suite des dispositions prévues au Titre II de l'avant-projet, de « prévoir, par le biais d'un deuxième pilier de pension, une pension complémentaire pour les contractuels », ce régime de pension complémentaire, s'il s'applique aux membres du personnel contractuel de l'État, devra, selon des règles identiques, être applicable aux membres du personnel contractuel des communautés et des régions, lesquelles étant incompétentes pour adopter un tel régime de pension.

⁵ Voir en ce sens, l'avis 53.934/AG, donné le 26 août 2013, sur une proposition devenue la loi du 6 janvier 2014 'relative à la sixième réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 78 de la Constitution', *doc.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2234/2, p. 5. À la suite de cet avis, la proposition fut amendée pour omettre les dispositions ayant fait l'objet de l'observation du Conseil d'État.

B. En ce qui concerne le personnel des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés (hors enseignement) et des régions

1. Comme l'a relevé la Cour constitutionnelle, les communautés et les régions sont, sur la base de l'article 9, LSRI, « compétentes pour régler le statut du personnel des organismes d'intérêt public qui dépendent d'elles, en ce compris les règles relatives aux pensions »⁶.

Cette compétence des communautés et des régions ne fait toutefois pas obstacle à ce que les organismes d'intérêt public qui dépendent des communautés et des régions soient habilités à participer au régime de pensions établi par la loi du 28 avril 1958 'relative à la pension des membres du personnel de certains organismes d'intérêt public et de leurs ayant droit'⁷. Lorsque ces organismes participent effectivement à un tel régime (ci-après « le pool des parastataux »), leurs agents qui sont nommés à titre définitif ou admis au stage, bénéficient d'un régime de pensions de retraite identique à celui des agents de l'administration générale de l'État⁸.

Dans la mesure où l'avant-projet de loi entend rendre applicable la disposition prévue à son article 3 aux membres du personnel bénéficiant d'un des régimes de pensions du secteur public visé à l'article 38 de la loi du 5 août 1978 'de réformes économiques et budgétaires', qui comprend les personnels des « organismes auxquels a été rendu applicable la loi du 28 avril 1958 »⁹, la circonstance que ce faisant, sont ainsi également visés des membres du personnel des organismes d'intérêt public qui dépendent des communautés et des régions ne soulève pas de difficulté relative aux règles répartitrices de compétence et ne porte pas atteinte à l'autonomie des communautés et des régions, dès lors que cette application est la conséquence des choix opérés par les législateurs compétents de participer au pool des parastataux.

L'article 2, 1^o, de l'avant-projet entend toutefois également rendre les articles 3 et 4 applicables aux régimes de pensions « visés à l'article 80 de la loi du 3 février 2003 apportant diverses modifications à la législation relative aux pensions du secteur public ». Cet article 80 dispose :

« Les dispositions des articles 40, 40bis, 42, 43bis, 43ter, 44, 44bis, 46quater et 50bis, § 2, de la loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires, sont applicables aux pensions de retraite et de survie et aux avantages en tenant lieu accordés aux membres du personnel, ainsi qu'aux membres des organes de gestion, d'administration et de direction des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés ou des régions.

Les dispositions des articles 123 à 127, 136 et 137bis de la loi du 26 juin 1992 portant des dispositions sociales et diverses, sont applicables aux suppléments de pension accordés aux personnes bénéficiaires d'une pension visée à l'alinéa 1^{er} ».

⁶ C. const., n° 46/94, 16 juin 1994, B.2 ; C. const., n° 39/97, 14 juillet 1997, B.5.1.2.

⁷ Voir l'article 1^{er}, alinéa 3, de cette loi.

⁸ Article 2 de la même loi.

⁹ Article 38, 2^o, f).

Cette disposition légale vise donc également les régimes de pensions des personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des régions et qui ne participent pas au pool des parastataux. Lorsqu'elle a été adoptée, cette disposition a été justifiée comme suit :

« En vertu de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, les Communautés et Régions sont compétentes pour régler le statut du personnel des organismes d'intérêt public qui dépendent d'elles, en ce compris les règles relatives aux pensions. Ces règles peuvent dès lors être différentes de celles applicables aux agents de l'État.

Par contre, des raisons tant logiques que juridiques imposent que le cumul d'avantages sociaux accordés par des autorités différentes soit régi par des règles émanant d'une seule et même autorité, à savoir l'État fédéral.

Afin d'assurer légalement un traitement identique entre d'une part les pensions des anciens agents des personnes morales de droit public qui dépendent des Communautés et Régions ainsi que les pensions de leurs ayants droit et d'autre part, les autres pensions du secteur public, le présent article rend les dispositions en matière de cumul de pensions prévues par la loi du 5 août 1978, applicables aux pensions de retraite et de survie et avantages en tenant lieu accordés aux membres du personnel ainsi qu'aux membres des organes de gestion, d'administration et de direction de ces personnes morales.

Il a été décidé d'effectuer cette extension par le biais d'une disposition autonome plutôt qu'une modification de l'article 38 de la loi du 5 août 1978, qui délimite le champ d'application de cette loi, car celle-ci aurait eu pour effet que les mesures d'harmonisations contenues dans les articles 22 et 62 de la loi du 15 mai 1984 auraient également été indirectement rendues applicables à ces organismes, ce qui aurait pu être interprété comme constituant une violation des règles répartitrices de compétence entre l'État fédéral et les pouvoirs fédérés »¹⁰.

Contrairement à cet article 80, l'avant-projet ne se limite pas à régler le cumul d'avantages sociaux mais affecte directement les règles relatives à la prise en compte des services admissibles pour le calcul des pensions, règles établies de manière autonome par les communautés et les régions en faveur du personnel des personnes morales de droit public qui dépendent d'elles et qui ne sont pas affiliées au pool des parastataux.

Dans cette mesure, les mots « et à l'article 80 de la loi du 3 février 2003 apportant diverses modifications à la législation relative aux pensions du secteur public » seront omis à l'article 2, 1^o¹¹.

2. Le Titre IV, chapitre I, tend à apporter des modifications au Titre II de la loi du 28 avril 2003. Comme l'indique son article 2, ce titre « a pour objectif de régler en matière de pensions complémentaires, y compris les éventuelles prestations de solidarité, les relations entre l'employeur, l'organisateur, le travailleur, l'affilié et ses ayants droit, l'organisme de pension et la personne morale chargée de l'exécution de l'engagement de solidarité, de fixer la procédure à

¹⁰ *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1901/1, p. 58. Cette disposition n'a pas fait l'objet d'observations de la part de la section de législation et n'a pas été contestée devant la Cour constitutionnelle.

¹¹ À moins que l'auteur de l'avant-projet soit à même de démontrer que l'extension des règles contenues aux articles 3 et 4 à ces régimes de pensions est nécessaire à l'exercice de ses compétences, a une portée limitée et ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la compétence des communautés et des régions (Voir C. const., n° 49/2008, 13 mai 2008, B.7.6.).

suivre lors de l'instauration, la modification ou l'abrogation d'une pension complémentaire dans une branche d'activité ou une entreprise, de protéger les droits et les réserves de pension constitués pour les affiliés et leurs ayants droit et d'augmenter la transparence pour les travailleurs ». Les dispositions prévues par ce titre et que l'avant-projet tend à modifier relèvent de la compétence de l'État fédéral en matière de « droit du travail et [de] sécurité sociale » (article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, LSRI) et, en ce qui concerne les personnes morales de droit public qui dépendent des communautés et des régions, des « règles relatives aux relations entre les autorités publiques et les organisations syndicales des agents relevant de ces autorités » (article 87, § 5, LSRI). Dans la mesure où cette loi ne prévoit pas elle-même un régime de pension mais tend à régler, pour la mise en place par les entreprises de régimes de pensions complémentaires, les relations entre les employeurs et les travailleurs, elle ne porte pas atteinte aux compétences des communautés et des régions pour fixer les règles relatives au personnel des personnes morales de droit public qui dépendent d'elles, compétence qui comprend le régime des pensions, mais non le statut syndical. Les dispositions de l'avant-projet, qui tendent à désigner les organes de concertation compétents pour la mise en place de régimes de pensions complémentaires au sein de ces personnes morales de droit public en faveur de leur personnel contractuel, relèvent donc bien de la compétence de l'État fédéral ¹².

C. En ce qui concerne l'enseignement

En vertu de l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, et de l'article 130, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, de la Constitution, l'État fédéral est, en ce qui concerne l'enseignement, compétent pour le régime des pensions. Comme le confirment les travaux préparatoires, « [...] le régime des pensions reste de compétence nationale. L'administration nationale des pensions continuera à calculer les pensions des personnels de l'enseignement sur la base d'un mécanisme réglé par la loi, et à les liquider » ¹³. Le Titre II de l'avant-projet ne soulève donc pas de difficultés au regard des règles répartitrices de compétence.

Il n'en va pas de même en ce qui concerne le Titre IV, chapitre I, dans la mesure où il tend à prévoir la mise en place par les communautés de régimes de pensions complémentaires pour le personnel de l'enseignement.

En outre, il y a lieu d'avoir égard à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relativement à l'article 87, §5, LSRI. Dans son arrêt 44/2005, la Cour a en effet jugé ce qui suit :

« B.14.5. En vertu de l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de la Constitution, les communautés ont la pleine compétence pour régler l'enseignement au sens le plus large du terme, sauf les trois exceptions explicitement mentionnées. Cette compétence inclut

¹² Une réserve doit toutefois être faite en ce qui concerne l'article 48/2, § 1^{er}, 4°, alinéa 1^{er}, f), dans la mesure où il vise « les organismes publics » qui dépendent de la communauté française, sans exception. Cette disposition doit être comprise comme ne visant pas la Radio-Télévision belge de la Communauté française, pour laquelle l'article 87, § 5, contient une exception à la compétence fédérale. Concernant le « Commissariat général aux relations internationales de la Communauté française », également visé comme exception à la compétence fédérale et auquel a succédé « Wallonie-Bruxelles International », la même réserve ne doit pas être faite, car en application de la dernière phrase de l'article 87, § 5, les dispositions fédérales en matière de statut syndical sont applicables à cet organisme, qui relève en conséquence bien du Comité de secteur XVII.

¹³ Note explicative, *Doc. parl.*, Sénat, 1988, n° 100-2/1, p. 4.

entre autres celle de fixer les règles relatives au statut du personnel de l'enseignement, en ce compris les relations collectives de travail.

B.14.6. Selon l'article 87, § 5, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, le législateur fédéral est compétent pour régler les relations collectives de travail en ce qui concerne les communautés et les organismes de droit public qui en dépendent, y compris l'enseignement. Dans la mesure où cette disposition ajoute ainsi une exception à l'article 127, § 1er, alinéa 1er, 2°, de la Constitution, elle ne peut être appliquée ».

Il en résulte que les modifications que l'avant-projet tend à apporter à la loi du 28 avril 2003, en ce qu'elles concernent le personnel contractuel de l'enseignement, visé à l'article 48/1, § 1^{er}, 4°, alinéa 1^{er}, d), g), et i), en projet à l'article 19 de l'avant-projet, sont contraires aux règles répartitrices de compétence en matière d'enseignement.

D. En ce qui concerne les pouvoirs subordonnés

En vertu de l'article 6, § 1^{er}, VIII, alinéa 1^{er}, 1°, cinquième tiret, LSRI, les « régimes de pension du personnel et des mandataires » est une exception à la compétence régionale en matière de pouvoirs subordonnés.

Aucune disposition de l'avant-projet ne porte atteinte aux compétences des régions dans cette matière.

Compte tenu de l'importance des observations fondamentales qui précèdent, l'examen des Titres II et IV de l'avant-projet n'a pas été poursuivi plus avant notamment sur la question de savoir si la consécration dans la loi, telle qu'elle est organisée par l'article 3, § 1^{er}, de l'avant-projet, de la « pratique administrative » actuelle du Service des pensions du secteur public, couvre de manière exhaustive tous les cas qui le sont aujourd'hui en sorte que le texte ne s'exposerait pas à une critique de non-conformité au regard de l'article 23 de la Constitution.

Pour le surplus, c'est-à-dire ses Titres III, V et VI ¹⁴, l'avant-projet n'appelle pas d'observation.

*

¹⁴ Lesquels, comme leurs subdivisions, seront numérotés en chiffres arabes.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

Het voorontwerp strekt ertoe:

– een “administratieve praktijk”¹ te verankeren volgens welke de diensten gepresteerd door een vóór 30 november 2017 benoemd contractueel personeelslid, als ze voldoen aan twee voorwaarden,² in aanmerking worden genomen “voor de toekenning en de berekening van het pensioen van de overheidssector”, wat wil zeggen dat ze vanuit die dubbele invalshoek in aanmerking worden genomen als diensten gepresteerd in de hoedanigheid van vast benoemd personeelslid en, daarnaast, een regel uit te vaardigen volgens dewelke de voordien gepresteerde diensten in de hoedanigheid van contractueel personeelslid door met ingang van 1 december 2017 vast benoemde personeelsleden voortaan niet langer in aanmerking worden genomen in het

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

¹ In verband met die “administratieve praktijk” heeft het Rekenhof in een eigen publicatie met de titel “Actuele evoluties binnen de overheidspensioenen - Tussentijdse evaluatie” het volgende geschreven: “Op grond van de pensioenregelgeving in de openbare sector en de gevestigde administratieve jurisprudentie tellen tot vandaag alle tijdelijke en contractuele diensten voorafgaand aan de vaste benoeming mee voor een pensioen in de openbare sector. Enkel een beperkt aantal “precaire” diensten werd geweerd. De twee criteria die het Rekenhof en de PDOS hanteerden om uit te maken of diensten al dan niet meetellen, resulteerden rechtstreeks uit de basiswet van 21 juli 1844, te weten:

- de aanwijzing voor de functie gaat uit van een autoriteit die mocht benoemen;
- de functie wordt bezoldigd ten laste van de Schatkist.

Enkel als na een gemengde loopbaan moest worden beoordeeld of diensten gepresteerd bij een instelling van openbaar nut in aanmerking kwamen voor het enig pensioen, werd op grond van de basiswet rekening gehouden met een bijkomende vereiste: in de betrokken instelling moest op dat ogenblik een statutair pensioenstelsel of een pensioenregeling van de openbare sector van kracht zijn.

Zoals het Rekenhof in zijn 169e Boek vaststelde, stelt de PDOS sinds kort bijkomende voorwaarden aan de aanneembaarheid van contractuele en tijdelijke diensten. De PDOS gaat ervan uit dat de opname in het overheidspensioen van contractuele en tijdelijke diensten bij een bestuur beperkt is tot diensten die worden gepresteerd in een ambt waarvoor de rechtspositieregeling in een vaste benoeming voorziet op het ogenblik dat deze diensten worden gepresteerd en tot zover de vast benoemde ambtenaren van dit bestuur op dat ogenblik onderworpen zijn aan een pensioenstelsel van de overheidssector.” (https://www.ccrek.be/Docs/2014_05_Overheidspensioenen.pdf).

² Namelijk, zoals bepaald in artikel 3, § 1, eerste lid, van het voorontwerp:

“1° door zijn werkgever werd bezoldigd hetzij ten laste van de Staatskas, hetzij uit dezelfde financieringsbron als de vastbenoemde personeelsleden;

2° en een graad bekleedde waarin een vaste benoeming mogelijk was overeenkomstig het op dat ogenblik bij zijn werkgever toepasselijke statuut.”.

pensioenenstelsel van de overheidssector, maar wel in het stelsel voor werknemers³ (artikelen 2 tot 10 van het voorontwerp); tegelijkertijd is het enerzijds de bedoeling een regeling uit te werken tot aanmoediging van de ontwikkeling door “de openbare besturen en de overheidsbedrijven” van regelingen inzake aanvullend pensioen voor hun contractuele personeelsleden en daarbij de overlegorganen te bepalen waarbinnen, zowel op federaal als op het niveau van de deelstaten,⁴ de vakorganisaties betrokken zullen worden bij het invoeren van een dergelijke regeling (artikelen 15 tot 20 van het voorontwerp) en anderzijds, voor de openbare besturen, de mogelijkheid op te heffen om het invoeren van een regeling inzake aanvullend pensioen niet te externaliseren (artikelen 21 tot 23 van het voorontwerp);

– de regeling te wijzigen die van toepassing is inzake de individuele responsabilisering van de provinciale en plaatselijke besturen binnen het Gesolidariseerde pensioenfonds teneinde, enerzijds, in de individuele responsabiliseringsfactuur rekening te houden met een deel van de gemaakte kosten door de werkgevers van de publieke sector die geresponsabiliseerd zijn voor de opbouw van een aanvullend pensioen ten gunste van de contractuele personeelsleden (artikelen 11 tot 13 van het voorontwerp) en, anderzijds, op gefaseerde wijze over te gaan van een systeem met een jaarlijkse betaling van de responsabiliseringsbijdrage naar een systeem met maandelijkse betalingen (artikelen 24 en 25 van het voorontwerp);

– een systeem te organiseren voor een aanvullende financiering van het Gesolidariseerde pensioenfonds van de provinciale en plaatselijke besturen, middels de aanwending van een deel van de opbrengst van de loonmatigingsbijdrage (artikelen 28 en 29 van het voorontwerp).

VOORAFGAANDE OPMERKING

In de inleiding van de memorie van toelichting staat het volgende te lezen:

“Over het algemeen genomen is de Regering van oordeel dat de pensioenhervorming hand in hand moet gaan met de ontwikkeling van de aanvullende pensioenen met inbegrip van deze voor de contractuele personeelsleden. Zoals echter aangegeven door de Commissie Pensioenhervorming 2020-2040 in haar rapport “Voorstellen van de Commissie Pensioenhervorming 2020-2040 voor een structurele hervorming van de pensioenstelsels”, is het behoud van de diensten gepresteerd als contractueel personeelslid in het pensioenstelsel van de werknemers vanzelfsprekend in het geval van een veralgemening van een aanvullende pensioenregeling voor de contractuele personeelsleden van de publieke sector (p. 119). In dit kader en voor het Federaal Openbaar Ambt heeft de Regering beslist om via een tweede pensioenpijler een aanvullend pensioen voor de contractuele personeelsleden te voorzien, ongeacht of zij hun loopbaan als vastbenoemd personeelslid beëindigen. Een dergelijke maatregel wordt bovendien voorzien in het regeerakkoord dat op 9 oktober 2014 werd ondertekend”.

³ Behalve voor wat de diensten gepresteerd als tijdelijke in onderwijs betreft, op voorwaarde dat ze gevolgd worden door een vaste aanstelling die voldoet aan de voorwaarden van het ontworpen artikel 3, § 1, eerste lid (artikel 4 van het voorontwerp).

⁴ Met inbegrip van de onderwijssector (ontworpen artikel 48/2, § 1, 4°, eerste lid, g) en i), in artikel 19 van het voorontwerp).

In dat verband luidt het verder:

“Het huidige wetsontwerp beoogt daarenboven het aanbrengen van aanpassingen aan de reglementering van de aanvullende pensioenen zodat er beter rekening kan worden gehouden met de bijzonderheden die eigen zijn aan de publieke sector meer bepaald betreffende de collectieve betrekkingen en dus het aanmoedigen, zoals voorzien in het regeerakkoord, van de openbare besturen en de overheidsbedrijven om een aanvullend pensioenstelsel te ontwikkelen voor hun contractuele personeelsleden. Zoals eerder vermeld, zal de Federale Staat het voorbeeld geven en een aanvullend pensioen invoeren voor zijn contractueel personeel. De besturen zullen geleidelijk worden verplicht hun aanvullende pensioenen toe te vertrouwen aan een pensioeninstelling”.

Titel IV van het voorontwerp strekt inderdaad tot wijziging van de regeling inzake de aanvullende pensioenen wat de pensioentoezeggingen van de publieke sector betreft en meer bepaald, luidens hoofdstuk I ervan, van de wet van 28 april 2003 ‘betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid’. De inwerkingtreding van dat hoofdstuk is bij hoofdstuk II van diezelfde titel vastgesteld op 1 december 2017.

Dat wil zeggen dat als het wettelijk kader dus inderdaad zal worden vastgesteld opdat de bedoelingen die worden uiteengezet in de memorie van toelichting uitgevoerd kunnen worden, zulks niet wegneemt dat daardoor de regeling inzake aanvullend pensioen die gelijktijdig met de nieuwe regeling inzake de gelijkstellingen dus uiterlijk op 1 december 2017 zou moeten worden ingesteld, *de facto* nog niet perfect zal kunnen zijn. Zolang er geen regeling inzake aanvullend pensioen is ingevoerd, zal bijgevolg een niet te verwaarlozen onderdeel van de regeringsstrategie niet verwezenlijkt zijn.

De loutere mogelijkheid die geboden wordt om een regeling inzake aanvullend pensioen in te stellen voor de contractuele personeelsleden, schept evenwel grote onzekerheid met betrekking tot de vraag of die regeling er daadwerkelijk zal komen en, gesteld dat ze er komt, wat de materiële situatie van de personeelsleden zal zijn: zullen ze mogen hopen op eenzelfde resultaat als dat wat ze genieten in de huidige regeling, rekening houdend met de tot 30 november 2017 toegepaste “administratieve jurisprudentie”? Zo zullen bepaalde personeelsleden zich ook terecht afvragen wat hun toekomstige situatie zal zijn als gevolg van het samenvoegen van het wettelijk en het aanvullend pensioen dat hen al uitbetaald worden bij hun pensionering.

Wanneer een dergelijk voorontwerp bij de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt ingediend, dienen in principe de memorie van toelichting en de bespreking van de artikelen te worden aangevuld met concrete en cijfermatige voorbeelden zodat de parlementsleden zich met kennis van zaken kunnen uitspreken over de draagwijdte van een dergelijke ingrijpende hervorming als die welke hier wordt beoogd. Daartoe zou het mogelijk moeten zijn om aan de hand van tabellen de situatie van personeelsleden die hun loopbaan begonnen zijn en beëindigd hebben als statutair personeelslid te vergelijken met de situatie van personeelsleden die hun loopbaan, geheel of gedeeltelijk, gepresteerd hebben in de hoedanigheid van vast benoemd statutair personeelslid, stagiair, tijdelijk of contractueel personeelslid, en op wie bovendien bepaalde specifieke regelingen van toepassing waren in het kader van een tewerkstellingsbeleid of van maatregelen met het oog op het terugdringen van de werkloosheid. De gemengde aard van

bepaalde loopbanen noopt er immers toe uit te gaan van verschillende gevallen naar gelang de mate waarin die regelingen, afzonderlijk of onderling gecombineerd, geleid hebben tot een benoeming in vast verband van het contractueel personeelslid.

ALGEMENE OPMERKING BETREFFENDE DE BEVOEGDHEID

Zoals zo-even is uiteengezet, berust het voorontwerp op het principe dat voor de personeelsleden die voor het eerst vast benoemd zullen worden ná 30 november 2017, de diensten die zij gepresteerd zullen hebben als contractuele personeelsleden bij een openbare werkgever niet meer in aanmerking zullen worden genomen in de pensioenregeling van de overheidssector. Zoals vermeld in de memorie van toelichting strekt het voorontwerp tot het wegwerken van een ongelijkheid in behandeling die het gevolg is van het feit “dat in de huidige situatie contractuele diensten die op dezelfde manier bij eenzelfde werkgever gepresteerd worden, qua pensioen op een andere manier gevaloriseerd worden, al naargelang het personeelslid zijn loopbaan al dan niet als vastbenoemd personeelslid beëindigt, waarbij de diensten die gepresteerd worden door personeelsleden die daarna vast benoemd worden, beter gevaloriseerd worden dan deze gepresteerd door personen die hun loopbaan beëindigen zonder benoemd geweest te zijn, hetgeen ten opzichte van deze laatstgenoemden een ongelijkheid in behandeling inhoudt”.

Het voorontwerp heeft evenwel een verschil in behandeling tot gevolg van vast benoemde personeelsleden met dezelfde dienstanciënniteit op het einde van hun loopbaan naargelang ze die dienstjaren al dan niet gedeeltelijk hebben gepresteerd als contractuele personeelsleden. Zelfs in de veronderstelling dat dit verschil in behandeling gerechtvaardigd zou kunnen worden in het licht van het gelijkheidsbeginsel, levert het niet in aanmerking nemen in de pensioenregeling van de overheidssector van diensten gepresteerd als contractueel personeelslid door personeelsleden die voor het eerst ná 30 november 2017 vast benoemd zijn, voor die personeelsleden voor hun pensioen een lagere valorisatie op van de diensten die ze zullen hebben gepresteerd, in vergelijking met het pensioen dat ze zouden genieten als alles bij het oude zou blijven. Volgens de memorie van toelichting moet die hervorming “hand in hand [...] gaan met de ontwikkeling van de aanvullende pensioenen met inbegrip van deze voor de contractuele personeelsleden”. Bij het voorontwerp wordt evenwel geen dergelijk stelsel voor aanvullend pensioen ingesteld. Volgens de memorie van toelichting heeft “voor het Federaal Openbaar Ambt [...] de Regering beslist om via een tweede pensioenpijler een aanvullend pensioen voor de contractuele personeelsleden te voorzien, ongeacht of zij hun loopbaan als vastbenoemd personeelslid beëindigen”. Uit de ontworpen wijzigingen van de wet van 28 april 2003 volgt dat het de bedoeling is van de steller van het voorontwerp dat voor de contractuele personeelsleden die onder de bevoegdheid vallen van de diensten van de gewest- of gemeenschapsregeringen of van de instellingen van openbaar nut die eronder ressorteren, alsook voor de contractuele personeelsleden van de onderwijssector, die regelingen inzake aanvullend pensioen niet zullen worden ingesteld door de federale overheid, maar door de werkgevers van die personeelsleden, die zelf dergelijke regelingen zullen moeten instellen en financieren.

De vraag rijst of de aldus ontworpen en deels bij dit voorontwerp ingestelde hervorming strookt met de naleving van de regels met betrekking tot de verdeling van de bevoegdheden tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten. Bij het antwoord op

die vraag dient rekening te worden gehouden met het feit dat de verdeling van de bevoegdheden op een andere wijze aan de orde komt naargelang het gaat om personeelsleden van de diensten van de regeringen (A), van de publiekrechtelijke rechtspersonen (B), van het onderwijs (C) of van de ondergeschikte besturen (D).

A. Wat de diensten van de gewest- en gemeenschapsregeringen betreft

Artikel 87, § 3, van de bijzondere wet 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (hierna: BWHI) bepaalt:

“De Gemeenschappen en de Gewesten stellen de regeling vast die betrekking heeft op het administratief en geldelijk statuut van hun vast, tijdelijk en hulppersoneel, met uitzondering van de pensioenregeling. Inzake de pensioenregeling is hun personeel onderworpen aan de wettelijke en statutaire regelen die van toepassing zijn op het vast, tijdelijk en hulppersoneel van het Rijk.”.

Uit de eerste zin van die bepaling volgt dat de gemeenschappen en de gewesten bevoegd zijn voor het vaststellen van de regels met betrekking tot het statuut van hun personeel, met inbegrip van hun niet vast benoemd personeel, maar met uitzondering van de regels in verband met hun pensioen. De gemeenschappen en de gewesten zijn dus niet bevoegd om te voorzien in regels inzake de pensioenen van hun personeelsleden, ongeacht of die vast, tijdelijk of hulppersoneel zijn. Uit de tweede zin van die bepaling volgt dat de federale wetgever, wanneer hij zijn bevoegdheden uitoefent inzake pensioenen, geen regels mag stellen die tot gevolg zouden hebben dat de voorwaarden voor de toekenning en de berekening van de pensioensuitkering van het personeel, voor het personeel van de gemeenschappen en de gewesten niet langer gebaseerd zouden zijn op dezelfde regels als die welke toepasselijk zijn op het personeel van het Rijk.⁵

In zoverre bij Titel II van het voorontwerp geen enkele bepaling wordt vastgesteld die tot doel of tot gevolg zou hebben dat personeelsleden van de gemeenschappen en de gewesten worden onderworpen aan andere regels voor de berekening van hun pensioen, is die Titel II in overeenstemming met artikel 87, § 3, BWHI.

Titel IV daarentegen, zoals die voortvloeit uit het ontworpen artikel 48/2, § 1, 4°, eerste lid, b), c), e), f) en h), van de wet 28 april 2003 (artikel 19 van het voorontwerp), in zoverre daarin het contractueel personeel van de gemeenschappen en de gewesten wordt beoogd en, zoals wordt bevestigd in de memorie van toelichting, voor zover het strekt tot het scheppen van een kader waarbinnen de gemeenschappen en de gewesten, elk voor wat de eigen contractuele personeelsleden betreft, “pensioenstelsels” zouden kunnen instellen in de zin van die wet, miskent de bevoegdheidsverdelende regels vervat in artikel 87, § 3, BWHI aangezien, enerzijds, de gemeenschappen en de gewesten, als zij daadwerkelijk zulke “pensioenstelsels” zouden instellen, hun bevoegdheden inzake het statuut van hun personeel zoals die zijn vastgesteld in de eerste zin van die bepaling te buiten zouden gaan en, anderzijds, dat personeel inzake pensioenen niet langer onderworpen zou zijn aan de wettelijke en statutaire regels die van toepassing zijn op

⁵ Zie, in die zin, advies 53.934/AV, op 26 augustus 2013 verstrekt over een voorstel dat geleid heeft tot de wet van 6 januari 2014 ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel 78 van de Grondwet’ (*Parl.St.* Senaat, 2012-13, nr. 5-2234/2, 5). Ten gevolge van dat advies werd het voorstel aldus geamendeerd dat daarin de bepalingen werden weggelaten waarover de Raad van State de opmerking had gemaakt.

“het vast, tijdelijk en hulppersoneel van het Rijk”. De omstandigheid dat de wet van 28 april 2003, zoals hieronder zal worden uiteengezet, geen aansluiting kan vinden bij de bevoegdheid van de federale Staat inzake overheidspensioenen, maar wel bij de bevoegdheden inzake, onder andere, “het arbeidsrecht en de sociale zekerheid”, zoals bedoeld in artikel 6, § 1, VI, vijfde lid 5, 12°, BWHI, doet geen afbreuk aan die conclusie; het spreekt voor zich dat de federale Staat, in de uitoefening van zijn bevoegdheden ter zake, eveneens rekening dient te houden met de andere bevoegdheidsverdelende regels en, in het bijzonder, met artikel 87, § 3, BWHI.

Samenvattend kan worden gesteld dat als het, zoals blijkt uit de memorie van toelichting, in de bedoeling ligt van de steller van het voorontwerp om, ten gevolge van de bepalingen opgenomen in Titel II van het voorontwerp, “via een tweede pensioenpijler een aanvullend pensioen voor de contractuele personeelsleden te voorzien”, die regeling inzake aanvullend pensioen, als ze van toepassing is op de contractuele personeelsleden van het Rijk, volgens identieke regels van toepassing zal moeten zijn op de contractuele personeelsleden van de gemeenschappen en de gewesten, aangezien die niet bevoegd zijn om een dergelijk pensioenregeling in te stellen.

B. Wat betreft het personeel van de publiekrechtelijke rechtspersonen die onder de gemeenschappen (met uitzondering van het onderwijs) en de gewesten ressorteren

1. Zoals het Grondwettelijk Hof opgemerkt heeft, zijn de gemeenschappen en de gewesten op grond van artikel 9 BWHI “bevoegd om het statuut van het personeel van de instellingen van openbaar nut die van hen afhangen te regelen, met inbegrip van de pensioenregeling”.⁶

Deze bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten staat evenwel niet eraan in de weg dat de instellingen van openbaar nut die ressorteren onder de gemeenschappen en de gewesten, gemachtigd zijn om deel te nemen aan de pensioenregeling die georganiseerd is bij de wet van 28 april 1958 ‘betreffende het pensioen van het personeel van zekere organismen van openbaar nut alsmede van hun rechthebbenden’.⁷ Wanneer die organismen daadwerkelijk deelnemen aan een dergelijke regeling (hierna “de pool van de parastatalen”), geldt voor hun personeel dat in vast verband benoemd is of tot de stage toegelaten is dezelfde regeling inzake rustpensioenen als voor het personeel van het Algemeen Rijksbestuur.⁸

In zoverre het voorontwerp van wet ertoe strekt de bepaling in artikel 3 ervan toepasselijk te maken op de personeelsleden voor wie één van de in artikel 38 van de wet van 5 augustus 1978 ‘houdende economische en budgettaire hervormingen’ bedoelde pensioenregelingen van de overheidssector geldt, waaronder de personeelsleden van “de instellingen waarop de wet van 28 april 1958 van toepassing is”,⁹ levert de omstandigheid dat dit

⁶ GwH 16 juni 1994, nr. 46/94, B.2; GwH 14 juli 1997, nr. 39/97, B.5.1.2.

⁷ Zie artikel 1, derde lid, van die wet.

⁸ Artikel 2 van dezelfde wet.

⁹ Artikel 38, 2°, f).

eveneens betrekking heeft op personeelsleden van de instellingen van openbaar nut die onder de gemeenschappen en de gewesten ressorteren geen probleem op met betrekking tot de bevoegdheidsverdelende regels en doet ze geen afbreuk aan de autonomie van de gemeenschappen en de gewesten, aangezien die toepassing voortvloeit uit het feit dat de bevoegde wetgevers ervoor gekozen hebben deel uit te maken van de pool van de parastatalen.

Artikel 2, 1°, van het voorontwerp strekt er evenwel ook toe de artikelen 3 en 4 toepasselijk te maken op de pensioenregelingen “zoals bedoeld in artikel 80 van de wet van 3 februari 2003 houdende diverse wijzigingen aan de wetgeving betreffende de pensioenen van de openbare sector”. Dat artikel 80 luidt als volgt:

“De bepalingen van de artikelen 40, 40bis, 42, 43bis, 43ter, 44, 44bis, 46quater en 50bis, § 2, van de wet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen, zijn van toepassing op de rust- en overlevingspensioenen en op de als zodanig geldende voordelen die worden toegekend aan de personeelsleden en aan de leden van de beheers-, bestuurs- en directieorganen van de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de gemeenschappen en de gewesten.

De bepalingen van de artikelen 123 tot 127, 136 en 137bis van de wet van 26 juni 1992 houdende sociale en diverse bepalingen, zijn toepasselijk op de pensioensupplementen toegekend aan de personen die een in het eerste lid bedoeld pensioen genieten.”

Die wetsbepaling heeft dus eveneens betrekking op de pensioenregelingen van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ressorteren onder de gemeenschappen en de gewesten en die geen deel uitmaken van de pool van de parastatalen. Bij de aanneming van die bepaling werd ze als volgt verantwoord:

“Krachtens artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn de Gemeenschappen en de Gewesten bevoegd om het statuut van het personeel van de instellingen van openbaar nut die van hen afhangen te regelen, met inbegrip van de regels inzake pensioenen. Die regels kunnen dus afwijken van die welke toepasselijk zijn op de rijksambtenaren.

Redenen van logische en juridische aard vereisen nochtans dat de cumulatie van sociale voordelen die door verschillende overheden worden toegekend, onderworpen is aan regels die uitgaan van een enkele overheid, namelijk de federale Staat.

Om wettelijk een identieke behandeling te verzekeren van enerzijds de pensioenen van de gewezen personeelsleden van publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de Gemeenschappen en de Gewesten en hun rechthebbenden en anderzijds de andere pensioenen van de openbare sector, maakt dit artikel de bepalingen die de wet van 5 augustus 1978 bevat inzake de cumulatie van pensioenen, toepasselijk op de rust- en overlevingspensioenen en de als zodanig geldende voordelen die worden toegekend aan de personeelsleden en aan de leden van de beheers-, bestuurs- en directieorganen van die rechtspersonen.

Er werd voor geopteerd deze uitbreiding uit te voeren door een autonome bepaling en niet door een wijziging van artikel 38 van de wet van 5 augustus 1978, dat het toepassingsbereik van die wet afbakt. Een dergelijke wijziging zou immers tot gevolg hebben gehad dat de harmoniseringsmaatregelen vervat in de artikelen 22 en 62 van de wet van 15 mei 1984 onrechtstreeks ook op die instellingen toepasselijk zouden zijn gemaakt,

wat had kunnen worden geïnterpreteerd als een schending van de regels die de bevoegdheidsverdeling tussen de federale Staat en de gefedereerde overheden bepalen.”¹⁰

In tegenstelling tot dat artikel 80 beperkt het voorontwerp zich niet tot het regelen van de cumulatie van sociale voordelen, maar heeft het rechtstreekse gevolgen voor de regels betreffende het in aanmerking nemen van de pensioenaanspraakverlenende diensten, regels die op autonome wijze vastgesteld zijn door de gemeenschappen en de gewesten ten behoeve van het personeel van de publiekrechtelijke rechtspersonen die eronder ressorteren en die geen deel uitmaken van de pool van de parastatalen.

In dat opzicht moeten de woorden “en in artikel 80 van de wet van 3 februari 2003 houdende diverse wijzigingen aan de wetgeving betreffende de pensioenen van de openbare sector” weggelaten worden uit artikel 2, 1^o.¹¹

2. Titel IV, hoofdstuk I, strekt ertoe wijzigingen aan te brengen in Titel II van de wet van 28 april 2003. Zoals in artikel 2 van Titel II vermeld wordt, beoogt deze titel “de betrekkingen te regelen inzake aanvullende pensioenen, met inbegrip van de eventuele solidariteitsprestaties, tussen de werkgever, de inrichter, de werknemer, de aangeslotene en zijn rechthebbenden, de pensioeninstelling en de rechtspersoon belast met de uitvoering van de solidariteitstoezegging, de procedure vast te leggen die bij de invoering, de wijziging of de opheffing van een aanvullend pensioen in een bedrijfstak of in een onderneming moet worden gevolgd, de pensioenrechten en -reserves te beschermen die voor de aangeslotenen en hun rechthebbenden worden opgebouwd en de doorzichtigheid voor de werknemers te vergroten”. De bepalingen die in die titel vervat zijn en die bij het voorontwerp gewijzigd worden, vallen onder de bevoegdheid van de federale Staat inzake “het arbeidsrecht en de sociale zekerheid” (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12^o, BWHI) en, voor wat betreft de publiekrechtelijke rechtspersonen die ressorteren onder de gemeenschappen en de gewesten, onder “de regels die van toepassing zijn op de betrekkingen tussen de openbare overheden en de syndicale organisaties van de ambtenaren die van deze overheid afhangen” (artikel 87, § 5, BWHI). In zoverre die wet niet zelf in een pensioenregeling voorziet, maar met het oog op de invoering van regelingen inzake aanvullend pensioen door de ondernemingen strekt tot regeling van de betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers, doet zij geen afbreuk aan de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten om de regels vast te stellen met betrekking tot het personeel van de publiekrechtelijke rechtspersonen die onder hen ressorteren, een bevoegdheid die de pensioenregeling omvat, maar niet het syndicaal statuut. De bepalingen van het voorontwerp die ertoe strekken de overlegorganen aan te wijzen die bevoegd zijn om bij die publiekrechtelijke rechtspersonen

¹⁰ *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1901/1, 58. Over die bepaling zijn door de afdeling Wetgeving geen opmerkingen gemaakt en ze is niet betwist bij het Grondwettelijk Hof.

¹¹ Tenzij de steller van het voorontwerp kan aantonen dat de uitbreiding van de in de artikelen 3 en 4 vervatte regels tot die pensioenregelingen noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn bevoegdheden, een beperkte draagwijdte heeft en de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten niet op onevenredige wijze aantast. (Zie GwH 13 mei 2008, nr. 49/2008, B.7.6.)

regelingen inzake aanvullend pensioen in te voeren ten behoeve van hun contractuele personeelsleden, vallen dus wel degelijk onder de bevoegdheid van de federale Staat.¹²

C. Wat betreft het onderwijs

Krachtens artikel 127, § 1, eerste lid, 2°, en artikel 130, § 1, eerste lid, 3°, van de Grondwet is de federale overheid, wat betreft het onderwijs, bevoegd voor de pensioenregeling. In de parlementaire voorbereiding wordt bevestigd dat “(...) het pensioenstelsel (...) een nationale bevoegdheid [blijft]. De nationale administratie der pensioenen zal de pensioenen van het onderwijspersoneel blijven berekenen, op basis van een wettelijk geregeld mechanisme, en uitbetalen.”¹³ Titel II van het voorontwerp levert dus geen moeilijkheden op in het licht van de bevoegdheidsverdelende regels.

Dat geldt niet voor Titel IV, hoofdstuk I, in zoverre hij ertoe strekt te voorzien in de invoering door de gemeenschappen van aanvullende pensioenregelingen voor het onderwijzend personeel.

Bovendien behoort rekening gehouden te worden met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof met betrekking tot artikel 87, § 5, BWHI. In zijn arrest 44/2005 heeft het Hof immers het volgende geoordeeld:

“B.14.5. Krachtens artikel 127, § 1, eerste lid, 2°, van de Grondwet hebben de gemeenschappen de volheid van bevoegdheid voor het regelen van het onderwijs in de ruimste zin van het woord, behalve voor de drie uitdrukkelijk vermelde uitzonderingen. Die bevoegdheid omvat onder meer het vaststellen van de regels betreffende de rechtspositie van het onderwijspersoneel, met inbegrip van de collectieve arbeidsverhoudingen.

B.14.6. Volgens artikel 87, § 5, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen is de federale wetgever bevoegd om de collectieve arbeidsverhoudingen te regelen voor de gemeenschappen en de publiekrechtelijke instellingen die ervan afhangen, met inbegrip van het onderwijs. In zoverre die bepaling aldus een uitzondering toevoegt aan artikel 127, § 1, eerste lid, 2°, van de Grondwet kan zij niet worden toegepast.”

Daaruit vloeit voort dat de wijzigingen die het voorontwerp in de wet van 28 april 2003 wil aanbrengen, in zoverre ze betrekking hebben op het contractueel onderwijzend personeel bedoeld in artikel 48/1, § 1, 4°, eerste lid, d), g), en i) (artikel 19 van het voorontwerp), strijdig zijn met de bevoegdheidsverdelende regels inzake onderwijs.

¹² Er moet evenwel een voorbehoud gemaakt worden met betrekking tot artikel 48/2, § 1, 4°, eerste lid, f), in zoverre het, zonder uitzondering, betrekking heeft op “de openbare instellingen” die ressorteren onder de Franse Gemeenschap. Die bepaling dient aldus begrepen te worden dat ze geen betrekking heeft op de “Radio-Télévision belge de la Communauté française” waarvoor artikel 87, § 5, in een uitzondering op de federale bevoegdheid voorziet. Hetzelfde voorbehoud dient niet gemaakt te worden voor het “Commissariat général aux relations internationales de la Communauté française”, dat eveneens vermeld wordt als uitzondering op de federale bevoegdheid en waarvoor “Wallonie-Bruxelles International” in de plaats gekomen is, aangezien de federale bepalingen inzake het syndicaal statuut ingevolge de laatste zin van artikel 87, § 5, van toepassing zijn op die instelling, die bijgevolg wel onder het sectorcomité XVII ressorteert.

¹³ Verklarende nota, *Parl.St.* Senaat 1988, nr. 100-2/1, 4.

D. Wat betreft de ondergeschikte besturen

Krachtens artikel 6, § 1, VIII, eerste lid, 1°, vijfde streepje, BWHI, vormen de “pensioenstelsels van het personeel en de mandatarissen” een uitzondering op de gewestbevoegdheid inzake ondergeschikte besturen.

Geen enkele bepaling van het voorontwerp doet afbreuk aan de bevoegdheden van de gewesten ter zake.

Gelet op het belang van de voorgaande fundamentele opmerkingen, zijn de Titels II en IV van het voorontwerp niet verder onderzocht inzonderheid wat betreft de vraag of de bekrachtiging in de wet van de huidige “administratieve praktijk” van de Pensioendienst voor de overheidssector, zoals die geregeld wordt bij artikel 3, § 1, van het voorontwerp, op exhaustieve wijze geldt voor alle gevallen waarvoor ze thans geldt, waardoor de tekst niet het bezwaar zou opleveren niet in overeenstemming te zijn met artikel 23 van de Grondwet.

Voor het overige geven de Titels III, V en VI¹⁴ van het voorontwerp geen aanleiding tot opmerkingen.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Pierre LIÉNARDY

¹⁴ Deze titels en de ondervelingen ervan moeten met Arabische cijfers genummerd worden.