



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.328/1
van 25 mei 2021

avis 69.328/1
du 25 mai 2021

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot verlenging van de
termijn bedoeld in artikel 7,
tweede lid, van de wet van
14 mei 2020 houdende
uitzonderlijke maatregelen
voor de instellingen voor
bedrijfspensioenvoorziening in
het kader van de
COVID-19-pandemie'

un projet d'arrêté royal
'prolongeant le délai visé à
l'article 7, alinéa 2, de la loi du
14 mai 2020 portant des
mesures exceptionnelles visant
les institutions de retraite
professionnelle dans le cadre
de la pandémie COVID-19'

Op 3 mei 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Pensioenen verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot verlenging van de termijn bedoeld in artikel 7, tweede lid, van de wet van 14 mei 2020 houdende uitzonderlijke maatregelen voor de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening in het kader van de COVID-19-pandemie’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 18 mei 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Bert THYS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Barbara SPEYBROUCK, eerste auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 mei 2021.

*

Le 3 mai 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre des Pensions à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘prolongeant le délai visé à l'article 7, alinéa 2, de la loi du 14 mai 2020 portant des mesures exceptionnelles visant les institutions de retraite professionnelle dans le cadre de la pandémie COVID-19’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 18 mai 2021. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Bert THYS et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Barbara SPEYBROUCK, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 mai 2021.

*

STREKKING EN RECHTSGROND

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de einddatum van 30 september 2020, vermeld in artikel 7, tweede lid, van de wet van 14 mei 2020 ‘houdende uitzonderlijke maatregelen voor de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening in het kader van de COVID-19-pandemie’ te verschuiven naar 31 december 2021 voor wat betreft de toepassing van de bepalingen van artikel 5, eerste lid, 2° en 3°, en tweede lid, en artikel 6 van de wet van 14 mei 2020. Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 oktober 2020.

Artikel 5 van de wet van 14 mei 2020 bepaalt dat, niettegenstaande een andersluidende bepaling in hun statuten of in afwijking van alle andere regelgeving toepasselijk op gemeenrechtelijke rechtspersonen, de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening hun algemene vergadering kunnen organiseren en houden door middel van communicatiemiddelen op afstand (eerste lid, 2°), met inbegrip van een stemming op afstand of door een volmacht (eerste lid, 3°). De nodige documenten kunnen met alle mogelijke middelen worden verzonden (tweede lid). Artikel 6 van de wet van 14 mei 2020 bepaalt dat de raad van bestuur elke beslissing kan nemen bij eenparig (schriftelijk) besluit en dat hij of een ander operationeel orgaan eveneens kan vergaderen door middel van elk telecommunicatiemiddel dat een gezamenlijke beraadslaging toelaat. Overeenkomstig artikel 7, tweede lid, van de wet van 14 mei 2020 waren de voormelde bepalingen van toepassing gedurende de periode van 1 maart 2020 tot en met 30 september 2020.

2. Voor het ontwerp kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 7, derde lid, van de wet van 14 mei 2020. Deze bepaling machtigt de Koning om bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad, de einddatum vermeld in artikel 7, tweede lid, van de wet van 14 mei 2020 aan te passen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

3. De einddatum in artikel 7, tweede lid, van de wet van 14 mei 2020 is vastgelegd op 30 september 2020. Bijgevolg kunnen de bepalingen in artikel 5, eerste lid, 2° en 3°, en tweede lid, en artikel 6 vanaf 1 oktober 2020 niet meer worden toegepast door de instellingen voor bedrijfspensioenverzekering.

Zolang een tekst van kracht is, kan de datum van buitenwerkingtreding ervan worden uitgesteld of opgeheven door middel van een wijzigingsbepaling, waarbij erop wordt toegezien dat deze in werking treedt uiterlijk op de dag dat de tekst buiten werking treedt. Na die datum bestaat de tekst immers niet meer en elke wijziging die in werking treedt vanaf dat tijdstip zal doelloos zijn als ze geen terugwerkende kracht heeft. Wanneer een tekst niet meer van kracht is, kan de datum waarop hij buiten werking treedt bijgevolg alleen worden uitgesteld of opgeheven door terugwerkende kracht te verlenen aan de wijzigingsbepaling en voor zover deze terugwerking aanvaardbaar is.¹

¹ Zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 161.

4. Artikel 2 van het ontwerp laat het te nemen besluit uitwerking hebben met ingang van 1 oktober 2020. Gelet op hetgeen *sub* 3 uiteengezet is, moet, rekening houdend met wat de steller van het ontwerp beoogt, de datum van 30 september 2020 worden gehanteerd.

Er moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht. Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

In het Verslag aan de Koning wordt gesteld dat het ontworpen besluit als doel heeft “de verlenging van de termijn gedurende dewelke de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IBP’s) kunnen genieten van een aantal versoepelingen die door de wet van 14 mei 2020 (...) werden ingevoerd. Deze versoepelingen hadden onder meer betrekking op het organiseren van algemene vergaderingen en vergaderingen van de operationele organen van de IBP’s”. Als reden voor de verlenging van de termijn voor deze versoepelingen wordt verwezen naar “de aanhoudende sanitaire crisis en de dwingende regels die in dat kader zijn opgelegd ter bestrijding van het coronavirus COVID 19” en wordt de uitwerkingsdatum verklaard door de einddatum van 30 september 2020 die is voorzien in artikel 7, tweede lid, van de wet van 14 mei 2020.

De gemachtigde verantwoordt de terugwerkende kracht als volgt:

“Wij zijn van mening dat de terugwerkende kracht van het ontwerp van koninklijk besluit tot verlenging van de termijn bedoeld in artikel 7, tweede lid, van de Wet van 14 mei 2020 houdende uitzonderlijke maatregelen voor de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening in het kader van de COVID-19-pandemie (hierna respectievelijk het ontwerp-KB en de Wet van 14 mei 2020) wel degelijk verantwoord is.

Alhoewel artikel 7, derde lid, van de Wet van 14 mei 2020 de Koning toelaat om de einddatum vermeld in het tweede lid aan te passen, klopt het dat deze bepaling niet uitdrukkelijk kan gelezen worden als een toelating door een wetgevende handeling om aan een koninklijk besluit terugwerkende kracht te verlenen.

In de Handleiding wetgevingstechniek van de Raad van State (nr. 211, p. 127) lezen we echter dat zelfs indien dit niet het geval is, een koninklijk besluit bij uitzondering terugwerkende kracht kan hebben in een van de volgende twee gevallen: (1) als het nodig is voor de continuïteit van de openbare dienst of (2) als het nodig is voor de regularisering van een rechts- of feitelijke toestand, waarbij in beide gevallen de vereisten inzake rechtszekerheid en de individuele rechten geëerbiedigd moeten worden.

Wij zijn van mening dat *in casu* het tweede geval van toepassing (regularisering van een rechts- of feitelijke toestand), en wel om de volgende redenen:

1. Zoals u weet, geldt in het kader van de strijd tegen de COVID-19-pandemie sinds oktober 2020 de verplichting van telewerk, waar mogelijk.

2. De organen van de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IBP's, zijnde de fondsen en kassen die de tweede pijlerpensioenregelingen van werknemers op bedrijfs- en sectorniveau en van zelfstandigen beheren) zijn perfect in staat, om mits enige organisatorische aanpassingen, hun activiteiten en vergaderingen op afstand uit te voeren. Zij hebben dit dan ook sinds oktober 2020 gedaan, conform de COVID-19-regelgeving. Concreet gaat het over de werkzaamheden van de raden van bestuur, de operationele organen zoals investeringscomités en sociale comités, en de algemene vergaderingen (die doorgaans plaatsvinden in het eerste kwartaal van het burgerlijk jaar).

3. Het regelgevend kader van de IBP's, met name de Wet van 27 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen (hierna WIBP), haar uitvoeringsbesluiten en de door de toezichthoudende overheid FSMA uitgevaardigde reglementen en omzendbrieven, alsook de statuten van verschillende IBP's vereisen en/of veronderstellen voor de werkzaamheden van de organen van de IBP's echter fysieke bijeenkomsten. Als het ontwerp-KB, dat op dit vlak een uitzondering voorziet op het vermelde regelgevend kader en statuten, geen terugwerkende kracht zou hebben, dan zouden alle beslissingen en handelingen van de organen van de IBP's gemaakt en gesteld sinds 30 september 2020 mogelijks ongeldig kunnen zijn en op die louter procedurele grond in rechte betwist kunnen worden.

4. Er moet daarbij rekening gehouden worden met het feit dat de organen van de IBP's zich in een toestand van kennelijke overmacht bevonden, aangezien zij juridisch verplicht waren om de COVID-19-maatregelen na te leven.

5. Deze situatie is volgens ons een feitelijke toestand die geregulariseerd moet worden, en dit om een eventuele juridische warboel te vermijden.

We verliezen daarbij de randvoorwaarde die de Afdeling Wetgeving van de Raad van State consequent in zijn adviesverlening stelt niet uit het oog. We zijn van mening dat *in casu* de rechtszekerheid en de individuele rechten geëerbiedigd worden en wel om de volgende redenen:

1. Alle organen van de IBP's en alle leden van deze organen werden op dezelfde wijze behandeld.

2. Alle organen van de IBP's en alle leden van deze organen bleven in staat om hun bevoegdheden en prerogatieven ten volle uit te oefenen.

3. De werkingswijze van de organen van de IBP's en de uitoefeningswijze van de bevoegdheden en prerogatieven van de leden van de deze organen was perfect voorspelbaar, aangezien het om de voortzetting ging van de praktijken ontwikkeld en gebruikt tijdens de formele lockdown in het voorjaar van 2020.

4. De individuele rechten van de sponsors van de IBP's (individuele werkgevers, sectoren of individuele zelfstandigen) en van de actieve en niet-actieve leden van de IBP's (actuele of voormalige werknemers, of actuele of voormalige zelfstandigen) kwamen niet in het gedrang omdat er niet geraakt werd aan de inhoudelijke regelgeving inzake aanvullende pensioenen (met name de Wet Aanvullende Pensioenen van 28 april 2003 voor de werknemers en de Programmawet (I) van 24 december 2002 voor de zelfstandigen, en hun uitvoeringsbesluiten) en inzake de financiering van en het toezicht op de IBP's (met name de WIBP en haar uitvoeringsbesluiten). Het is deze inhoudelijke regelgeving die de inhoudelijke actieradius van de werking van de organen van de IBP's vastlegt. Als sponsors, leden of de toezichthoudende overheid problemen zouden hebben met de genomen beslissingen en/of de gestelde handelingen, dan zijn hun rechten en de hun ter beschikking staande rechtsmiddelen gevrijwaard."

Het is raadzaam deze verantwoording op te nemen in het Verslag aan de Koning.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE

1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de reporter au 31 décembre 2021 la date finale du 30 septembre 2020, visée à l'article 7, alinéa 2, de la loi du 14 mai 2020 'portant des mesures exceptionnelles visant les institutions de retraite professionnelle dans le cadre de la pandémie COVID-19', en ce qui concerne l'application des dispositions de l'article 5, alinéa 1^{er}, 2^o et 3^o, et alinéa 2, et l'article 6 de cette même loi. L'arrêté envisagé produit ses effets le 1^{er} octobre 2020.

L'article 5 de la loi du 14 mai 2020 dispose que, nonobstant toute disposition contraire dans leurs statuts ou par dérogation à toute autre réglementation applicable aux personnes morales de droit commun, les institutions de retraite professionnelle peuvent organiser et tenir l'assemblée générale au moyen de techniques de télécommunication à distance (alinéa 1^{er}, 2^o), y compris en votant à distance ou par procuration (alinéa 1^{er}, 3^o). Les documents nécessaires peuvent être envoyés par tous moyens (alinéa 2). L'article 6 de la loi du 14 mai 2020 prévoit que le conseil d'administration peut prendre toute décision par consentement unanime (exprimé par écrit) et que ce conseil ou un autre organe opérationnel peut également se réunir au moyen de toute technique de télécommunication permettant une délibération collective. Conformément à l'article 7, alinéa 2, de la loi du 14 mai 2020, les dispositions précitées étaient applicables pendant la période du 1^{er} mars 2020 au 30 septembre 2020 inclus.

2. Le projet peut trouver un fondement juridique dans l'article 7, alinéa 3, de la loi du 14 mai 2020. Cette disposition habilite le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, à adapter la date finale visée à l'article 7, alinéa 2, de ladite loi.

EXAMEN DU TEXTE

3. La date finale visée à l'article 7, alinéa 2, de la loi du 14 mai 2020 a été fixée au 30 septembre 2020. Par conséquent, les dispositions de l'article 5, alinéa 1^{er}, 2^o et 3^o, et alinéa 2, et de l'article 6 ne peuvent plus être appliquées, depuis le 1^{er} octobre 2020, par les institutions de retraite professionnelle.

Aussi longtemps qu'un acte est en vigueur, sa date de fin de vigueur peut être postposée ou supprimée par le biais d'une disposition modificative, en veillant à ce que celle-ci entre en vigueur au plus tard le jour de la fin de vigueur de l'acte. En effet, après cette date, l'acte n'existe plus et toute modification entrant en vigueur à ce moment sera dépourvue d'objet si elle n'a pas d'effet rétroactif. Par conséquent, lorsqu'un acte n'est plus en vigueur, sa date de fin de vigueur peut uniquement être postposée ou supprimée en donnant un effet rétroactif à la disposition modificative et pour autant que cette rétroactivité soit admissible ¹.

¹ Voir *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, n° 161.

4. Selon l'article 2 du projet, l'arrêté envisagé produit ses effets le 1^{er} octobre 2020. Eu égard à ce qui a été observé au point 3, et compte tenu de l'intention de l'auteur du projet, il convient d'utiliser la date du 30 septembre 2020.

Il y a lieu d'observer que c'est sous certaines conditions seulement que l'attribution d'un effet rétroactif aux arrêtés peut être réputée admissible. L'attribution d'un effet rétroactif aux arrêtés n'est admissible que dans les cas où la rétroactivité repose sur une base légale, où elle concerne une règle qui confère des avantages dans le respect du principe de l'égalité, ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer la continuité ou le bon fonctionnement de l'administration, et ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises. Ce n'est que si la rétroactivité du régime en projet s'inscrit dans l'une des hypothèses énumérées qu'elle pourra être admise.

Le rapport au Roi mentionne que l'arrêté en projet a pour objectif « de prolonger le délai durant lequel les institutions de retraite professionnelle (IRP) peuvent bénéficier d'un certain nombre d'assouplissements qui ont été instaurés par la loi du 14 mai 2020 (...). Ces assouplissements portaient notamment sur l'organisation des assemblées générales et des réunions des organes opérationnels des IRP ». Pour justifier la prolongation du délai de ces assouplissements, il est fait référence à « la persistance de la crise sanitaire et [aux] règles impératives qui ont été imposées dans ce cadre pour lutter contre le coronavirus COVID 19 », la date d'entrée en vigueur s'expliquant par la date finale du 30 septembre 2020 qui est prévue à l'article 7, alinéa 2, de la loi du 14 mai 2020.

Le délégué justifie la rétroactivité comme suit :

« Wij zijn van mening dat de terugwerkende kracht van het ontwerp van koninklijk besluit tot verlenging van de termijn bedoeld in artikel 7, tweede lid, van de Wet van 14 mei 2020 houdende uitzonderlijke maatregelen voor de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening in het kader van de COVID-19-pandemie (hierna respectievelijk het ontwerp-KB en de Wet van 14 mei 2020) wel degelijk verantwoord is.

Alhoewel artikel 7, derde lid, van de Wet van 14 mei 2020 de Koning toelaat om de einddatum vermeld in het tweede lid aan te passen, klopt het dat deze bepaling niet uitdrukkelijk kan gelezen worden als een toelating door een wetgevende handeling om aan een koninklijk besluit terugwerkende kracht te verlenen.

In de Handleiding wetgevingstechniek van de Raad van State (nr. 211, p. 127) lezen we echter dat zelfs indien dit niet het geval is, een koninklijk besluit bij uitzondering terugwerkende kracht kan hebben in een van de volgende twee gevallen: (1) als het nodig is voor de continuïteit van de openbare dienst of (2) als het nodig is voor de regularisering van een rechts- of feitelijke toestand, waarbij in beide gevallen de vereisten inzake rechtszekerheid en de individuele rechten geëerbiedigd moeten worden.

Wij zijn van mening dat *in casu* het tweede geval van toepassing (regularisering van een rechts- of feitelijke toestand), en wel om de volgende redenen:

1. Zoals u weet, geldt in het kader van de strijd tegen de COVID-19-pandemie sinds oktober 2020 de verplichting van telewerk, waar mogelijk.

2. De organen van de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IBP's, zijnde de fondsen en kassen die de tweede pijlerpensioenregelingen van werknemers op bedrijfs- en sectorniveau en van zelfstandigen beheren) zijn perfect in staat, om mits enige organisatorische aanpassingen, hun activiteiten en vergaderingen op afstand uit te voeren. Zij hebben dit dan ook sinds oktober 2020 gedaan, conform de COVID-19-regelgeving. Concreet gaat het over de werkzaamheden van de raden van bestuur, de operationele organen zoals investeringscomités en sociale comités, en de algemene vergaderingen (die doorgaans plaatsvinden in het eerste kwartaal van het burgerlijk jaar).

3. Het regelgevend kader van de IBP's, met name de Wet van 27 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen (hierna WIBP), haar uitvoeringsbesluiten en de door de toezichthoudende overheid FSMA uitgevaardigde reglementen en omzendbrieven, alsook de statuten van verschillende IBP's vereisen en/of veronderstellen voor de werkzaamheden van de organen van de IBP's echter fysieke bijeenkomsten. Als het ontwerp-KB, dat op dit vlak een uitzondering voorziet op het vermelde regelgevend kader en statuten, geen terugwerkende kracht zou hebben, dan zouden alle beslissingen en handelingen van de organen van de IBP's gemaakt en gesteld sinds 30 september 2020 mogelijks ongeldig kunnen zijn en op die louter procedurele grond in rechte betwist kunnen worden.

4. Er moet daarbij rekening gehouden worden met het feit dat de organen van de IBP's zich in een toestand van kennelijke overmacht bevonden, aangezien zij juridisch verplicht waren om de COVID-19-maatregelen na te leven.

5. Deze situatie is volgens ons een feitelijke toestand die geregulariseerd moet worden, en dit om een eventuele juridische warboel te vermijden.

We verliezen daarbij de randvoorwaarde die de Afdeling Wetgeving van de Raad van State consequent in zijn adviesverlening stelt niet uit het oog. We zijn van mening dat *in casu* de rechtszekerheid en de individuele rechten geëerbiedigd worden en wel om de volgende redenen:

1. Alle organen van de IBP's en alle leden van deze organen werden op dezelfde wijze behandeld.

2. Alle organen van de IBP's en alle leden van deze organen bleven in staat om hun bevoegdheden en prerogatieven ten volle uit te oefenen.

3. De werkingswijze van de organen van de IBP's en de uitoefeningswijze van de bevoegdheden en prerogatieven van de leden van de deze organen was perfect voorspelbaar, aangezien het om de voortzetting ging van de praktijken ontwikkeld en gebruikt tijdens de formele lockdown in het voorjaar van 2020.

4. De individuele rechten van de sponsors van de IBP's (individuele werkgevers, sectoren of individuele zelfstandigen) en van de actieve en niet-actieve leden van de IBP's (actuele of voormalige werknemers, of actuele of voormalige zelfstandigen) kwamen niet in het gedrang omdat er niet geraakt werd aan de inhoudelijke regelgeving inzake aanvullende pensioenen (met name de Wet Aanvullende Pensioenen van 28 april 2003 voor de werknemers en de Programmawet (I) van 24 december 2002 voor de zelfstandigen, en hun uitvoeringsbesluiten) en inzake de financiering van en het toezicht op de IBP's (met name de WIBP en haar uitvoeringsbesluiten). Het is deze inhoudelijke regelgeving die de inhoudelijke actieradius van de werking van de organen van de IBP's vastlegt. Als sponsors, leden of de toezichthoudende overheid problemen zouden hebben met de genomen beslissingen en/of de gestelde handelingen, dan zijn hun rechten en de hun ter beschikking staande rechtsmiddelen gevrijwaard ».

Il est conseillé d'inscrire cette justification dans le rapport au Roi.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME