



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 52.808/2
du 27 février 2013

sur

un avant-projet de décret rectificatif 'relatif aux incitants financiers visant à favoriser l'engagement de personnel auprès de certaines entreprises'

Le 28 janvier 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre du Budget, des Finances, de l'Emploi, de la Formation, des Sports et de la Politique aéroportuaire de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret rectificatif 'relatif aux incitants financiers visant à favoriser l'engagement de personnel auprès de certaines entreprises'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 27 février 2013. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Yves DE CORDT et Christian BEHRENDT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Véronique SCHMITZ, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 février 2013.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, 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.

OBSERVATIONS PRÉALABLES

1. Il résulte de l'exposé des motifs que l'avant-projet à l'examen a pour objet de faire bénéficier les petites entreprises du secteur marchand d'une aide financière pour la promotion de l'emploi (« A.P.E. secteur marchand »).

Depuis le 1^{er} janvier 2013, de telles aides ont été octroyées en application du décret du 25 avril 2002 'relatif aux aides visant à favoriser l'engagement de demandeurs d'emplois inoccupés par les pouvoirs locaux, régionaux et communautaires, par certains employeurs du secteur non marchand, de l'enseignement et du secteur marchand'.

Pour le secteur marchand, il découle des articles 5, 51 et 52 du décret du 25 avril 2002 et de l'article 52 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 19 décembre 2002 'portant exécution du décret du 25 avril 2002 relatif aux aides visant à favoriser l'engagement de demandeurs d'emploi inoccupés par les pouvoirs locaux, régionaux et communautaires, par certains employeurs du secteur non marchand, de l'enseignement et du secteur marchand et d'autres dispositions légales' que le décret du 25 avril 2002 a cessé de produire ses effets le 1^{er} janvier 2013, soit dix ans après son entrée en vigueur.

Le décret du 25 avril 2002 reste applicable aux employeurs du secteur non marchand et de l'enseignement.

Il serait préférable de rédiger l'avant-projet à l'examen en deux parties, la première reprenant les nouvelles dispositions relatives au secteur marchand, et, la seconde, contenant les dispositions modifiant le décret du 25 avril 2002.

Il serait utile, en outre, d'adapter les intitulés de l'avant-projet de décret à l'examen et du décret du 25 avril 2002 en fonction de leurs champs d'application respectifs.

2. Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet, comme cela résulte de l'exposé des motifs¹, est de créer un décret spécifique pour le secteur marchand, l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, est sujet à critique en ce qu'il vise comme bénéficiaires de l'incitant

¹ Le commentaire de l'article 1^{er} précise également que « Cette disposition détermine la philosophie générale du décret, à savoir octroyer une aide financière forfaitaire annuelle à certains employeurs du secteur marchand qui engagent des demandeurs d'emploi inoccupés, et ce, en vue de couvrir totalement ou partiellement les rémunérations de ceux-ci ».

financier « une personne physique ayant la qualité de commerçant ou exerçant une profession indépendante ou une personne morale constituée sous la forme d'une société commerciale ou d'un groupement européen d'intérêt économique »² alors que cette énumération ne coïncide pas avec le secteur marchand³.

L'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, de l'avant-projet ainsi que son commentaire seront dès lors revus.

En effet, d'une part, la notion de « personne physique exerçant une profession indépendante » renvoie à l'exercice d'une profession libérale, qui – par opposition à l'exercice d'une activité commerciale – ne relève pas du secteur « marchand ». D'autre part, au sens strict, une personne morale constituée « sous la forme d'une société commerciale » (article 2, § 2, du Code des sociétés) peut avoir un objet civil ou commercial.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Droit de l'Union européenne (articles 107 et 108 TFUE)

L'auteur de l'avant-projet entend se dispenser de l'obligation de notification à la Commission européenne conformément au règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 'concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides *de minimis*'.

L'article 2 de l'avant-projet fixe les conditions auxquelles doit répondre l'entreprise qui peut bénéficier d'un incitant financier à l'embauche (§ 1^{er}) ainsi que les causes d'exclusion du bénéfice de celui-ci (§ 2).

À ce sujet, l'exposé des motifs indique que

« La notion d'entreprise a été adaptée à la législation européenne bien que certains secteurs d'activités en sont exclus et qu'elle ne recouvre que les entreprises de moins de cinquante travailleurs ».

L'article 2 de l'avant-projet est rédigé comme suit :

« § 1^{er}. L'entreprise peut bénéficier d'un incitant financier à l'embauche, ci-après dénommé l'incitant financier, si elle répond aux conditions suivantes :

1° être une personne physique ayant la qualité de commerçant ou exerçant une profession indépendante ou une personne morale constituée sous la forme d'une société commerciale ou d'un groupement européen d'intérêt économique ;

² À noter que le commentaire de l'article 2 inclut dans le champ d'application du décret les G.E.I. alors que cela ne résulte pas du dispositif du texte en projet qui ne vise que les G.E.I.E.

³ À comparer avec l'article 5, § 3, alinéa 1^{er}, 1°, du décret précité du 25 avril 2002, qui est rédigé de la manière suivante : « une personne physique ayant la qualité de commerçant ou une personne morale constituée sous la forme d'une société commerciale, d'un groupement européen d'intérêt économique ou d'un groupement d'intérêt économique, à l'exception des associations de communes et des régions communales autonomes ».

2° être une micro-entreprise ou une petite entreprise au sens de l'article 2 sub 1) ou 2) de l'annexe I du règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (règlement général d'exemption par catégorie), ci-après dénommé le 'R.G.E.C.' ;

3° avoir une unité d'exploitation de l'entreprise située en région wallonne de langue française ;

4° être une entreprise dite « autonome » au sens de l'article 2 de l'annexe I^{er} du règlement CE n° 800/2008 de la Commission du 06 août 2008, c'est-à-dire être une entreprise qui :

a) n'a pas de participation de 25 % ou plus dans une autre entreprise ;

b) n'est pas détenue directement à hauteur de 25 % ou plus du capital ou des droits de vote par une entreprise ou un organisme public, ou conjointement par plusieurs entreprises liées ou collectivités publiques, à l'exception des catégories d'investisseurs suivants, pour autant que ceux-ci ne soient pas liés, à titre individuel ou conjointement, à l'entreprise concernée :

1) les sociétés publiques de participation, les sociétés de capital à risque, les personnes physiques ou les groupes de personnes physiques ayant une activité régulière d'investissement à risque qui investissent des fonds propres dans des entreprises non cotées en bourse (business angels), pourvu que le total de l'investissement desdits business angels dans une même entreprise n'excède pas 1.250.000 euros ;

2) les universités ou centre de recherches à but non lucratif ;

3) les investisseurs institutionnels, y compris le fonds de développement régional ;

4) les autorités locales autonomes ayant un budget annuel inférieur à 10 millions d'euros et moins de 5000 habitants.

Les entreprises peuvent établir une déclaration relative à leur qualification d'entreprise autonome, même si la dispersion du capital ne permet pas de savoir précisément qui la détient, l'entreprise déclarant de bonne foi qu'elle peut légitimement présumer ne pas être détenue à 25 % ou plus par une entreprise ou conjointement par plusieurs entreprises liées entre elles ou à travers des personnes physiques ou des groupes de personnes physiques.

Le Gouvernement peut préciser ou étendre les catégories d'investisseurs visés au point b).

§ 2. L'entreprise ne peut pas bénéficier d'un incitant financier s'il s'agit :

1° d'une entreprise appartenant à l'un des secteurs exclus du bénéfice des aides d'état conformément au règlement des aides *de minimis* ou des secteurs suivants :

a) le secteur bancaire et autres institutions financières, des assurances et de l'immobilier, reprises aux classes 64.11 à 68.322, 81.100 de la nomenclature d'activités élaborée par l'institut national de statistiques imposé par le Code NACE BEL 2008 ;

b) le secteur de la production et de la distribution d'énergie et d'eau, à l'exception de la production d'énergies alternatives et renouvelables, reprises aux

classes 05.100 à 09.900, 20.130, 21.209, 24.460, 38.222, 35.1 à 35.3 et 36.000 du Code NACE BEL 2008 ;

c) le secteur de l'enseignement et de la formation, reprises aux classes 85.10 à 85.5 du Code NACE BEL 2008, ainsi que toute société dont l'activité de délivrance de cours de formation ou l'organisation de séminaires quels qu'ils soient, à l'exception des employeurs visés au paragraphe 1^{er}, 2^o ;

d) le secteur de la santé et des soins de santé, reprises aux classes 86.1 à 87.9 du Code NACE BEL 2008, y compris les laboratoires d'analyses médicales, les maisons de repos ou homes pour personnes âgées et les professions de type paramédical telles que assistance en pharmacie, audiologie, diététique, ergothérapie, imagerie médicale, kinésithérapie et physio technique, logopédie, orthèse, bandage et prothèse, optométrie et optique, orthoptie, podologie et prothèse dentaire, à l'exception des activités de crèches et de garderies d'enfants du Code NACE BEL 88.911 ;

e) le secteur des sports, des loisirs et la production de produits culturels, reprises aux classes 59.11 à 60.2, 79.9 et 90.0, 91, 93 du Code NACE BEL 2008 (lire : 2008), à l'exception des parcs d'attraction, des villages de vacances et des exploitations touristiques ;

f) le secteur des services aux particuliers, tels que les activités d'intermédiaires du commerce en gros visées aux classes 51.11 à 51.19 du Code NACE BEL 2008, du commerce de détail visées aux classes 50.10 à 50.50 et 52.11 à 52.74 du Code NACE BEL 2008 sauf s'ils occupent au maximum cinq travailleurs calculés en équivalents temps plein ;

g) le secteur de la grande distribution, à l'exception des centres de distribution ;

h) le secteur de la location de biens mobiliers visés aux classes 77.11 à 77.3 du Code NACE BEL 2008 ;

i) le secteur des entreprises d'exploitation de parkings ;

j) le secteur des agences de voyage, visées à la classe 79.1 du Code NACE BEL 2008.

Le Gouvernement peut préciser ou étendre les exclusions visées au point 4^o.

2^o d'une entreprise en difficulté à savoir une entreprise qui remplit les conditions suivantes :

a) s'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, lorsque plus de la moitié de son capital social a disparu, plus du quart de ce capital ayant été perdu au cours des douze derniers mois, ou

b) s'il s'agit d'une société dont certains associés au moins ont une responsabilité illimitée pour les dettes de la société, lorsque plus de la moitié des fonds propres, tels qu'ils sont inscrits dans les comptes de la société, ont disparu, plus du quart de ces fonds ayant été perdus au cours des douze derniers mois, ou

c) pour toutes les formes d'entreprise, lorsqu'elle remplit, selon le droit national qui lui est applicable, les conditions de soumission à une procédure collective d'insolvabilité.

Une entreprise constituée en société depuis moins de trois ans n'est pas considérée comme étant en difficulté en ce qui concerne cette période, à moins qu'elle ne remplisse les conditions énoncées au *littera* c) du point 5^o de l'alinéa 1^{er} ».

S'il découle du champ d'application du règlement *de minimis* qu'il s'applique aux aides octroyées aux entreprises de tous les secteurs à l'exception des aides octroyées dans les secteurs cités dans son article 1^{er} (dont les aides accordées à des entreprises en difficulté, article 1, h), du règlement *de minimis*, le Conseil d'État n'aperçoit pas la justification, au regard du principe d'égalité, qui permet à l'auteur de l'avant-projet de limiter le bénéfice de l'incitant financier à certaines entreprises.

En effet, l'auteur de l'avant-projet entend n'octroyer l'incitant financier qu'aux micro-entreprises et petites entreprises en se référant aux définitions de celles-ci contenues dans l'article 2, de l'annexe I du règlement général d'exemption par catégorie et exige que l'entreprise soit « autonome » au sens de ce même R.G.E.C. (article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o et 4^o, en projet).

De même, sans en justifier la raison, l'auteur de l'avant-projet établit, à l'article 2, § 2, 1^o, en projet, une liste de secteurs au sein desquels les entreprises ne pourront solliciter l'incitant financier ⁴.

Une justification doit pouvoir être donnée par l'auteur de l'avant-projet quant à ces limitations.

2. Établissement d'un régime organique de subventions

L'établissement d'un régime organique de subventions implique que le législateur définisse lui-même les bénéficiaires, l'objet et les activités ou faits pour lesquels la subvention est octroyée, les éléments essentiels qui déterminent le montant de la subvention ainsi que les règles essentielles d'octroi de celle-ci.

Par conséquent, il n'est pas admissible d'habiliter le Gouvernement à étendre ou restreindre les bénéficiaires potentiels (article 2, § 1^{er}, alinéa 3, *partim* et article 2, § 2, 1^o, alinéa 2, *partim* et article 4 de l'avant-projet) ni à adapter les montants des subventions.

La même critique vaut pour l'article 16, alinéa 2, de l'avant-projet en ce qu'il habilite le Gouvernement à fixer les modalités relatives au traitement des demandes d'octroi d'aide introduites avant la date d'entrée en vigueur du décret pour lesquelles une décision ministérielle n'a pas été prise.

⁴ Sont ainsi cités dix secteurs par référence au règlement n° 3037/90 du Conseil du 9 octobre 1990 relatif à la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne (Code NACE BEL 2008).

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

INTITULÉ

Outre les observations préalables quant au champ d'application de l'avant-projet de décret, le mot « rectificatif » doit être omis de l'intitulé.

DISPOSITIF

Article 2

1. À l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de l'avant-projet, l'auteur de l'avant-projet entend se référer à la définition de « petite entreprise » et de « micro-entreprise » au sens du R.G.E.C.

Dans la catégorie des P.M.E., cette distinction est reprise à l'annexe I, article 2, paragraphes 2 et 3 (et non aux points 1 et 2), de ce règlement.

De même, la référence à la qualification d'« entreprise autonome », citée à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, de l'avant-projet, est celle de l'article 3, paragraphe 1, de l'annexe I (et non de l'article 2) du R.G.E.C.

2. Le commentaire de l'article 2 de l'avant-projet précise, notamment, ce qu'il faut entendre par « sociétés publiques de participation », « sociétés de capital à risque », « les investisseurs institutionnels » et « les autorités locales autonomes ayant un budget inférieur à 10 millions d'euros et moins de 5000 habitants ».

Ces développements doivent figurer dans le dispositif de l'article 2 de l'avant-projet.

3. Interrogée sur l'article 2, § 2, 1°, alinéa 2, de l'avant-projet, la déléguée du ministre a indiqué que cette disposition contient une erreur en ce qu'elle vise les exclusions du « point 4° » alors qu'il s'agit des exclusions « visées à l'alinéa précédent ». Pour le surplus, il est renvoyé à l'observation générale n° 2.

L'article 2, § 2, 2°, alinéa 2, de l'avant-projet doit également être modifié en ce qu'il contient une erreur de renvoi « au *littera* c) du point 5° de l'alinéa 1^{er} ».

L'article 2, § 2, de l'avant-projet sera revu sur ces deux points.

Article 3

L'exposé des motifs indique que l'auteur de l'avant-projet entend adopter le texte à l'examen en vertu de l'article 6, § 1^{er}, IX, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

L'article 6, § 1^{er}, IX, 2°, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 a été remplacé par l'article 49 de la loi spéciale du 13 juillet 2001 'portant refinancement des communautés et extension des compétences fiscales des régions'.

Depuis lors, les régions sont compétentes, en ce qui concerne la politique de l'emploi, pour :

« ... les programmes de remise au travail des demandeurs d'emploi inoccupés, à l'exclusion des programmes de remise au travail dans les administrations et services de l'autorité fédérale ou placés sous sa tutelle et à l'exclusion des conventions visées dans la section 5 du chapitre II de l'arrêté royal n° 25 du 24 mars 1982 créant un programme de promotion de l'emploi dans le secteur non marchand ».

Le législateur spécial a entendu intégrer dans la notion de « demandeur d'emploi inoccupé »

« non seulement les chômeurs complets indemnisés, mais également les personnes sans emploi qui en cherchent un : les demandeurs d'emploi inoccupés en période de stage d'attente; les demandeurs d'emploi inoccupés librement inscrits; les autres demandeurs d'emploi inoccupés obligatoirement inscrits. La notion de demandeur d'emploi inoccupé est ainsi conforme à la notion de chômeur telle qu'elle est utilisée au niveau de l'Union européenne »⁵.

L'article 3 de l'avant-projet ne peut, par conséquent, prévoir qu'un incitant financier est octroyé à l'entreprise qui engage des demandeurs d'emploi « occupés pendant leur période de préavis dû à un licenciement du chef de l'employeur ».

Le texte doit être modifié afin que la subvention ne soit octroyée qu'à partir du moment où le demandeur d'emploi est inoccupé.

La même observation vaut pour l'article 5, § 4, de l'avant-projet.

⁵ Voir l'exposé des motifs, (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 1183/1, p. 27). À ce sujet, voir également l'avis 32.047/2 donné le 7 novembre 2001, sur un avant-projet devenu le décret du 25 avril 2002 'relatif aux aides visant à favoriser l'engagement de demandeurs d'emploi inoccupés par les pouvoirs locaux, régionaux et communautaires, par certains employeurs du secteur non marchand, de l'enseignement et du secteur marchand', (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2001-2002, n° 289/1).

Article 5

1. Par l'usage du verbe « peut », au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, l'avant-projet semble laisser une marge d'appréciation au Gouvernement quant à la décision d'octroyer l'incitant financier.

Cette lecture ne paraît pas compatible avec l'article 1^{er}, rédigé sur un mode davantage impératif, dont il résulte que, dans la limite toutefois des crédits budgétaires disponibles, l'incitant doit être octroyé lorsque les conditions sont satisfaites, créant ainsi une compétence liée du Gouvernement.

Compte tenu de l'emploi des mots « pour une durée maximale de trois ans » qui suivent les mots « peut octroyer » au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, et de ce qu'envisage l'alinéa 2 de la même disposition, l'article 5, § 1^{er}, peut également être lu comme limitant le pouvoir d'appréciation du Gouvernement à la seule question de savoir s'il octroie l'incitant pour la durée complète de trois ans ou pour une durée plus brève.

Le dispositif devra être clarifié sur ces questions, en veillant à ce que les entreprises se trouvant dans la même situation soient traitées d'une manière conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution.

2. Le commentaire de l'article 8 de l'avant-projet indique que « Le montant de chaque aide est octroyé sur la base d'une occupation à temps plein pendant un an. Elle est calculée proportionnellement à l'occupation effective des travailleurs ».

Ce commentaire semble davantage se rapporter à l'article 5, § 6, de l'avant-projet qu'à l'article 8. Ceci étant, la formulation de cet article 5, § 6, n'en reste pas moins peu claire, ce qui risque, en conséquence, d'être source de difficultés d'application.

Il convient que l'article 5, § 6, de l'avant-projet soit rédigé de manière à exprimer précisément la règle de proportionnalité du calcul que l'auteur entend mettre en œuvre, à savoir que le montant de l'aide à liquider est égal au résultat du rapport existant entre le temps d'occupation effective du travailleur et le temps d'occupation d'un travailleur à temps plein, appliqué au montant de l'aide octroyée pour ce même travailleur à temps plein.

Article 6

À l'article 6 de l'avant-projet, la règle d'indexation doit être revue en y indiquant non une formule mais une référence à l'indice applicable (indice des prix à la consommation ou indice santé) assorti de la précision de l'indice de départ et de l'année de base.

Article 11

Le Conseil d'État n'aperçoit pas pourquoi le texte ne vise que les hypothèses « de fusion ou d'absorption » et pas, plus largement, les fusions et scissions par absorption et les fusions et scissions par constitution de sociétés nouvelles.

Article 15

Le procédé selon lequel les articles 1^{er}, 5, 6, alinéa 2, à 14, 17, alinéas 1^{er} à 6, 19, 19bis, 51 et 52 du décret du 25 avril 2002 sont abrogés « pour ce qui concerne le secteur marchand uniquement » doit être revu⁶.

En effet, l'auteur de l'avant-projet ne doit pas perdre de vue que pour le secteur marchand, le décret du 25 avril 2002 a cessé de produire ses effets le 1^{er} janvier 2013.

Par conséquent, une disposition abrogatoire, qui n'a par définition qu'un effet que pour l'avenir, n'a aucune utilité.

Il est renvoyé pour le surplus à la première observation préalable.

Article 17

L'article 17 de l'avant-projet est rédigé comme suit :

« Le Gouvernement transmet au Parlement wallon, tous les deux ans, selon les modalités qu'il détermine, un rapport sur l'exécution du présent décret. Il lui transmet également un registre annuel des entreprises bénéficiaires et du nombre de demandeurs d'emploi engagés dans le cadre du présent décret, pour chacune des catégories d'engagements visés à l'article 5, § 1^{er} à 4 ».

La précision, qui figure dans le commentaire de l'article 17, selon laquelle le registre annuel des entreprises bénéficiaires et du nombre de demandeurs d'emploi engagés dans le cadre du présent décret est un « cadastre anonymisé » doit être reproduit au dispositif.

⁶ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 9.

Article 18

Pour éviter que le Gouvernement puisse indéfiniment tenir en suspens l'entrée en vigueur du décret, il faut fixer une date à partir de laquelle le décret entrera en vigueur si le Gouvernement n'est pas intervenu entre-temps ⁷.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Bernadette VIGNERON

Yves KREINS

⁷ *Ibid.*, recommandations n^{os} 154 à 154.1.2 et formules F 4-5-2 à F 4-5-4.