



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 67.316/1
van 6 mei 2020

avis 67.316/1
du 6 mai 2020

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van
artikel 19, § 2, van het
koninklijk besluit van
28 november 1969 tot
uitvoering van de wet van
27 juni 1969 tot herziening van
de besluitwet van
28 december 1944 betreffende
de maatschappelijke zekerheid
der arbeiders'

un projet d'arrêté royal 'portant
modification de l'article 19,
§ 2, de l'arrêté royal du
28 novembre 1969 pris en
exécution de la loi du
27 juin 1969 révisant
l'arrêté-loi du
28 décembre 1944 concernant
la sécurité sociale des
travailleurs'

Op 28 april 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Sociale Zaken verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van artikel 19, § 2, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 30 april 2020. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Chantal BAMPs, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Chantal BAMPs, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 mei 2020.

*

Le 28 avril 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre des Affaires sociales à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal ‘portant modification de l'article 19, § 2, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 30 avril 2020. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Chantal BAMPs, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Brecht STEEN, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Chantal BAMPs, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 mai 2020.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

Zowel uit de notificatie van de ministerraad, uit de adviesaanvraag als uit de aanhef van het ontwerp blijkt dat de stellers van het ontwerp de Raad van State om advies vragen binnen een termijn van vijf werkdagen bedoeld in artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State.

Door te eisen dat de adviesaanvragen met een termijn van vijf werkdagen van een “bijzondere” motivering worden voorzien, heeft de wetgever tot uiting gebracht dat alleen in uitzonderlijke gevallen kan verzocht worden om mededeling van het advies binnen die uitzonderlijk korte termijn. De aanvrager moet derhalve pertinente en voldoende concrete gegevens aanbrengen die het aannemelijk maken dat de ontworpen regeling dermate spoedeisend is dat noodzakelijkerwijze een beroep moet worden gedaan op de procedure bedoeld in artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State (advies mede te delen binnen een termijn van vijf werkdagen) en waarom, op het ogenblik van de adviesaanvraag, geen beroep kon worden gedaan op de procedure bedoeld in artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van deze wetten (advies mede te delen binnen een termijn van dertig dagen).

Het voornoemde artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, stelt bovendien dat een verzoek om spoedbehandeling “in de aanvraag met bijzondere redenen [moet] worden omkleed”. Nu het gaat om een formele motiveringsverplichting vermag de Raad van State, afdeling Wetgeving bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een adviesaanvraag in principe enkel rekening te houden met de motivering die in de aanvraag zelf is opgenomen.

De voorliggende adviesaanvraag bevat evenwel geen eigenlijke motivering van de spoedeisendheid doch slechts een weergave van het doel en de draagwijdte van de regeling.¹

In de aanhef wordt het beroep op de spoedeisendheid gemotiveerd:

“door de omstandigheid dat de situatie inzake het coronavirus COVID-19 niet toelaat dertig dagen te wachten op het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State, in het bijzonder omwille van de noodzaak om zonder verwijl de nodige maatregelen te treffen om de sociaal-economische gevolgen van het coronavirus COVID-19 te milderen voor werkgevers”.

Een dergelijke motivering bevat evenwel geen enkel concreet en pertinent gegeven waaruit blijkt dat de ontworpen regeling zo dringend is dat geen beroep kan worden gedaan op de in artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State (advies mede te delen binnen een termijn van dertig dagen) bedoelde procedure.

¹ In de adviesaanvraag staat het volgende te lezen: “Gelet op de uitbraak van het COVID-19-virus in ons land beoogt het ontwerp van koninklijk besluit een beperking van het loonbegrip als basis voor de berekening van de socialezekerheidsbijdragen der werknemers voor de netto-vergoedingen voor de 120 bijkomende vrijwillige overuren die tijdens het tweede kwartaal 2020 gepresteerd worden bij werkgevers in de kritieke sectoren in toepassing van artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van xx april 2020 tot uitvoering van artikel 5, § 1, 5°, van de wet van 27 maart 2020 die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II) tot vrijwaring van een vlotte arbeidsorganisatie in de kritieke sectoren, en tot ondersteuning van de werknemers.”

In het laatste lid van de aanhef van het ontwerp wordt verder nog het volgende overwogen:

“Overwegende dat het koninklijk besluit van XX april 2020 tot uitvoering van artikel 5, § 1, 5°, van de wet van 27 maart 2020 die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II) tot vrijwaring van een vlotte arbeidsorganisatie in de kritieke sectoren, en tot ondersteuning van de werknemers verschillende tijdelijke maatregelen heeft genomen waardoor bepaalde werknemers voordelen kunnen genieten die als loon zouden kunnen worden beschouwd. Dat deze maatregelen op 1 april 2020 in werking treden en uiterst beperkt zijn in de tijd, zodat het noodzakelijk is deze uit te sluiten uit het begrip van bijdrageplichtig loon, bij gebreke waarvan de tijd die nodig is voor de aanpassing van de verschillende elektronische aangiften gebruikt in de sociale zekerheid het niet mogelijk maakt dat deze maatregelen te implementeren op 1 april 2020.”

Die overweging betreft evenwel enkel de noodzaak van de te nemen maatregel en kan als zodanig niet worden betrokken op de spoedeisendheid van de ontworpen regeling.

Op de vraag waarom een advies binnen een termijn van vijf werkdagen werd gevraagd nu de sociale zekerheidsbijdragen in principe op het einde van het kwartaal worden betaald, antwoordde de gemachtigde:

“L’arrêté royal n° 14 du 27 avril 2020 pris en exécution de l’article 5, § 1, 5°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant à garantir la bonne organisation du travail dans les secteurs critiques et à soutenir les travailleurs, a, en son article 2, fait en sorte que, dans les secteurs critiques, le nombre d’heures supplémentaires volontaires, soit porté à 220 heures (soit 120 heures supplémentaires volontaires additionnelles), pour la période allant du 1^{er} avril 2020 au 30 juin 2020 (c’est-à-dire le deuxième trimestre de 2020).

La rémunération relative aux 100 heures supplémentaires volontaires déjà prévues à l’article 25bis de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, est considérée comme du salaire soumis à cotisations. Le régime mis en place pour le 2^{ième} trimestre 2020 produit ses effets le 1^{er} avril de sorte il est nécessaire pour les employeurs de connaître sans délai le régime social auquel lesdites heures seront soumises, afin d’y avoir effectivement recours en toute connaissance de cause”.

Om het regelgevend werk in de huidige uitzonderlijke omstandigheden niet te hinderen heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, niettemin kennisgenomen van de elementen in de aanhef en de toelichting van de gemachtigde en kunnen vaststellen dat het om urgente maatregelen gaat die bedoeld zijn om de werkgevers en werknemers in de kritieke sectoren te ondersteunen.

Niettemin wordt aan de stellers van het ontwerp gevraagd om in de toekomst de spoedeisendheid van dergelijke adviesaanvragen daadwerkelijk inhoudelijk en op afdoende wijze te verantwoorden, om te vermijden dat het bepaalde in artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State ontgaan zou worden van elke betekenis. Bovendien dient erop te worden gewezen dat door zonder afdoende formele motivering de spoedeisendheid in te roepen, de stellers van het ontwerp het risico lopen dat de ontworpen regeling onwettig wordt bevonden door de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, of door de gewone hoven en rechtbanken.

*

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit beoogt de bijkomende vrijwillige overuren die werknemers tijdens het tweede kwartaal van 2020 kunnen presteren bij werkgevers in de zogenaamde “kritieke sectoren”²⁻³ vrij te stellen van sociale zekerheidsbijdragen, door de netto-vergoeding voor deze overuren niet als loon te beschouwen.

Daartoe voegt artikel 1 van het ontwerp een punt 24° toe aan artikel 19, § 2, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 ‘tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders’.

4. De ontworpen regeling vindt rechtsgrond in de bepalingen die worden vermeld in het tweede en derde lid van de aanhef.

Aangezien de betrokken bepalingen voldoende rechtsgrond bieden voor de ontworpen regeling dient geen beroep te worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning op grond van artikel 108 van de Grondwet.

² De kritieke sectoren, zijn de cruciale sectoren en essentiële diensten bedoeld in het ministerieel besluit van 23 maart 2020 ‘houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’ (Cf. artikel 1 van het bijzonderemachtenbesluit dat in de volgende voetnoot wordt vermeld).

³ Dit wordt mogelijk gemaakt door het bijzonderemachtenbesluit nr. 14 van 27 april 2020 ‘tot uitvoering van artikel 5, § 1, 5°, van de wet van 27 maart 2020 die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II) tot vrijwaring van een vlotte arbeidsorganisatie in de kritieke sectoren’. Over het ontwerp dat tot dat bijzonderemachtenbesluit heeft geleid, heeft de Raad van State op 20 april 2019 advies 67.249/1 verleend.

VORMVEREISTEN

5. De ontworpen regeling verleent een financieel voordeel aan de ondernemingen uit de kritieke sectoren.

Gevraagd of de ontworpen regeling niet beschouwd moet worden als een regeling inzake staatssteun⁴ in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, die in beginsel onder het toepassingsgebied valt van de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie, bedoeld in artikel 108, lid 3, van datzelfde Verdrag, antwoordde de gemachtigde:

“Il est exact que ce type de mesure (à savoir une exonération de cotisations et non une suspension de paiement) n'est pas, comme telle, reprise dans les différentes communications faites par la Commission européenne.

Cette mesure a un caractère sélectif puisque les heures supplémentaires en question sont destinées aux employeurs appartenant aux secteurs critiques tels qu'ils sont défini par l'arrêt de pouvoirs spéciaux et elle est donc susceptible d'être considérée comme une aide d'Etat.

Elle doit dès lors faire l'objet d'une notification à la Commission européenne”.

Vermits, zoals aangegeven door de gemachtigde, de ontworpen regeling alsnog zal worden aangemeld bij de Europese Commissie, zal van deze aanmelding en van het antwoord van de Europese Commissie melding dienen te worden gemaakt in de aanhef van het te nemen besluit.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de voornoemde vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

6.1. De ontworpen regeling heeft tot gevolg dat op bepaalde overuren geen sociaalezekerheidsbijdagen moeten worden betaald. Het gaat om de overuren bedoeld in het bijzonderemachtenbesluit nr. 14 van 27 april 2020 ‘tot uitvoering van artikel 5, § 1, 5°, van de wet van 27 maart 2020 die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II) tot vrijwaring van een vlotte arbeidsorganisatie in de kritieke sectoren’. Bijgevolg is er een verschil in behandeling tussen de

⁴ Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie maakt een maatregel slechts staatssteun uit in de zin van die bepaling indien aan de hierna volgende voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het gaan om een maatregel van de Staat of een maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet de maatregel de begunstigde ervan een voordeel verschaffen. Ten vierde moet de maatregel de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen. HvJ 10 juni 2010, C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, punt 31; HvJ 29 maart 2012, C-417/10, *3M Italia*, punt 37; HvJ 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, *Libert e.a.*, punt 74; HvJ 21 december 2016, C--6/15, *Vervloet e.a.*, punt 89.

werkgevers en werknemers naargelang het soort overuren dat wordt gepresteerd, ten nadele van de werkgevers en werknemers uit de overige sectoren waar de gepresterde overuren wel onderworpen zijn aan de betaling van sociale zekerheidsbijdragen.

6.2.1. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling slechts verenigbaar met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁵

Het verschil in behandeling stoelt weliswaar op objectieve criteria van onderscheid, met name het tijdstip waarop en de sectoren waarin de werknemers de overuren presteren. Echter, om een verschil in behandeling tussen verschillende categorieën van (rechts)personen ten aanzien van de regel van gelijkheid en niet-discriminatie te verantwoorden, volstaat het niet het bestaan van objectieve verschillen tussen deze categorieën aan te wijzen. Er moet bovendien worden aangetoond dat, in de geregelde aangelegenheid, *in casu* voor het betalen van sociale zekerheidsbijdragen, de aangevoerde verschillen relevant zijn om een verschillende behandeling in redelijkheid te verantwoorden.⁶

6.2.2. In dat verband wordt in het twaalfde lid van de aanhef het volgende overwogen:

“Dat deze maatregelen op 1 april 2020 in werking treden en uiterst beperkt zijn in de tijd, zodat het noodzakelijk is deze uit te sluiten uit het begrip van bijdrageplichtig loon, bij gebreke waarvan de tijd die nodig is voor de aanpassing van de verschillende elektronische aangiften gebruikt in de sociale zekerheid het niet mogelijk maakt dat deze maatregelen te implementeren op 1 april 2020;”.

Deze verantwoording, die er lijkt op neer te komen dat het verschil in behandeling verantwoord zou zijn omwille van het feit dat in het kader van de huidige elektronische aangiften, geen ruimte is om die bijkomende overuren aan te geven en er geen tijd is om daar een oplossing voor te voorzien, houdt geen verband met de doelstelling van de regeling en bevat geen enkel element dat toelaat te toetsen of de gevolgen evenredig zijn. Bijgevolg komt de overweging waarmee in de aanhef van het ontworpen besluit het verschil in behandeling wordt verantwoord als weinig pertinent voor.

⁵ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bv. GwH 17 juli 2014, nr. 107/2014, B.12; GwH 25 september 2014, nr. 141/2014, B.4.1; GwH 30 april 2015, nr. 50/2015, B.16; GwH 18 juni 2015, nr. 91/2015, B.5.1; GwH 16 juli 2015, nr. 104/2015, B.6.

⁶ Zie b.v. GwH 26 juli 2007, nr. 110/2007, B.13; GwH 11 juni 2008, nr. 90/2008, B.5.; GwH 17 juli 2014, nr 109/2014, B.6.

6.2.3. Geconfronteerd hiermee gaf de gemachtigde de volgende verantwoording:

“De verantwoording in de aanhef is inderdaad ongelukkig geformuleerd. De argumenten hebben betrekking op de beslissing om voor betreffende vrijgestelde bijkomende overuren geen bijkomende specifieke elektronische aangifte te voorzien; er is geen causaal verband tussen deze argumenten en (de verantwoording voor) de vrijstelling. De vrijstelling van de bijkomende overuren in de sectoren beoogt de ondersteuning van de werkgevers die behoren tot de kritieke sectoren. Zoals u terecht stelt, steunt dit verschil in behandeling [op] een objectief criterium. Dit is redelijk verantwoord in het licht van de doelstelling, met name de economische noodzaak om de kritieke sectoren te ondersteunen. De redactie van de aanhef en het verslag aan de Koning zal in deze zin worden aangepast”.

6.2.4. Het verdient aanbeveling dat de stellers van het ontwerp deze verantwoording opnemen in het verslag aan de Koning.

7.1. De ontworpen regeling heeft uitwerking met terugwerkende kracht met ingang van 1 april 2020. Dat is tevens de datum waarop ook de regeling van het bijzonderemachtenbesluit nr. 14 van 27 april 2020 uitwerking heeft.

7.2. Terugwerkende kracht van verordenende bepalingen is enkel aanvaardbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke machtiging bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en erdoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

7.3. Gevraagd welke impact de terugwerkende kracht kan hebben op het berekenen en betalen van de sociale bijdragen, antwoordde de gemachtigde:

“La mesure concerne à la fois les cotisations patronales et personnelles. Les cotisations (patronales et personnelles) sont bien payées à la fin du mois qui suit la fin du trimestre. Pour le 2^{ième} trimestre elles doivent être payées le 31 juillet.

Les cotisations personnelles sont bien retenues chaque mois par l'employeur, la mesure a déjà été annoncé afin qu'ils n'effectuent pas la retenue en question mais s'ils y ont procédé ils devront alors recalcul[er] la rémunération du travailleur ayant effectué ces heures supplémentaires afin de lui restituer les cotisations indûment retenues”.

7.4. Aangezien de sociale zekerheidsbijdragen worden betaald de maand na het kwartaal waarin ze verschuldigd zijn en de ontworpen regeling een voordeel betreft voor zowel de werkgever als de werknemer, en voor zover er in voorkomend geval een herberekening zal worden uitgevoerd van de ingehouden bijdragen kan de terugwerkende kracht worden gebillijkt.

BIJZONDERE OPMERKINGENAanhef

8. Gelet op hetgeen *sub 4* in verband met de rechtsgrond is opgemerkt, dient het eerste lid van de aanhef te worden geschrapt.

9. Aangezien het koninklijk besluit van 28 november 1969, dat in het huidige vierde lid van de aanhef, dat het derde lid wordt, wordt vermeld, het ontwerp niet tot rechtsgrond strekt, maar erdoor wordt gewijzigd, dient geen verwijzing te worden opgenomen naar de te wijzigen bepaling.⁷

10. In het huidige zesde lid van de aanhef, dat het vijfde lid wordt, dient de datum van het begrotingsakkoord, met name 17 april 2020, te worden vermeld.

11. Aangezien het voorliggende ontwerp niet van de regelgevingsimpactanalyse kan worden vrijgesteld op grond van artikel 8, § 1, van de wet van 15 december 2013 ‘houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’, maar er wel op grond van de in artikel 8, § 2, van dezelfde wet van kan worden uitgezonderd, dient het huidige negende lid van de aanhef, dat het achtste lid wordt, te worden geherformuleerd als volgt:

“Gelet op de uitzondering inzake het verrichten van de regelgevingsimpactanalyse, bedoeld in artikel 8, § 2, 2°, van de wet van 15 december 2013 houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging;”.

*

⁷ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling nr. 30, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

Il ressort tant de la notification du Conseil des ministres, que de la demande d'avis et du préambule du projet que les auteurs du projet sollicitent l'avis du Conseil d'État dans le délai de cinq jours ouvrables visé à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois sur le Conseil d'État.

En exigeant que les demandes d'avis dans les cinq jours ouvrables soient 'spécialement' motivées, le législateur a voulu que ce délai, extrêmement bref, ne puisse être sollicité qu'exceptionnellement. En conséquence, le demandeur doit invoquer des éléments pertinents et suffisamment concrets susceptibles de faire admettre que les dispositions en projet sont à ce point urgentes qu'il faille nécessairement recourir à la procédure visée à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois sur le Conseil d'État (avis à communiquer dans un délai de cinq jours ouvrables) et pourquoi, au moment de la demande d'avis, il ne pouvait pas être recouru à la procédure visée à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de ces lois (avis à communiquer dans un délai de trente jours).

L'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, précité, indique en outre que l'urgence doit être « spécialement motivée dans la demande ». S'agissant d'une obligation de motivation formelle, le Conseil d'État, section de législation, pour apprécier la recevabilité d'une demande d'avis, ne peut en principe tenir compte que de la motivation contenue dans la demande proprement dite.

La présente demande d'avis ne motive toutefois pas véritablement l'urgence et ne fait que reproduire la finalité et la portée de la réglementation ¹.

Dans le préambule, le recours à l'urgence est motivé:

« par la situation concernant le coronavirus COVID-19 qui ne permet pas d'attendre l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat dans un délai de trente jours, compte tenu notamment de la nécessité de prendre sans délai les mesures nécessaires pour att[é]nuer les conséquences socio-economiques du coronavirus COVID-19 pour les employeurs ».

Une telle motivation ne comporte cependant aucun élément concret et pertinent permettant de démontrer que le régime en projet est à ce point urgent qu'on ne puisse avoir recours à la procédure visée à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois sur le Conseil d'État (avis à communiquer dans un délai de trente jours).

¹ Dans la lettre de demande d'avis, il est écrit : « Gelet op de uitbraak van het COVID-19-virus in ons land beoogt het ontwerp van koninklijk besluit een beperking van het loonbegrip als basis voor de berekening van de socialezekerheidsbijdragen der werknemers voor de netto-vergoedingen voor de 120 bijkomende vrijwillige overuren die tijdens het tweede kwartaal 2020 gepresteerd worden bij werkgevers in de kritieke sectoren in toepassing van artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van xx april 2020 tot uitvoering van artikel 5, § 1, 5°, van de wet van 27 maart 2020 die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II) tot vrijwaring van een vlotte arbeidsorganisatie in de kritieke sectoren, en tot ondersteuning van de werknemers ».

Dans le dernier alinéa du préambule du projet, il est encore considéré ce qui suit :

« Considérant que l'arrêté royal du XX avril 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1, 5°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant à garantir la bonne organisation du travail dans les secteurs critiques et à soutenir les travailleurs, a adopté différentes mesures temporaires permettant aux travailleurs de bénéficier de certains avantages pouvant être qualifiés de rémunération. Que ces mesures produisent leurs effets le 1^{er} avril et son extrêm[em]ent limitées dans le temps, de sorte qu'il est nécessaire de les exclure[...] de la notion de rémunération cotisable, à défaut de quoi les délais nécessaires à l'adaptation des différentes déclarations él[e]ctroniques utilisées dans la sécurité sociale ne permettraient pas de mettre en œuvre ces mesures au 1^{er} avril 2020 ».

Ce considérant ne concerne toutefois que la nécessité de la mesure à adopter et ne peut en tant que tel englober l'urgence du dispositif en projet.

À la question de savoir pourquoi un avis a été demandé dans un délai de cinq jours ouvrables dès lors que les cotisations de sécurité sociale sont en principe payées en fin de trimestre, le délégué a répondu :

« L'arrêté royal n° 14 du 27 avril 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1, 5°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant à garantir la bonne organisation du travail dans les secteurs critiques et à soutenir les travailleurs, a, en son article 2, fait en sorte que, dans les secteurs critiques, le nombre d'heures supplémentaires volontaires, soit porté à 220 heures (soit 120 heures supplémentaires volontaires additionnelles), pour la période allant du 1^{er} avril 2020 au 30 juin 2020 (c'est-à-dire le deuxième trimestre de 2020).

La rémunération relative aux 100 heures supplémentaires volontaires déjà prévues à l'article 25bis de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, est considérée comme du salaire soumis à cotisations. Le régime mis en place pour le 2^{ième} trimestre 2020 produit ses effets le 1^{er} avril de sorte il est nécessaire pour les employeurs de connaître sans délai le régime social auquel lesdites heures seront soumises, afin d'y avoir effectivement recours en toute connaissance de cause ».

Afin de ne pas entraver le travail réglementaire dans les présentes circonstances exceptionnelles, le Conseil d'État, section de législation, a néanmoins pris connaissance des éléments énoncés dans le préambule et dans les explications fournies par le délégué et a pu constater qu'il s'agissait de mesures urgentes destinées à soutenir les employeurs et les travailleurs dans les secteurs critiques.

Il est néanmoins demandé aux auteurs du projet d'accompagner à l'avenir les demandes d'avis telles que celles faisant l'objet du présent dossier d'une motivation de l'urgence portant réellement et de manière suffisante sur le contenu du texte, et ce afin d'éviter que la disposition de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois sur le Conseil d'État soit vidée de son sens. Par ailleurs, il convient de relever qu'en invoquant l'urgence sans motivation formelle suffisante, les auteurs du projet courent le risque de voir la réglementation en projet déclarée illégale par le Conseil d'État, section du contentieux administratif, ou par les cours et tribunaux ordinaires.

2. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend exempter de cotisations de sécurité sociale les heures supplémentaires volontaires que peuvent effectuer les travailleurs pendant le deuxième trimestre de 2020 auprès des employeurs appartenant aux « secteurs dits critiques »²⁻³, en ne considérant pas comme rémunérations les rémunérations nettes perçues pour ces prestations.

À cet effet, l'article 1^{er} du projet ajoute un point 24° à l'article 19, § 2, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 'pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs'.

4. La réglementation en projet trouve son fondement juridique dans les dispositions dont font état les deuxième et troisième alinéas du préambule.

Étant donné que les dispositions concernées procurent un fondement juridique suffisant au dispositif en projet, il n'y a pas lieu de recourir au pouvoir général d'exécution du Roi attribué en vertu de l'article 108 de la Constitution.

FORMALITÉS

5. Le règlement en projet accorde un avantage financier aux entreprises appartenant à ces secteurs critiques.

À la question de savoir si le dispositif en projet ne doit pas être considéré comme un régime d'aide d'État⁴ au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union

² Les secteurs critiques sont les secteurs cruciaux et les services essentiels visés dans l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 'portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19' (Cf. l'article 1^{er} de l'arrêté de pouvoirs spéciaux mentionné dans la note de bas de page qui suit).

³ Cette exemption est visée par l'arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020 'pris en exécution de l'article 5, § 1^{er}, 5°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II) visant à garantir la bonne organisation du travail dans les secteurs critiques'. Le Conseil d'État a donné le 20 avril 2019 l'avis 67.249/1 sur le projet devenu l'arrêté de pouvoirs spéciaux.

⁴ Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, une intervention ne constitue une aide d'État au sens de cette disposition que si les conditions suivantes sont remplies. Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, l'intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence. CJUE 10 juin 2010, C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, point 31; CJUE 29 mars 2012, C-417/10, *3M Italia*, point 37; CJUE 8 mai 2013, C-197/11 et C-203/11, *Libert e.a.*, point 74; CJUE 21 décembre 2016, C-76/15, *Vervloet e.a.*, point 89.

européenne (ci-après : TFUE), qui entre en principe dans le champ d'application de l'obligation de notification à la Commission européenne, visée à l'article 108, paragraphe 3, du même traité, le délégué a répondu ce qui suit :

« Il est exact que ce type de mesure (à savoir une exonération de cotisations et non une suspension de paiement) n'est pas, comme telle, reprise dans les différentes communications faites par la Commission européenne.

Cette mesure a un caractère sélectif puisque les heures supplémentaires en question sont destinées aux employeurs appartenant aux secteurs critiques tels qu'ils sont défini par l'arrêté de pouvoirs spéciaux et elle est donc susceptible d'être considérée comme une aide d'État.

Elle doit dès lors faire l'objet d'une notification à la Commission européenne ».

Vu que, comme l'indique le délégué, le texte en projet sera encore notifié à la Commission européenne, il sera fait mention de cette notification ainsi que de la réponse de ladite Commission dans le préambule de l'arrêté envisagé.

Si les formalités susmentionnées devaient encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

6.1. La disposition en projet a pour effet qu'aucune cotisation de sécurité sociale ne sera payée sur certaines heures supplémentaires. Il s'agit des prestations visées à l'arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020 'pris en exécution de l'article 5, § 1, 5°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19(II) visant à garantir la bonne organisation du travail dans les secteurs critiques'. Il en résulte une différence de traitement entre les employeurs et les travailleurs en fonction du type d'heures supplémentaires effectuées, au détriment des employeurs et travailleurs appartenant aux autres secteurs où les heures supplémentaires effectuées sont, quant à elles, bien soumises au paiement de cotisations de sécurité sociale.

6.2.1. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, une différence de traitement ne peut se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination que si cette différence repose sur un critère objectif et si elle est raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure concernée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ⁵.

⁵ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle. Voir par exemple C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014, B.12; C.C., 25 septembre 2014, n° 141/2014, B.4.1; C.C., 30 avril 2015, n° 50/2015, B.16; C.C., 18 juin 2015, n° 91/2015, B.5.1; C.C., 16 juillet 2015, n° 104/2015, B.6.

La différence de traitement se fonde certes sur des critères objectifs de distinction, à savoir le moment auquel les travailleurs effectuent les heures supplémentaires et les secteurs dans lesquels ces prestations ont lieu. Toutefois, pour justifier une différence de traitement entre différentes catégories de personnes (morales) au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, il ne suffit pas d'indiquer l'existence de différences objectives entre ces catégories. Il doit en outre être démontré que, dans la matière réglée, en l'espèce pour le paiement des cotisations de sécurité sociale, les différences alléguées sont pertinentes et justifient raisonnablement une différence de traitement ⁶.

6.2.2. À ce sujet, au douzième alinéa du préambule, il est considéré ce qui suit :

« Que ces mesures produisent leurs effets le 1^{er} avril et son extrêm[em]ent limitées dans le temps, de sorte qu'il est nécessaire de les exclure[...] de la notion de rémunération cotisable, à défaut de quoi les délais nécessaires à l'adaptation des différentes déclarations él[e]ctroniques utilisées dans la sécurité sociale ne permettraient pas de mettre en œuvre ces mesures au 1^{er} avril 2020 ; ».

Cette justification, qui semble impliquer que la différence de traitement se justifierait en raison du fait que, dans le cadre des déclarations électroniques actuelles, il n'y a pas d'espace pour déclarer ces heures supplémentaires et que, faute de temps, on ne peut y remédier, est sans lien avec l'objectif du dispositif et ne comporte aucun élément permettant de vérifier si les effets sont proportionnés. En conséquence, le considérant du préambule de l'arrêté en projet dans lequel est justifiée la différence de traitement, apparaît peu pertinent.

6.2.3. Confronté à ce qui précède, le délégué a donné la justification suivante :

« De verantwoording in de aanhef is inderdaad ongelukkig geformuleerd. De argumenten hebben betrekking op de beslissing om voor betreffende vrijgestelde bijkomende overuren geen bijkomende specifieke elektronische aangifte te voorzien; er is geen causaal verband tussen deze argumenten en (de verantwoording voor) de vrijstelling. De vrijstelling van de bijkomende overuren in de sectoren beoogt de ondersteuning van de werkgevers die behoren tot de kritieke sectoren. Zoals u terecht stelt, steunt dit verschil in behandeling [op] een objectief criterium. Dit is redelijk verantwoord in het licht van de doelstelling, met name de economische noodzaak om de kritieke sectoren te ondersteunen. De redactie van de aanhef en het verslag aan de Koning zal in deze zin worden aangepast ».

6.2.4. Il est recommandé que les auteurs du projet insèrent cette justification dans le rapport au Roi.

7.1. Le règlement en projet produit ses effets avec effet rétroactif au 1^{er} avril 2020. Cette date est également celle à laquelle la réglementation édictée dans l'arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020 produit ses effets.

7.2. L'effet rétroactif de dispositions réglementaires n'est admissible que lorsqu'il existe une base légale à cet effet, que la rétroactivité se rapporte à une règle qui accorde des

⁶ Voir par exemple : C.C., 26 juillet 2007, n° 110/2007, 2007.B.13; C.C. 11 juin 2008, n° 90/2008, B.5; C.C. 17 juillet 2014, n° 109/2014, B.6.

avantages, dans le respect du principe d'égalité, ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer le bon fonctionnement des services et ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises.

7.3. Interrogé quant à l'incidence que peut avoir l'effet rétroactif sur le calcul et le paiement des cotisations sociales, le délégué a répondu :

« La mesure concerne à la fois les cotisations patronales et personnelles. Les cotisations (patronales et personnelles) sont bien payées à la fin du mois qui suit la fin du trimestre. Pour le 2^{ième} trimestre elles doivent être payées le 31 juillet.

Les cotisations personnelles sont bien retenues chaque mois par l'employeur, la mesure a déjà été annoncée afin qu'ils n'effectuent pas la retenue en question mais s'ils y ont procédé ils devront alors recalcul[er] la rémunération du travailleur ayant effectué ces heures supplémentaires afin de lui restituer les cotisations indûment retenues ».

7.4. Dès lors que les cotisations de sécurité sociale sont payées le mois qui suit le trimestre au cours duquel elles sont dues et que le règlement en projet concerne un avantage tant pour l'employeur que pour le travailleur, et dans la mesure où il sera, le cas échéant, procédé à un nouveau calcul des cotisations retenues, l'effet rétroactif peut être justifié.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

8. Compte tenu de l'observation formulée au point 4 à propos du fondement juridique, on supprimera le premier alinéa du préambule.

9. Dès lors que l'arrêté royal du 28 novembre 1969, dont fait état l'actuel quatrième alinéa qui deviendra le troisième alinéa, ne procure pas au projet son fondement juridique mais qu'il est modifié par ce dernier, il n'y a pas lieu de viser la disposition à modifier⁷.

10. Dans le sixième alinéa actuel du préambule, qui deviendra le cinquième alinéa, il sera fait mention de la date de l'accord budgétaire, à savoir le 17 avril 2020.

11. Étant donné que le présent projet ne peut pas être excepté de l'analyse d'impact de la réglementation sur la base de l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 2013 'portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative', mais qu'il peut l'être sur la base de l'article 8, § 2, de cette même loi, il convient de reformuler l'actuel neuvième alinéa du préambule, qui deviendra le huitième alinéa, comme suit :

⁷ *Principes de la technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation n° 30, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

« Vu l'exception relative à l'accomplissement de l'analyse d'impact de la réglementation, visée à l'article 8, § 2, 2°, de la loi du 15 décembre 2013 portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative ; ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME