



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 73.147/1
van 10 maart 2023

avis 73.147/1
du 10 mars 2023

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'betreffende de
koopkrachtpremie'

un projet d'arrêté royal
'concernant la prime pouvoir
d'achat'

Op 20 februari 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Sociale Zaken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de koopkrachtpremie'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 2 maart 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 maart 2023.

*

Le 20 février 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Affaires sociales à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'concernant la prime pouvoir d'achat'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 2 mars 2023. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wouter PAS et Inge VOS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 10 mars 2023.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe een regeling betreffende een “koopkrachtpremie” in te voeren. In het ontwerp worden de voorwaarden vastgelegd waaronder dergelijke premie, die “geldig [is] tot en met 31 december 2024”, niet wordt beschouwd als loon voor de toepassing van de sociale zekerheid (ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, 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’; artikel 1 van het ontwerp).

Benevens het voornoemde koninklijk besluit van 28 november 1969 strekt het ontwerp tevens tot het wijzigen van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 ‘tot vaststelling van de erkenningsvoorwaarden en erkenningsprocedure voor uitgevers van maaltijd-, eco- of consumptiecheques in een elektronische vorm, tot uitvoering van artikelen 183 tot 185 van de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen’ (artikelen 2 en 3 van het ontwerp). Die wijzigingen voorzien onder meer in een erkenning van rechtswege voor de uitgifte van elektronische koopkrachtpremies van uitgevers die reeds een erkenning gekregen hebben voor de uitgifte van elektronische maaltijd-, eco- of consumptiecheques of van de elektronische coronapremies (ontworpen artikel 6/3 van het voornoemde koninklijk besluit van 12 oktober 2010; artikel 3 van het ontwerp).

Het is de bedoeling dat het ontworpen koninklijk besluit in werking treedt op de eerste dag van de maand na die waarin het wordt bekendgemaakt (artikel 4, 2°, van het ontwerp), terwijl tevens wordt voorzien in de inwerkingtreding op dezelfde dag van de wet waarvan het voorontwerp het voorwerp uitmaakt van adviesaanvraag 73.003/1¹ en waarmee het ontworpen koninklijk besluit samenhangt (artikel 4, 1°, van het ontwerp).

3.1. Artikel 1 van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 14, § 2, van de wet van 27 juni 1969 ‘tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders’ en artikel 23, tweede lid, van de wet van 29 juni 1981 ‘houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers’.

¹ Adviesaanvraag 73.003/1 over een voorontwerp van wet ‘houdende maatregelen inzake het loonoverleg voor de periode 2023-2024’.

Het ontwerp beoogt weliswaar bepalingen te wijzigen die zijn gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 31 juli 2020 ‘tot wijziging van diverse bepalingen met het oog op de invoering van de elektronische consumptiecheques’ en die bijgevolg formeel een wettelijk karakter hebben², maar luidens artikel 3 van die wet kan de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, de bij artikel 2 gewijzigde bepalingen opheffen, aanvullen, wijzigen of vervangen.

3.2. De artikelen 2 en 3 van het ontwerp strekken tot het aanpassen van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 aan de in te voeren koopkrachtpremie. Voor die bepalingen wordt blijkens de aanhef van het ontwerp als rechtsgrond een beroep gedaan op de artikelen 184 en 185³ van de wet van 30 december 2009 ‘houdende diverse bepalingen’.

De in die wetsbepalingen vervatte opdrachten aan de Koning hebben echter enkel betrekking op “maaltijd-, eco- en consumptiecheques”. Krachtens artikel 183, tweede lid, van de wet van 30 december 2009 wordt, voor de toepassing van het betrokken hoofdstuk van die wet en de uitvoeringsbesluiten daarvan, onder “consumptiecheques” ook de coronapremie verstaan die wordt bedoeld in artikel 19^{quinq}uies van het reeds genoemde koninklijk besluit van 28 november 1969. Die opdrachten gelden bijgevolg niet ten aanzien van de ontworpen koopkrachtpremie.

Weliswaar strekt artikel 3 van het voorontwerp van wet, dat het voorwerp uitmaakt van adviesaanvraag 73.003/1, tot wijziging van artikel 183 van de wet van 30 december 2009 teneinde ook de koopkrachtpremie gelijk te stellen met het begrip consumptiecheque. Daardoor zouden de artikelen 184 en 185 van die wet wel degelijk rechtsgrond bieden voor de ontworpen bepalingen. In de huidige stand van de regelgeving ontbreekt evenwel een dergelijke rechtsgrond. De wijzigingen die worden beoogd in de artikelen 2 en 3 van het voorliggende ontwerp, kunnen derhalve enkel doorgang vinden indien de rechtsgrond biedende bepaling die is vervat in het voorontwerp van wet 73.003/1, in werking zal zijn getreden.

3.3. Specifiek wat artikel 2, a), van het ontwerp betreft, kan worden opgemerkt dat deze bepaling artikel 2, 6°, van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010, beoogt te wijzigen. De ontworpen wijziging betreft meer in het bijzonder een zin die werd vervangen bij artikel 59 van de wet van 18 juli 2021 ‘houdende tijdelijke ondersteuningsmaatregelen ten gevolge van de COVID-19-pandemie’ en die bijgevolg wetskrachtig van aard is. Ook artikel 60 van die wet wijzigt het koninklijk besluit van 12 oktober 2010.

² Met name artikel 1, 1°, van het ontwerp.

³ Artikel 185 van de wet van 30 december 2009 betreft enkel “een financiële zekerheid die het risico van een faillissement dekt”. De gemachtigde verklaarde hieromtrent het volgende: “L’article 185 de la loi de 2009 contient une habilitation au Roi (fixer les modalités de la sécurité financière qui doit être pourvue par les éditeurs couvrant le risque de faillite). On retrouve cette modalité parmi les conditions d’agrément de l’art. 2 de l’AR de 2010 (utiliser un compte de tiers pour la valeur des chèques, 14°), conditions applicables à la prime pouvoir d’achat.” De in artikel 2 van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 vervatte erkenningsvoorwaarden worden indirect via het ontworpen artikel 6/3, tweede lid, ook van toepassing verklaard ten aanzien van de koopkrachtpremie.

Artikel 61 van de wet van 18 juli 2021 luidt als volgt:

“De Koning kan de bij artikelen 60 en 61 gewijzigde bepalingen van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 tot vaststelling van de erkenningsvoorwaarden en erkenningsprocedure voor uitgevers van maaltijdcheques in een elektronische vorm, tot uitvoering van artikelen 183 tot 185 van de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, opheffen, aanvullen, wijzigen of vervangen.”

Artikel 5 van het voorontwerp van wet dat het voorwerp uitmaakt van adviesaanvraag 73.003/1, strekt ertoe in die bepaling de verwijzing naar de artikelen 60 en 61 te vervangen door een verwijzing naar de artikelen 59 en 60. Luidens de memorie van toelichting bij dat voorontwerp wordt op die manier “een foutieve verwijzing rechtgezet”.

Niettegenstaande hetgeen is opgemerkt onder randnummer 3.2, komt het voor dat de verwijzing naar de artikelen 60 en 61 in artikel 61 van de wet van 18 juli 2021 effectief een materiële vergissing betreft en dat het ontbreken van een verwijzing naar artikel 59 op zich de ontworpen wijziging van artikel 2, 6°, van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010, niet in de weg staat.

3.4. Artikel 4, 1°, van het ontwerp, strekt ertoe de datum van inwerkingtreding te bepalen van “de wet van XX XXXX 20XX houdende maatregelen inzake het loonoverleg voor de periode 2023-2024”, waarmee wordt verwezen naar het voorontwerp dat het voorwerp uitmaakt van adviesaanvraag 73.003/1. Artikel 9 van dat voorontwerp bepaalt dat de Koning de datum van de inwerkingtreding bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit.⁴ Er is bij het onderzoek van dat voorontwerp gebleken dat de adviesaanvrager wenst af te zien van de delegatie aan de Koning om de datum van inwerkingtreding van de aan te nemen wet te bepalen en dat artikel 4, 1°, uit het voorliggende ontwerp van koninklijk besluit zal worden weggelaten.

VORMVEREISTEN

4. De bij de adviesaanvraag gevoegde documenten doen ervan blijken dat over het ontwerp van koninklijk besluit tevens het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit wordt ingewonnen.⁵

5. In advies 69.628/1 van 24 juni 2021 heeft de afdeling Wetgeving het volgende opgemerkt over een regeling tot invoering van een “coronapremie”, die op het vlak van belastingen en socialezekerheidsbijdragen aan een gelijkaardige regeling onderworpen was als de voorliggende koopkrachtpremie:⁶

“In zover de ontworpen regeling inhoudt dat bepaalde (lokale) ondernemingen op een meer gunstige wijze worden behandeld op het vlak van de sociale zekerheid en de

⁴ De aanhef van het voorliggende ontwerp van koninklijk besluit bevat evenwel geen verwijzing naar die bepaling.

⁵ Zie artikel 184, § 1, van de meermaals genoemde wet van 30 december 2009.

⁶ Adv.RvS 69.628/1 van 24 juni 2021 over een voorontwerp van wet ‘tot vaststelling van de maatregelen inzake het loonoverleg voor de periode 2021-2022’, opm. 5.

fiscaliteit,⁷ rijst de vraag of het voorontwerp op dat punt wel verenigbaar is met de grondwettelijk gewaarborgde beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie en de Europeesrechtelijke beginselen inzake het vrij verkeer, maar ook of de in het voorontwerp vervatte maatregelen niet moeten worden gekwalificeerd als staatssteun en bijgevolg voorafgaandelijk moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Europees verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. (...)

Hieromtrent ondervraagd, stelde de gemachtigde dat de koopkrachtpremie “niet mag worden behandeld als staatssteun”. Hij haalde daarvoor de volgende argumenten aan:

“Volgens de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (C/2016/2946), houdt het begrip staatssteun de volgende cumulatieve bestanddelen in: het bestaan van een onderneming; de toerekenbaarheid van de maatregel aan de Staat; de bekostiging ervan uit staatsmiddelen; het verlenen van een voordeel; het selectieve karakter van de maatregel en de gevolgen ervan voor de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten.

Om binnen de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, van het Verdrag te vallen, moet er sprake zijn van een voordeel voor de onderneming. Volgens de Mededeling van de Commissie, randnummer 67, houdt een voordeel het volgende in:

‘Alleen de gevolgen van de maatregel voor de onderneming zijn relevant, en niet de oorzaken of doeleinden van de overheidsmaatregel. Telkens wanneer de financiële situatie van een onderneming verbetert als gevolg van overheidsingrijpen op voorwaarden die afwijken van normale marktvoorwaarden, is er sprake van een voordeel. Om dit te kunnen beoordelen, dient de financiële situatie van de onderneming ná de maatregel te worden vergeleken met haar financiële situatie indien de maatregel niet was genomen’

In casu kan er geen sprake zijn van een voordeligere financiële situatie van de onderneming als gevolg van het overheidsingrijpen. De financiële situatie van voor de maatregel (ie voor het invoeren van de koopkrachtpremie) omvat de situatie waarbij de onderneming sociale bijdragen dient te betalen op het loon van elke werknemer. Indien we deze situatie vergelijken met de financiële situatie na het invoeren van de maatregel, is er geen sprake van een voordeel voor de onderneming. De onderneming dient bij het uitbetalen van de koopkrachtpremie een speciale sociale bijdrage te betalen van 16,5%, en de onderneming betaalt dus meer sociale bijdragen dan in de situatie waarbij de maatregel niet was genomen.”

Niettegenstaande de door de gemachtigde aangedragen argumenten blijft de vaststelling dat het gevolg van de ontworpen maatregel erin bestaat dat de ondernemingen die daarvoor in aanmerking komen, een premie kunnen toekennen waarop niet het gebruikelijke regime inzake belastingen en socialezekerheidsbijdragen van toepassing is, maar dat ervoor enkel de bijzondere bijdrage van 16,5% geldt die verschuldigd is door de werkgever. Er kan bezwaarlijk worden ontkend dat de ontworpen maatregel in dat opzicht een voordeel uitmaakt. Ter zake kan

⁷ Voetnoot 5 in de geciteerde tekst: Eventueel indirect, door middel van een verwijzing naar artikel 19^{quiquies} van het koninklijk besluit van 28 november 1969, zoals dit zal worden gewijzigd bij het koninklijk besluit dat in ontwerpvorm het voorwerp uitmaakt van adviesaanvraag 69.627/1 (zie het ontworpen artikel 183, tweede en derde lid, van de wet van 30 december 2009; artikel 3 van het voorontwerp).

ook worden verwezen naar de opmerkingen die onder de randnummers 7.1 en volgende in dit advies worden gemaakt.

De ontworpen regeling zou dan ook het best nog aan een bijkomend onderzoek worden onderworpen, wat de toepasselijkheid van de staatssteunreglementering betreft, en zal in voorkomend geval voorafgaandelijk nog bij de Europese Commissie moeten worden aangemeld.

6. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan,⁸ zullen de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, alsnog aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

7.1. Krachtens het ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, eerste lid, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, wordt het voordeel toegekend onder de vorm van een koopkrachtpremie al dan niet als loon beschouwd volgens de voorwaarden en bepalingen van de paragrafen 1 tot 3.

Uit het voorontwerp van wet dat het voorwerp uitmaakt van de adviesaanvraag 73.003/1 volgt dat de koopkrachtpremie die overeenkomstig de ontworpen bepaling wordt toegekend, vrijgesteld is van inkomstenbelastingen, dat zij het voorwerp uitmaakt van een bijzondere bijdrage van 16,5% verschuldigd door de werkgever en dat zowel de premie als de bijzondere bijdrage worden aangemerkt als een beroepskost overeenkomstig artikel 49 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992.

Artikel 1, 1° en 2°, van het voorliggende ontwerp, strekken tot het wijzigen van de bestedingsmogelijkheden van de koopkrachtpremie in artikel 19*quinquies*, § 2, 4°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969.⁹ Als gevolg van de ontworpen wijzigingen mag de koopkrachtpremie worden besteed:

“a) in de inrichtingen die ressorteren onder de horeca-sector of de handelszaken die goederen of diensten aanbieden aan de consument, met inbegrip van hersteldiensten, of;

b) in de wellnesscentra, met inbegrip van de sauna's, zonnebanken, jacuzzi's, stoomcabines en hammams, in de activiteiten die genoemd worden onder het paritair comité van de toeristische attracties (PC 333), in de bioscopen en in de overige inrichtingen die behoren tot de culturele sector die zijn erkend, goedgekeurd of gesubsidieerd door de bevoegde overheid, of;

⁸ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

⁹ Artikel 19*quinquies*, § 2, 4°, eerste lid, betreft de papieren consumptiecheque. In het derde lid van die bepaling wordt vermeld dat “[d]e consumptiecheque in elektronische vorm (...) enkel [mag] worden besteed in de inrichtingen of verenigingen vermeld in het eerste lid”.

c) in de bowlingzalen, de zwembaden en de fitnesscentra en in de sportverenigingen voor wie een federatie, erkend of gesubsidieerd door de gemeenschappen, bestaat of behoren tot een van de nationale federaties (...)."

Gelet op de verwijzing naar "handelszaken die goederen of diensten aanbieden aan de consument" in het ontworpen punt a), lijkt de besteding van de koopkrachtpremie aan weinige reële beperkingen te zijn onderworpen.

De gemachtigde bevestigde dat het de bedoeling is dat nagenoeg alle consumptie-uitgaven met de koopkrachtpremie kunnen worden betaald:

"Het toepassingsgebied werd inderdaad ruim opgevat zodat goederen en diensten kunnen worden vergoed met de koopkrachtpremie."

De gemachtigde deelde voorts in verband met de doelstelling van de ontworpen maatregel mee dat die erin bestaat een vergoeding aan de betrokken werknemers toe te kennen die relatief vrij kan worden besteed:

"De bedoeling is om, rekening houdend met de beschikbare marge voor de loonkostenontwikkeling in 2023-2024 van 0%, de mogelijkheid te creëren voor de sociale partners om, in de sectoren en/of bedrijven waar tijdens de crisis goede resultaten zijn behaald, te onderhandelen over een uitzonderlijke one shot ad hoc premie boven deze 0%."

7.2.1. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft in het verleden reeds opgemerkt dat de gunstige behandeling van de verschillende cheques op het vlak van de sociale zekerheid en de fiscaliteit enkel kan worden verantwoord door de bijzondere bestedingsvoorwaarden die daarmee gepaard gaan. Zo werd in advies 61.016/1 van 21 maart 2017 over een wetsvoorstel 'betreffende de vervanging van de ecocheques door een nettovergoeding' het volgende opgemerkt:¹⁰

"3.4. Uit de betrokken bepalingen op het vlak van de fiscaliteit¹¹ en de sociale zekerheid¹² dient te worden afgeleid dat de maaltijdcheques en de ecocheques in beginsel

¹⁰ Adv.RvS 61.016/1-61.017/1 van 21 maart 2017 over een wetsvoorstel 'betreffende de vervanging van de ecocheques door een nettovergoeding' en amendementen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2287/004, opm. 3.4-3.5; adv.RvS 61.018/1 van 21 maart 2017 over een wetsvoorstel 'tot wijziging van de wetgeving wat de vervanging van ecocheques door een nettobonus betreft', *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-0842/002, opm. 3.4-3.5. Zie ook: adv.RvS 62.233/1/3 van 14 november 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 30 maart 2018 'betreffende de invoering van een mobiliteitsvergoeding', *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2838/1, opm. 4.3.1; adv.RvS 62.368/1/2/3/4 van 1 december 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 18 juli 2018 'betreffende de economische relance en de versterking van de sociale cohesie', *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2839/1, p. 47-48, opm. 3.

¹¹ Voetnoot in de geciteerde tekst: Zie in dat verband inzonderheid: artikel 38, § 1, eerste lid, 25°, WIB 92, dat bepaalt dat van het belastbare inkomen zijn vrijgesteld "de voordelen die bestaan uit de tussenkomst van de werkgever of de onderneming in de maaltijdcheques, de sport/cultuurcheques of de eco-cheques die beantwoorden aan de in artikel 38/1 vermelde voorwaarden"; artikel 38/1, §§ 1, 2 en 4, WIB 92, dat de voorwaarden bepaalt waaraan de maaltijdcheques en de ecocheques moeten voldoen opdat zij als een vrijgesteld voordeel in de zin van artikel 38, § 1, eerste lid, 25°, WIB 92 kunnen worden beschouwd; artikel 53, 14°, WIB 92, dat bepaalt dat (in hoofde van de werkgever) niet als beroepskosten worden aangemerkt "de in artikel 38, § 1, eerste lid, 11° en 25°, bedoelde voordelen met uitzondering van de in voorkomend geval tot 2 EUR per maaltijdcheque beperkte tussenkomst van de werkgever of de onderneming in de maaltijdcheques wanneer die tussenkomst voldoet aan de in artikel 38/1 gestelde voorwaarden".

¹² Voetnoot in de geciteerde tekst: Zie in dat verband inzonderheid de artikelen 19bis en 19quater van het koninklijk besluit van 28 november 1969, die met betrekking tot respectievelijk de maaltijdcheques en de ecocheques bepalen dat het voordeel toegekend onder die vorm wordt beschouwd als loon tenzij er wordt voldaan aan een aantal voorwaarden.

worden beschouwd als belastbare inkomsten of als loon onderworpen aan sociale zekerheidsbijdragen, tenzij de toekenning, de uitreiking, het gebruik en de finaliteit ervan aan bepaalde – strikte – voorwaarden voldoen. Het zijn precies deze bijzondere voorwaarden die in de huidige stand van de wetgeving, in het licht van het gelijkheidsbeginsel, een verantwoording kunnen bieden voor het voorzien, met betrekking tot de maaltijdcheques en ecocheques die aan deze voorwaarden voldoen, in een specifieke – voordeliger – regeling op het vlak van fiscaliteit en sociale zekerheidsbijdragen.

Het komt de Raad van State, afdeling Wetgeving, voor dat door de voorgestelde opheffing van de voorwaarden inzake de uitreiking, het gebruik en de finaliteit van de maaltijdcheques en de ecocheques, en de vervanging van deze cheques door respectievelijk een maaltijdvergoeding en een ecovergoeding die rechtstreeks wordt gestort aan de werknemers of de bedrijfsleiders en waarover, zoals het geval is voor het gewone loon, vrij door de werknemers of de bedrijfsleiders kan worden beschikt, het in het licht van het gelijkheidsbeginsel niet langer verantwoord lijkt dat voor de aldus geconcipeerde vergoedingen op het vlak van fiscaliteit en socialezekerheidsbijdragen in een specifieke regeling wordt voorzien die voordeliger is dan die waarin is voorzien voor het – vergelijkbare – gewone loon.

Het gegeven dat, wat de toekenning van die vergoedingen betreft, de bestaande voorwaarde blijft gelden dat deze moet vervat zijn in een collectieve arbeidsovereenkomst op sectorieel- of ondernemingsvlak of, wanneer het sluiten van een collectieve overeenkomst niet mogelijk is, in een geschreven individuele overeenkomst, doet aan deze vaststelling geen afbreuk. Op dit punt verschillen de voornoemde vergoedingen immers niet wezenlijk van de toekenning van het gewone loon. Gelet op dit laatste valt het overigens, in het licht van het gelijkheidsbeginsel, moeilijk te verantwoorden waarom het voordeel van de specifieke regeling op het vlak van fiscaliteit en sociale zekerheid enkel wordt toegekend aan de werkgevers en de werknemers die aan die voorwaarde voldoen.

3.5. Uit hetgeen voorafgaat moet worden geconcludeerd dat de voorgestelde regeling, met inbegrip van de erop betrekking hebbende amendementen, minstens reeds wat het hiervoor onderzochte aspect ervan betreft,¹³ problematisch is in het licht van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.”

7.2.2. De afdeling Wetgeving heeft die adviespraktijk in herinnering gebracht in advies 69.627/1 van 24 juni 2021 met betrekking tot de “consumptiecheque” en de “coronapremie”:¹⁴

“De ontworpen wijzigingen aan artikel 19*quinquies*, § 2, 4°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 nemen de bestedingsvoorwaarden in belangrijke mate weg. Zo kunnen de consumptiecheque en de coronapremie worden aangewend voor de aankoop van eender welk goed dat in de kleinhandel wordt verkocht ‘in de gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de consument in de vestigingseenheid’. De cheque en de premie kunnen eveneens worden gespendeerd in de horeca en bij tal van dienstverlenende bedrijven.

¹³ Voetnoot in de geciteerde tekst: Zo heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, binnen de hem toegemeten termijn om advies uit te brengen, niet kunnen onderzoeken, in het licht van het gelijkheidsbeginsel, in welke mate de aldus geconcipeerde vergoedingen en de daaraan gekoppelde fiscaal- en socialezekerheidsrechtelijke regeling niet tevens nopen tot een heroverweging van andere bestaande regelingen op dat vlak.

¹⁴ Adv. RvS 69.627/1 van 24 juni 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 21 juli 2021 ‘tot wijziging van artikel 19*quinquies* 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’, opm. 7.3.

Zelfs al geldt er geen volledige bestedingsvrijheid, de bestedingsmogelijkheden zijn zo ruim dat de consumptiecheque en de coronapremie zonder noemenswaardige beperking kunnen worden aangewend voor uitgaven die de betrokkene hoe dan ook zou maken, waarna het uitgespaarde geld eveneens vrij kan worden aangewend. Deze substitutiemogelijkheid is veel groter dan bijvoorbeeld bij de bestaande ecocheques en sport- en cultuurcheques.”

In dat advies werd besloten dat er geen elementen werden aangevoerd “die als een voldoende verantwoording kunnen dienen voor het verschil in behandeling tussen de consumptiecheque en de coronapremie enerzijds en het reguliere loon in geld anderzijds, rekening houdend met hetgeen werd opgemerkt in het zo-even aangehaalde advies van de afdeling Wetgeving en de zeer ruime bestedingsmogelijkheden van de consumptiecheque en de coronapremie. De omstandigheid dat enkel bepaalde werkgevers de premie kunnen toekennen, doet daaraan geen afbreuk. Overigens geldt die beperking niet voor de consumptiecheques”.¹⁵

7.3. De zo-even geschetste problematiek tekent zich des te scherper af ten aanzien van de ontworpen koopkrachtpremie, waarbij de voorwaarden inzake de bestedingsmogelijkheden nog verder worden verruimd. De afdeling Wetgeving ziet, mede op basis van de doelstellingen van de ontworpen maatregel (zie randnummer 7.1), dan ook niet direct elementen op basis waarvan zonder meer zou kunnen worden besloten tot de overeenstemming van de ontworpen regeling inzake de koopkrachtpremie met het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel.¹⁶

8.1. De ontworpen maatregel inzake de koopkrachtpremie moet bovendien verenigbaar zijn met het recht van de Europese Unie. Wat dat betreft deelde de gemachtigde mee dat “[l]a mesure est liée aux entreprises belges qui ont eu des bénéfices élevés ou particulièrement élevés. Par le biais de cette prime, nous entendons soutenir le tissu commercial implanté sur l’ensemble du territoire et de soutenir le pouvoir d’achat”.

Zoals de afdeling Wetgeving ook reeds opmerkte in advies 69.627/1 is het zeer de vraag of de doelstelling om het “op het grondgebied ingeplante economische weefsel” te ondersteunen, verenigbaar is met de beginselen inzake het vrij verkeer.¹⁷

¹⁵ Adv.RvS 69.627/1 van 24 juni 2021, opm. 7.4.

¹⁶ Zie ook, zij het wat de mobiliteitsvergoeding betreft, GwH 23 januari 2020, nr. 11/2020, B.11: “Wat betreft de in het eerste onderdeel van het middel vervatte grief, volgens welke zonder redelijke verantwoording een verschil in behandeling wordt ingevoerd tussen de werknemers die de mobiliteitsvergoeding niet genieten en wier loon in zijn geheel is onderworpen aan de fiscale en sociale bijdragen, en de werknemers die een vrij te besteden financiële vergoeding ontvangen die op fiscaal en sociaal vlak bevoorrecht is, volstaat het niet aan te geven dat ‘als er al sprake is van discriminatie tussen werknemers, deze niet haar oorsprong vindt in dit ontwerp tot instelling van een mobiliteitsvergoeding maar dat die dan het gevolg is van het feit dat er ook werknemers met en werknemers zonder bedrijfswagen zijn en dat aan die realiteit niet kan worden voorbijgegaan’ (...), daar de mobiliteitsvergoeding wezenlijk afwijkt van het wettelijk stelsel van de bedrijfswagen, aangezien een voordeel *in natura*, dat naar de aard ervan doelgericht is, wordt vervangen door een voordeel in geld, waarvan de aanwending niet noodzakelijk doelgericht is (...)”.

¹⁷ Adv.RvS 69.627/1 van 24 juni 2021, opm. 8.4. Zie o.m. HvJ 24 november 1982, 249/81, *Commissie t. Ierland*, ECLI:EU:C:1982:402, waarin onder meer wordt opgemerkt dat “[zelfs] maatregelen van de regering van een Lid-Staat zonder bindende kracht (...) van dien aard [kunnen] zijn, dat zij het gedrag van handelaren en verbruikers in die staat beïnvloeden en aldus de doelstellingen van de Gemeenschap, zoals opgesomd in artikel 2 en nader omschreven in artikel 3 EEG-Verdrag, vrijjeden”.

8.2. Daarnaast moet ook worden gewezen op het gegeven dat de elektronische koopkrachtpremie mogelijk onder het toepassingsgebied valt van richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 ‘betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG’.

In advies 47.648/1 van 14 januari 2010 heeft de afdeling Wetgeving het volgende opgemerkt:¹⁸

“De elektronische maaltijdcheque moet aan de werknemer toelaten om, met behulp van een drager, via elektronische weg betalingstransacties uit te voeren bij handelaren voor de betaling van een maaltijd of de aankoop van gebruiksklare voeding. Aldus begrepen is de uitgifte van elektronische maaltijdcheques op te vatten als een betalingsdienst in de zin van artikel 4 van en de bijlage bij richtlijn 2007/64/EG.

Artikel 3, k), van richtlijn 2007/64/EG bepaalt evenwel dat die richtlijn niet van toepassing is op ‘diensten gebaseerd op instrumenten die kunnen worden gebruikt om, louter in de door de uitgevende instelling gebruikte bedrijfsgebouwen of uit hoofde van een handelsovereenkomst met de uitgevende instelling, hetzij binnen een beperkt netwerk van dienstverleners hetzij voor een beperkte reeks goederen en diensten, goederen en diensten te verkrijgen’.

Het is niet duidelijk in welke mate de uitgifte van elektronische maaltijdcheques onder deze uitzondering valt, met name doordat niet uit te maken is hoe ruim de begrippen ‘beperkt netwerk van dienstverleners’ en ‘beperkte reeks goederen en diensten’ op te vatten zijn. Zo dat op het eerste gezicht kan worden aangenomen, komt het niettemin enkel aan het Europees Hof van Justitie toe om door middel van een bindende interpretatie van die uitzonderingsbepaling dienaangaande uitsluitsel te geven.”

In advies 58.364/1 van 25 november 2015 merkte de afdeling Wetgeving het volgende op:¹⁹

“De elektronische ecocheque laat aan de werknemer toe om via elektronische weg betalingstransacties uit te voeren ‘bij handelaars en dienstverleners die producten en diensten met een ecologisch karakter verkopen die zijn opgenomen in de lijst bij de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 98 gesloten in de Nationale Arbeidsraad’. Net zoals in het vermelde advies 47.648/1 kan worden aangenomen dat de uitgifte van elektronische ecocheques op het eerste gezicht onder de uitzondering bedoeld in artikel 3, k), van richtlijn 2007/64/EG valt, maar dat het aan het Hof van Justitie zal toekomen om uit te maken hoe ruim de draagwijdte is van de begrippen ‘binnen een beperkt netwerk van dienstverleners’ en ‘voor een beperkte reeks goederen en diensten’ uit de richtlijn.”

¹⁸ Adv.RvS 47.648/1 van 14 januari 2010 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 ‘tot vaststelling van de erkenningsvoorwaarden en erkenningsprocedure voor uitgevers van maaltijd- of ecocheques in een elektronische vorm, tot uitvoering van artikelen 183 tot 185 van de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen’, alg. opm. 1.1.

¹⁹ Adv.RvS 58.364/1 van 25 november 2015 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 16 december 2015 ‘tot invoering van de elektronische ecocheques en tot vaststelling van de erkenningsvoorwaarden en erkenningsprocedure voor uitgevers ervan’, opm. 3.

Het is echter zeer de vraag of in de actuele context tot een zelfde conclusie kan worden gekomen. Richtlijn 2007/64/EG werd vervangen door de zo-even aangehaalde richtlijn (EU) 2015/2366, waarvan artikel 3, k), als volgt luidt:

“Deze richtlijn is niet van toepassing op:

- k) op specifieke betaalinstrumenten gebaseerde diensten met beperkte gebruiksmogelijkheden, die aan een van de volgende voorwaarden voldoen:
 - i) instrumenten waarmee de houder uitsluitend in de bedrijfsgebouwen van de uitgever ervan of binnen een beperkt netwerk van dienstaanbieders die een directe handelsovereenkomst met een professionele uitgever hebben, goederen of diensten kan aanschaffen;
 - ii) instrumenten waarmee uitsluitend goederen of diensten uit een zeer beperkt gamma kunnen worden aangeschaft;
 - iii) uitsluitend in één lidstaat geldende instrumenten aangeboden op verzoek van een onderneming of een publiekrechtelijke entiteit, waarvoor een nationale of regionale overheidsinstantie specifieke sociale of belastinggerelateerde regels heeft vastgesteld, en waarmee specifieke goederen of diensten kunnen worden aangeschaft bij leveranciers die een handelsovereenkomst met de uitgever hebben.”

Het is zeer de vraag of er, wat de koopkrachtpremie betreft, sprake kan zijn van “goederen of diensten uit een zeer beperkt gamma” of “specifieke goederen of diensten”. Ter zake blijkt uit overweging 13 van richtlijn (EU) 2015/2366 dat de in punt k) vervatte uitzonderingen op beperkende wijze moeten worden geïnterpreteerd en dat “het niet mogelijk [mag] zijn één en hetzelfde instrument te gebruiken voor betalingstransacties ten behoeve van de aankoop van goederen en diensten binnen meer dan één beperkt netwerk, noch voor de aankoop van een onbeperkte reeks goederen en diensten”.

In overweging 14 worden de uitsluitingen als volgt verduidelijkt:

“Betaalinstrumenten die onder de vrijstelling voor beperkte netwerken vallen zijn bijvoorbeeld klantenkaarten, tankkaarten, lidmaatschapskaarten, kaarten voor openbaar vervoer, parkeerkaarten, maaltijdcheques of cheques voor specifieke diensten, die soms onder een specifiek rechtskader op het gebied van belastingen of arbeid vallen dat tot doel heeft het gebruik van dergelijke instrumenten te bevorderen om de doelstellingen die in de sociale regelgeving zijn vastgelegd, te kunnen verwezenlijken. Wanneer een dergelijk instrument voor specifieke doeleinden een instrument voor algemene doeleinden wordt, mag de uitsluiting van het toepassingsgebied van deze richtlijn niet langer gelden. Instrumenten die voor aankopen in winkels van geregistreerde handelaren kunnen worden gebruikt, mogen niet van het toepassingsgebied van deze richtlijn worden uitgesloten, omdat die instrumenten juist zijn bedoeld voor een netwerk van dienstaanbieders dat voortdurend aangroeit. De vrijstelling voor beperkte netwerken moet gelden in combinatie met de verplichting voor potentiële betalingsdianstaaubieders om activiteiten te melden die onder het toepassingsgebied van dat netwerk vallen.”

In het bijzonder gelet op de verder verruimde bestedingsmogelijkheden die gelden ten aanzien van de ontworpen koopkrachtpremie en rekening houdend met door de gemachtigde vermelde doelstellingen (randnrs. 7.1 en 8.1), komt het de afdeling Wetgeving voor dat de uitsluitingen vervat in artikel 3, k), van richtlijn (EU) 2015/2366 geen toepassing vinden of dat daarover op zijn minst ernstige twijfel bestaat.

8.3. De stellers van het ontwerp doen er in het licht van wat voorafgaat goed aan om de ontworpen regeling tevens aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen vanuit het oogpunt van de overeenstemming ervan met het recht van de Europese Unie.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

9. De artikelen 184 en 185 van de reeds genoemde wet van 30 december 2009 kunnen enkel rechtsgrond bieden voor de ontworpen regeling van zodra artikel 183 van die wet is gewijzigd in de zin zoals aangegeven in het voorontwerp van wet dat het voorwerp uitmaakt van adviesaanvraag 73.003/1 (zie randnummer 3.2). Om die reden verdient het aanbeveling om in het derde lid van de aanhef van het ontwerp te schrijven "... houdende diverse bepalingen, artikel 183, laatstelijk gewijzigd bij de wet van ..., ²⁰ en de artikelen 184 en 185, laatstelijk gewijzigd bij de wet van 31 juli 2020;".

Artikel 1

10. In het ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, eerste lid, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 (artikel 1, 3°, van het ontwerp), wordt onder meer bepaald dat het voordeel toegekend onder de vorm van een koopkrachtpremie al dan niet als loon wordt beschouwd "volgens de voorwaarden en bepalingen van de paragrafen 1 tot en met 3". Deze laatste verwijzing heeft tot gevolg dat het bepaalde in artikel 19*quinquies*, § 2, 1°, eerste lid, laatste zin, van het voornoemde koninklijk besluit van overeenkomstige toepassing wordt gemaakt en dat – zoals door de gemachtigde werd bevestigd – de koopkrachtpremie ook kan worden toegekend in de publieke sector, met dien verstande dat de voorwaarde inzake de (uitzonderlijk) hoge winst niet geldt ten aanzien van die sector, aangezien deze enkel geldt in geval dat de toekenning van de koopkrachtpremie gebeurt via een collectieve arbeidsovereenkomst op sectoraal niveau.

De gemachtigde verstrekke in verband met de toekenning van de koopkrachtpremie in de publieke sector nog de volgende bijkomende toelichting:

"Zie het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 21 juli 2021 tot wijziging van artikel 19*quinquies* 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, waarin staat vermeld: 'Wat de overheidssector betreft, zijn de voorwaarden die voor de

²⁰ Waarbij melding dient te worden gemaakt van de wet waarvan het voorontwerp het voorwerp uitmaakt van adviesaanvraag 73.003/1.

consumptiecheque zijn vastgesteld, ook van toepassing op de coronapremie. Er wordt uitdrukkelijk bepaald dat voor de overheidssector over de toekenning van 'de consumptiecheque' (lees 'de coronapremie') moet zijn onderhandeld in het bevoegde onderhandelingscomité. De toekenning van een coronapremie is een zaak waarover de betrokken autoriteiten moeten beslissen. Hetzelfde geldt voor overheidsbedrijven.'

De zin 'Voor de openbare sector moet de toekenning van de consumptiecheque het voorwerp hebben uitgemaakt van een onderhandeling in het daarvoor bevoegde onderhandelingscomité' [in artikel 19*quinquies*, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969] geldt dus ook voor de koopkrachtpremie."

De toegankelijkheid van de ontworpen regeling zou ermee zijn gebaat indien de toepasselijkheid van de koopkrachtpremie in de publieke sector en de mate waarin en de wijze waarop dat gebeurt op een meer expliciete manier zouden worden tot uitdrukking gebracht in de tekst van het ontwerp. Nu vallen deze enkel af te leiden uit de samenhang tussen bepaalde onderdelen van artikel 19*quinquies* van het koninklijk besluit van 28 november 1969. Ook is er een verschillende behandeling tussen de publieke en de private sector, nu enkel voor deze laatste sector de "winstvoorwaarde" geldt, ten gevolge waarvan de koopkrachtpremie in de hele publieke sector mogelijk is. Uiteraard zal er in het licht van het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel een verantwoording daarvoor voorhanden moeten zijn.²¹

11. Het ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 (artikel 1, 3°, van het ontwerp), bevat diverse voorwaarden voor de toekenning van de koopkrachtpremie, althans om de gunstige behandeling op fiscaal vlak en op het vlak van socialezekerheidsbijdragen te genieten.

De koopkrachtpremie "in ondernemingen waar tijdens de crisis goede resultaten zijn behaald" moet in beginsel vervat zijn in een collectieve arbeidsovereenkomst op sectoraal vlak of op ondernemingsvlak (ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, tweede lid). Wanneer een cao op ondernemingsvlak wordt gesloten, moet een verantwoording worden toegevoegd "dat men een onderneming is waar tijdens de crisis goede resultaten zijn behaald" (ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, vierde lid).

In geval van een sectorale cao kan de koopkrachtpremie enkel in ondernemingen worden toegekend waar er in 2022 "een hoge winst" of "een uitzonderlijk hoge winst" werd behaald (ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, derde lid). De cao moet die begrippen invullen.

²¹ De gemachtigde deelde wat dat betreft enkel het volgende mee: "Il n'y a pas de discrimination car la possibilité est ouverte à l'ensemble des employeurs et seules les conditions de décision d'octroi de la prime pouvoir d'achat sont adaptées en fonction des spécificités propres aux secteurs privés et secteur public."

De gemachtigde lichtte het begrip “(uitzonderlijk) hoge winst in 2022” toe als volgt:

“De ‘(uitzonderlijk) hoge winst in 2022’ is het criterium op basis waarvan op sectoraal niveau de ondernemingen met goede resultaten dienen te worden afgebakend. Het komt toe aan de sociale partners binnen de sector om een invulling te geven aan deze definitie. Een strikte definitie van deze begrippen zou afbreuk doen aan het opzet om een instrument te creëren waarover sectoraal kan worden onderhandeld om deze al dan niet toe te kennen en onder welke voorwaarden.”²²

Wat de “goede resultaten” betreft die zijn behaald “tijdens de crisis” moet worden vastgesteld dat deze niet op een specifiek jaartal of een ander concreet tijdvak worden betrokken.²³ De gemachtigde verklaarde daaromtrent het volgende:

“Na afloop van de coronapandemie worden we geconfronteerd met een periode van sterke inflatie (doordat na afloop van de sanitaire maatregelen tegen het virus het aanbod de sterk gestegen vraag niet kon volgen) en een sterk stijgende energiekost (voornamelijk door de situatie in Oekraïne) met een reël gevaar op een recessie.”

Het gebruik van algemene, onbepaalde begrippen zoals “(uitzonderlijk) hoge winst”, “goede resultaten” en “crisis”, staat op gespannen voet met de vereisten inzake duidelijkheid en rechtszekerheid. Zoals de afdeling Wetgeving in het verleden reeds heeft opgemerkt moeten in de regelgeving de minimale criteria worden opgenomen om de bestemmingen van de norm toe te laten om met een minimale rechtszekerheid te kunnen uitmaken of zij al dan niet voor het voordeel van de ontworpen premiereregeling in aanmerking komen. Het feit dat wordt voldaan aan de voorwaarden die zijn vervat in het ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, is immers een vereiste voor het toepasselijk zijn van het specifieke regime op het vlak van de sociale zekerheid, alsook de inkomstenbelasting. Als zodanig heeft dit belangrijke gevolgen voor de betrokken werkgevers en werknemers. De regelgever zou wat dat betreft dan ook duidelijkere criteria moeten hanteren, waarvan de exacte draagwijdte voor de betrokkenen voldoende voorspelbaar is.

12.1. De koopkrachtpremie kan aan de hand van verschillende instrumenten worden toegekend, waarbij ook andere voorwaarden gelden. Indien de koopkrachtpremie wordt toegekend bij sectorale cao, geldt dat enkel voor de ondernemingen waar in 2022 een hoge winst respectievelijk een uitzonderlijk hoge winst is gemaakt. Ook het maximale bedrag van de koopkrachtpremie hangt daarvan af (500 of 750 euro).

Wordt de koopkrachtpremie toegekend in een cao die op ondernemingsvlak wordt gesloten, dan gelden die begrippen niet, maar is enkel vereist dat een verantwoording wordt gegeven over “goede resultaten” tijdens “de crisis”.

²² De afspraken tussen de sociale partners zullen zich blijkbaar ook moeten uitstrekken tot de regeling van concrete vragen waarmee de toepassing van de koopkrachtpremie in de praktijk zal kunnen gepaard gaan, zoals bijvoorbeeld in het geval van toepassing van de regeling in ondernemingen waarin het boekjaar niet samenvalt met het kalenderjaar.

²³ De omlijning van de beoogde “crisis” is niet precies afgebakend, noch gestoeld op voldoende objectieve elementen.

In bepaalde gevallen kan de koopkrachtpremie ook worden toegekend door een individuele overeenkomst, namelijk wanneer geen cao gesloten kan worden bij gebrek aan een syndicale delegatie of wanneer het gaat om een “personeelscategorie waarvoor het niet de gewoonte is dat deze door zulke overeenkomst wordt beoogd”. In dat geval gelden er geen bijkomende voorwaarden over de “hoge winst” of de “resultaten”.

12.2. Er werd aan de gemachtigde gevraagd om de verhouding tussen de sectorale cao's en de ondernemingscao's in de voornoemde context toe te lichten, en in het bijzonder of een cao op ondernemingsniveau voor de invulling van het begrip “goede resultaten” tijdens “de crisis” gebonden is door de definities van het begrip “(uitzonderlijk) hoge winsten in 2022”. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Wat de verhouding sectorale regeling ten opzichte van de regeling op ondernemingsniveau betreft, moet de hiërarchie der rechtsbronnen worden gerespecteerd (artikel 51 van de cao-wet).

Alles hangt af van de formulering van de hogere norm (hier de sectorale cao) en de interpretatie ervan in combinatie met de bepalingen van het koninklijk besluit over cao's die op ondernemingsvlak worden gesloten (4^e lid van de ontworpen § 5).

Indien de onderneming ressorteert onder een paritair comité waar een cao is gesloten moet in de eerste plaats nagegaan worden of deze onderneming beantwoordt aan de vastgelegde definities van ‘(uitzonderlijk) hoge winst in 2022’. Indien dat zo is, dan moet ze de sectorale koopkrachtpremie toekennen. Indien het RSZ-plafond (750 EUR) nog niet is bereikt, kan ze daarenboven eventueel een extra koopkrachtpremie toekennen op ondernemingsniveau, op voorwaarde dat ze een cao op ondernemingsvlak sluit en beantwoordt aan haar eigen verantwoording dat ze een onderneming is waar tijdens de crisis goede resultaten zijn behaald.

Wat echter als de onderneming *niet* beantwoordt aan de sectoraal vastgelegde definities?

Gelet op het feit dat de definities van ‘(uitzonderlijk) hoge winst in 2022’ neerkomen op toekenningsvoorwaarden (en bijgevolg dienen beschouwd te worden als vaste normen) kan een onderneming hiervan niet afwijken (vanuit de invalshoek van artikel 51 van de cao-wet) als het zich op het winstcriterium baseert, waar de sectorale cao's zich moeten op baseren. Op ondernemingsniveau heeft men, indien men niet aan de definitie beantwoordt, enkel vrij spel wanneer er sectoraal niets is geregeld (of wanneer de sectorale regeling suppletief van aard is) en kan men, wanneer er sectoraal wel iets is geregeld, eventueel meer geven (zolang men de sectorale regeling en het plafond respecteert).

Een andere situatie betreft de onderneming die een autonome cao sluit waarin ze verantwoordt dat ze goede resultaten heeft. De onderneming kan in dat geval – los van de criteria van de sectorcao – een premie toekennen (met opnieuw als maximum 750, autonoom en los van de sectorcao dus, of in combinatie met de sectorcao indien men aan de definitie van de sectorcao zou beantwoorden).”

Daarnaast werd aan de gemachtigde specifiek de situatie voorgelegd waarbij er binnen een onderneming, bijvoorbeeld op 1 juni 2023, een cao wordt gesloten waarbij een koopkrachtpremie van 750 euro wordt toegekend, die koopkrachtpremie vervolgens op 1 juli 2023 wordt uitgereikt en er nadien op 1 augustus 2023 op sectorniveau een cao wordt gesloten waaruit blijkt dat die onderneming geen koopkrachtpremie of hooguit een koopkrachtpremie van 500 euro kon toekennen. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Zoals in [het vorige antwoord] wordt vermeld, moet een ondernemings-cao een sectorale cao respecteren. Of er sprake zal zijn van een strijdigheid tussen beide normen hangt af van de aard (minimum, maximum, vast) van de hogere norm (de sectorale cao) en de concrete formulering en interpretatie ervan.

Zoals hoger aangegeven, kan de onderneming nog steeds autonoom een cao sluiten en een premie toekennen indien men goede resultaten verantwoordt (in de mate dat het maximumbedrag wordt gerespecteerd).

In de praktijk merken we dat de sociale partners in hun (sector)cao's dergelijke situaties ook voorzien en hiervoor een specifieke bepaling opnemen.”

12.3. Het is vooreerst de vraag of het beoogde stelsel, zoals dat door de gemachtigde wordt geschetst, op voldoende duidelijke wijze uit de ontworpen bepaling blijkt. Daarnaast zal het ontworpen stelsel moeten worden ingepast in de hiërarchie van de bronnen van de verbintenissen in de arbeidsbetrekkingen tussen werkgevers en werknemers, zoals die voortvloeit uit artikel 51 van de wet van 5 december 1968 ‘betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités’.²⁴

In het verlengde hiervan moet worden gewezen op de gelijkaardige problematiek inzake de mogelijkheid om de koopkrachtpremie toe te kennen bij individuele overeenkomst. Die mogelijkheid geldt onder meer indien het gaat om een personeelscategorie waarvoor het niet de gewoonte is dat deze door zulke overeenkomst wordt beoogd. Volgens de gemachtigde wordt “de toekenning van de koopkrachtpremie op ondernemingsvlak ofwel geregeld door een cao, ofwel door een individuele overeenkomst” en kan er zich geen situatie voordoen waarbij er zowel individuele overeenkomsten zijn als een cao op ondernemingsniveau. De vraag is of dat ook het geval is wanneer het sluiten van een cao enkel ten aanzien van één bepaalde categorie niet tot de gewoonte behoort. Zo niet geeft dit aanleiding tot de bijkomende vraag of in beide gevallen dan dezelfde voorwaarden gelden, bijvoorbeeld wat de invulling van de begrippen “goede resultaten” en “crisis” betreft.

²⁴ Zo kan er niet ongenueanceerd van worden uitgegaan dat een sectorale cao steeds primeert op de cao op ondernemingsniveau: wanneer een sectorale cao een niet algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst, gesloten in een paritair orgaan, betreft en de werkgever, alhoewel hij de overeenkomst niet ondertekend heeft of niet aangesloten is bij een organisatie die deze heeft ondertekend, behoort tot het ressort van het paritair orgaan waarin de overeenkomst is gesloten, zal de betrokken norm een lagere positie in de hiërarchie bekleden dan de cao op ondernemingsniveau en de geschreven individuele overeenkomst. Zodra een sectorale cao evenwel algemeen verbindend wordt verklaard, zal deze primeren op de andere instrumenten waarbij de koopkrachtpremie kan worden toegekend.

12.4. Ermee rekening houdend dat de betrokken soorten van overeenkomsten niet enkel in de toekenning van de koopkrachtpremie voorzien, maar ter zake ook beperkingen kunnen omvatten (via de definities inzake de “hoge winst in 2022”) en zulks op zijn beurt gevolgen heeft voor de behandeling van die premie op fiscaal vlak en op het vlak van de socialezekerheidsbijdragen, zal erop moeten worden toegezien dat ook op dat punt elke onduidelijkheid wordt vermeden.

13. In het ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, derde lid, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, wordt bepaald dat de sectorale collectieve arbeidsovereenkomst inzake de toekenning van de koopkrachtpremie “om rechtsgeldig te zijn, twee definities [moet] bevatten gebaseerd op respectievelijk een hoge winst in 2022 en een uitzonderlijk hoge winst in 2022”. De gemachtigde bevestigde dat hiermee wordt bedoeld dat de betrokken cao's definities van de begrippen “hoge winst in 2022” en “uitzonderlijk hoge winst in 2022” moeten bevatten. Hij voegde daar evenwel het volgende aan toe:

“Maar, als de sectorale cao enkel voorziet in een koopkrachtpremie voor ondernemingen met ‘hoge winst in 2022’ is het uiteraard niet dienstig en logischerwijze overbodig om een definitie van ‘uitzonderlijke winst in 2022’ op te nemen.”

Aan de gemachtigde werd ook nog gevraagd welke de draagwijdte is van de woorden “om rechtsgeldig te zijn” en welke de mogelijke gevolgen zijn indien niet aan de betrokken vereiste is voldaan. De gemachtigde antwoordde:

“Het ontwerp bepaalt dat ‘Het voordeel toegekend onder de vorm van een koopkrachtpremie wordt al dan niet als loon beschouwd volgens de voorwaarden en bepalingen van de paragrafen 1 tot en met 3.’

De gevolgen van een cao die niet is opgesteld in overeenstemming met het Koninklijk besluit betreffende de koopkrachtpremie situeren zich in eerste instantie op het niveau van de bijzondere sociaalrechtelijke en fiscale behandeling van de koopkrachtpremie. Wordt dergelijke premie toegekend in het kader van een cao die niet in overeenstemming is met het KB, dan zal deze premie als gewoon loon worden beschouwd waarop de normale sociale en fiscale bijdragen verschuldigd zijn.

Daarenboven zal een koopkrachtpremie die wordt toegekend in het kader van een cao die niet in overeenstemming is met het KB wel worden meegerekend voor de berekening van de loonkostenontwikkeling (de loonnorm), met als gevolg dat de loonnorm in voorkomend geval niet zal worden gerespecteerd (dit is een feitenkwestie). De sociaal inspecteurs van het Toezicht op de Sociale Wetten zijn bevoegd om dit te controleren (artikel 14/1 van de wet van 26 juli 1996 tot bevordering van de werkgelegenheid en tot preventieve vrijwaring van het concurrentievermogen).

Een werkgever die de loonnorm niet respecteert kan een boete opgelegd krijgen van 250 tot 5.000 euro. De geldboete wordt vermenigvuldigd met het aantal betrokken werknemers, met een maximum van 100 werknemers.

Elke cao dient de hogere wetgeving te respecteren, en kan het onderwerp uitmaken van een eventuele controle, of hij nu wordt voorgelegd voor algemeen verbindend verklaring of niet.

De FOD WASO voert sowieso een marginale wettigheidscontrole uit op elke sectorale cao waarvan de sociale partners vragen dat hij algemeen verbindend wordt verklaard.”

Uit deze toelichting lijkt te volgen dat de betrokken cao niet automatisch onwettig is. Het gegeven dat de koopkrachtpremie in voorkomend geval niet aan het meer gunstige regime op het vlak van belastingen en socialezekerheidsbijdragen wordt onderworpen, volgt reeds uit het ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, eerste lid, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 en, wat de fiscale regeling betreft, uit de verwijzingen naar de ontworpen bepaling. De gevolgen van de eventuele strijdigheid met hogere rechtsnormen zal afhangen van de norm in kwestie, maar de verwijzing naar de rechtsgeldigheid van de cao in de ontworpen bepaling lijkt daar op het eerste gezicht niets aan toe te voegen.

De stellers van het ontwerp doen er goed aan om na te gaan of, ter wille van de rechtszekerheid, de redactie van het ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, derde lid, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, en in het bijzonder de in dit randnummer aangehaalde zinsnede ervan (“om rechtsgeldig te zijn, ...”), niet het best wordt aangepast in het licht van de voorgaande opmerkingen.

14. Naar analogie van de Nederlandse tekst (“Kan een dergelijke overeenkomst op het niveau van de onderneming niet worden gesloten ...”), schrijve men in de Franse tekst van het ontworpen artikel 19*quinquies*, § 5, vijfde lid, 4°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 “Si une telle convention au niveau de l’entreprise ne peut pas être conclue ...”.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet d'instaurer des règles relatives à une « prime pouvoir d'achat ». Il fixe les conditions dans lesquelles pareille prime, qui « est valable jusqu'au 31 décembre 2024 inclus », n'est pas considérée comme rémunération pour l'application de la sécurité sociale (article 19^{quinquies}, § 5, en projet, 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' ; article 1^{er} du projet).

Outre l'arrêté royal du 28 novembre 1969 précité, le projet vise également à modifier l'arrêté royal du 12 octobre 2010 'fixant les conditions d'agrément et la procédure d'agrément pour les éditeurs des titres-repas, éco-chèques et chèques consommations sous forme électronique, exécutant les articles 183 à 185 de la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses' (articles 2 et 3 du projet). Ces modifications prévoient notamment un agrément de plein droit pour l'émission de primes pouvoir d'achat électroniques d'éditeurs qui ont déjà été agréés pour l'émission de titres-repas, d'éco-chèques ou de chèques consommation électroniques, ou de primes corona électroniques (article 6/3, en projet, de l'arrêté royal du 12 octobre 2010 précité ; article 3 du projet).

L'intention est que l'arrêté royal en projet entre en vigueur le premier jour du mois qui suit celui de sa publication (article 4, 2^o, du projet), alors que l'entrée en vigueur de la loi dont l'avant-projet fait l'objet de la demande d'avis 73.003/1 ¹ et à laquelle l'arrêté royal en projet est lié, est également prévue le même jour (article 4, 1^o, du projet).

3.1. L'article 1^{er} du projet trouve son fondement juridique dans l'article 14, § 2, de la loi du 27 juin 1969 'révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs' et dans l'article 23, alinéa 2, de la loi du 29 juin 1981 'établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés'.

Le projet vise certes à modifier des dispositions qui ont été modifiées par l'article 2 de la loi du 31 juillet 2020 'modifiant diverses dispositions introduisant le chèque consommation électronique' et qui ont dès lors reçu formellement un caractère légal ², mais selon l'article 3 de cette loi, le Roi peut abroger, compléter, modifier ou remplacer par arrêté délibéré en Conseil des ministres les dispositions modifiées par l'article 2.

¹ Demande d'avis 73.003/1 sur un avant-projet de loi 'portant des mesures en matière de négociation salariale pour la période 2023-2024'.

² Notamment l'article 1^{er}, 1^o, du projet.

3.2. Les articles 2 et 3 du projet visent à adapter l'arrêté royal du 12 octobre 2010 à la prime pouvoir d'achat à instaurer. Selon le préambule du projet, les articles 184 et 185³ de la loi du 30 décembre 2009 'portant des dispositions diverses' sont invoqués à titre de fondement juridique pour ces dispositions.

Or, les délégations au Roi contenues dans ces dispositions légales ne concernent que les « titres-repas, éco-chèques et chèques consommation ». En vertu de l'article 183, alinéa 2, de la loi du 30 décembre 2009, pour l'application du chapitre concerné de cette loi et de ses arrêtés d'exécution, il faut entendre par « chèques consommation » également la prime corona visée à l'article 19^{quinquies} de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 précité. Par conséquent, ces délégations ne s'appliquent pas à l'égard de la prime pouvoir d'achat en projet.

Certes, l'article 3 de l'avant-projet de loi qui fait l'objet de la demande d'avis 73.003/1 vise à modifier l'article 183 de la loi du 30 décembre 2009 afin d'assimiler également la prime pouvoir d'achat à la notion de chèque consommation. De ce fait, les articles 184 et 185 de cette loi procureraient bel et bien un fondement juridique aux dispositions en projet. Toutefois, dans l'état actuel de la réglementation, ce fondement juridique fait défaut. Les modifications visées dans les articles 2 et 3 du projet à l'examen ne peuvent dès lors se concrétiser qu'à condition que la disposition procurant le fondement juridique, prévue dans l'avant-projet de loi 73.003/1, soit entrée en vigueur.

3.3. En ce qui concerne spécifiquement l'article 2, a), du projet, on peut relever que cette disposition tend à modifier l'article 2, 6°, de l'arrêté royal du 12 octobre 2010. La modification en projet concerne plus particulièrement une phrase qui a été remplacée par l'article 59 de la loi du 18 juillet 2021 'portant des mesures de soutien temporaires en raison de la pandémie du COVID-19' et qui a par conséquent force de loi. L'article 60 de cette loi modifie lui aussi l'arrêté royal du 12 octobre 2010.

L'article 61 de la loi du 18 juillet 2021 s'énonce comme suit :

« Le Roi peut abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions de l'arrêté royal du 12 octobre 2010 fixant les conditions d'agrément et la procédure d'agrément pour les éditeurs des titres-repas, éco-chèques et chèques consommations sous forme électronique, exécutant les articles 183 à 185 de la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses, modifiées par les articles 60 et 61 ».

L'article 5 de l'avant-projet de loi qui fait l'objet de la demande d'avis 73.003/1 vise à remplacer, dans cette disposition, la référence aux articles 60 et 61 par une référence aux articles 59 et 60. De cette manière, on « corrige une référence erronée », selon l'exposé des motifs de cet avant-projet.

³ L'article 185 de la loi du 30 décembre 2009 ne concerne qu'« une sécurité financière qui couvre le risque d'une faillite ». À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit : « L'article 185 de la loi de 2009 contient une habilitation au Roi (fixer les modalités de la sécurité financière qui doit être pourvue par les éditeurs couvrant le risque de faillite). On retrouve cette modalité parmi les conditions d'agrément de l'art. 2 de l'AR de 2010 (utiliser un compte de tiers pour la valeur des chèques, 14°), conditions applicables à la prime pouvoir d'achat ». Les conditions d'agrément contenues à l'article 2 de l'arrêté royal du 12 octobre 2010 sont également rendues indirectement applicables à la prime pouvoir d'achat en vertu de l'article 6/3, alinéa 2, en projet.

Nonobstant les observations formulées au point 3.2, il apparaît que la référence aux articles 60 et 61 inscrite à l'article 61 de la loi du 18 juillet 2021 est effectivement une erreur matérielle et que l'absence de référence à l'article 59 ne fait pas obstacle en soi à la modification en projet de l'article 2, 6°, de l'arrêté royal du 12 octobre 2010.

3.4. L'article 4, 1°, du projet vise à fixer la date d'entrée en vigueur de « la loi du XX XXXX 20XX portant des mesures en matière de négociation salariale pour la période 2023-2024 », faisant ainsi référence à l'avant-projet qui fait l'objet de la demande d'avis 73.003/1. L'article 9 de cet avant-projet dispose que le Roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, la date d'entrée en vigueur ⁴. Lors de l'examen de cet avant-projet, il est apparu que le demandeur d'avis souhaite renoncer à la délégation permettant au Roi de déterminer la date d'entrée en vigueur de la loi dont l'adoption est envisagée et que l'article 4, 1°, sera omis du projet d'arrêté royal à l'examen.

FORMALITÉS

4. Il ressort des documents joints à la demande d'avis que l'Autorité de protection des données a également été saisie d'une demande d'avis sur le projet d'arrêté royal ⁵.

5. Dans l'avis 69.628/1 du 24 juin 2021, la section de législation a observé ce qui suit à propos d'un régime instaurant une « prime corona » qui, en matière d'impôts et de cotisations de sécurité sociale, était soumise à un régime analogue à celui de la prime pouvoir d'achat à l'examen ⁶ :

« Dans la mesure où le régime en projet implique que certaines entreprises (locales) sont traitées d'une manière plus favorable en matière de sécurité sociale et de fiscalité ⁷, la question se pose de savoir si l'avant-projet est effectivement compatible sur ce point avec les principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par la Constitution et avec les principes de droit européen en matière de libre circulation, mais également si les mesures portées par l'avant-projet ne doivent pas être qualifiées d'aide d'État et, par conséquent, doivent être préalablement notifiées à la Commission européenne, conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. (...) ».

Interrogé à ce propos, le délégué a déclaré que la prime pouvoir d'achat « niet mag worden behandeld als staatssteun ». À cet égard, il a invoqué les arguments suivants :

« Volgens de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (C/2016/2946), houdt het begrip staatssteun de volgende cumulatieve bestanddelen in: het

⁴ Le préambule du projet d'arrêté royal à l'examen ne contient toutefois aucune référence à cette disposition.

⁵ Voir l'article 184, § 1^{er}, de la loi du 30 décembre 2009 précitée.

⁶ Avis C.E. 69.628/1 du 24 juin 2021 sur un avant-projet de loi 'fixant les mesures en matières de négociation salariale pour la période 2021-2022', observation 5.

⁷ *Note de bas de page 5 de l'avis cité* : Le cas échéant, indirectement, par une référence à l'article 19^{quinquies} de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, tel qu'il sera modifié par l'arrêté royal dont le projet est à l'examen et fait l'objet de la demande d'avis 69.627/1 (voir l'article 183, alinéas 2 et 3, en projet, de la loi du 30 décembre 2009 ; article 3 de l'avant-projet).

bestaan van een onderneming; de toerekenbaarheid van de maatregel aan de Staat; de bekostiging ervan uit staatsmiddelen; het verlenen van een voordeel; het selectieve karakter van de maatregel en de gevolgen ervan voor de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten.

Om binnen de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, van het Verdrag te vallen, moet er sprake zijn van een voordeel voor de onderneming. Volgens de Mededeling van de Commissie, randnummer 67, houdt een voordeel het volgende in :

‘Alleen de gevolgen van de maatregel voor de onderneming zijn relevant, en niet de oorzaken of doeleinden van de overheidsmaatregel. Telkens wanneer de financiële situatie van een onderneming verbetert als gevolg van overheidsingrijpen op voorwaarden die afwijken van normale marktvoorwaarden, is er sprake van een voordeel. Om dit te kunnen beoordelen, dient de financiële situatie van de onderneming ná de maatregel te worden vergeleken met haar financiële situatie indien de maatregel niet was genomen’

In casu kan er geen sprake zijn van een voordeligere financiële situatie van de onderneming als gevolg van het overheidsingrijpen. De financiële situatie van voor de maatregel (ie voor het invoeren van de koopkrachtpremie) omvat de situatie waarbij de onderneming sociale bijdragen dient te betalen op het loon van elke werknemer. Indien we deze situatie vergelijken met de financiële situatie na het invoeren van de maatregel, is er geen sprake van een voordeel voor de onderneming. De onderneming dient bij het uitbetalen van de koopkrachtpremie een speciale sociale bijdrage te betalen van 16,5%, en de onderneming betaalt dus meer sociale bijdragen dan in de situatie waarbij de maatregel niet was genomen ».

Nonobstant les arguments avancés par le délégué, force est de constater que la mesure en projet a pour effet de permettre aux entreprises entrant en ligne de compte à cette fin d’octroyer une prime qui n’est pas soumise au régime usuel des impôts et cotisations de sécurité sociale, mais uniquement à la cotisation spéciale de 16,5% due par l’employeur. On peut difficilement nier que la mesure en projet constitue un avantage à cet égard. En l’occurrence, on peut également renvoyer aux observations formulées aux points 7.1 et suivants du présent avis.

Dès lors, il serait préférable de soumettre encore le régime en projet à un examen supplémentaire en ce qui concerne l’applicabilité de la réglementation en matière d’aides d’État et, le cas échéant, de le notifier au préalable à la Commission européenne.

6. Si l’accomplissement des formalités susmentionnées devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d’État ⁸, les dispositions modifiées ou ajoutées devront encore 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.

⁸ À savoir d’autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

7.1. En vertu de l'article 19*quiquies*, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, l'avantage accordé sous la forme d'une prime pouvoir d'achat est considéré ou non comme rémunération selon les conditions et dispositions des paragraphes 1^{er} à 3.

Il résulte de l'avant-projet de loi qui fait l'objet de la demande d'avis 73.003/1 que la prime pouvoir d'achat qui est attribuée conformément à la disposition en projet est exemptée de tout impôt sur les revenus, qu'elle fait l'objet d'une cotisation spéciale de 16,5% due par l'employeur et que tant la prime que la cotisation spéciale constituent des frais professionnels conformément à l'article 49 du Code des impôts sur les revenus 1992.

L'article 1^{er}, 1^o et 2^o, du projet à l'examen vise à modifier les possibilités d'utilisation de la prime pouvoir d'achat prévues à l'article 19*quiquies*, § 2, 4^o, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969⁹. Consécutivement aux modifications en projet, la prime pouvoir d'achat peut être utilisée :

« a) dans les établissements relevant du secteur horeca ou dans les commerces qui proposent des biens ou des services au consommateur, y compris des services de réparation, ou ;

b) dans les centres de bien-être, en ce compris les saunas, les bancs solaires, les jacuzzis, les cabines de vapeur et les hammams, dans les activités qui sont nommées sous la Commission paritaire pour les attractions touristiques (CP 333), dans les cinémas et dans les autres établissements relevant du secteur culturel qui sont reconnus, agréés ou subventionnés par l'autorité compétente, ou ;

c) dans les salles de bowling, les piscines et les centres de fitness et dans des associations sportives pour lesquelles il existe une fédération, reconnue ou subventionnée par les Communautés ou appartenant à une des fédérations nationales

(...) ».

Eu égard à la référence aux « commerces qui proposent des biens ou des services au consommateur » au point a), en projet, l'utilisation de la prime pouvoir d'achat semble être soumise à peu de restrictions réelles.

Le délégué a confirmé que l'intention est de pouvoir payer pratiquement toutes les dépenses de consommation avec la prime pouvoir d'achat.

« Het toepassingsgebied werd inderdaad ruim opgevat zodat goederen en diensten kunnen worden vergoed met de koopkrachtpremie ».

⁹ L'article 19*quiquies*, § 2, 4^o, alinéa 1^{er}, concerne le chèque consommation papier. L'alinéa 3 de cette disposition mentionne que « [l]e chèque consommation ne peut être utilisé que dans les établissements ou les associations mentionné[s] à l'alinéa 1^{er} ».

Le délégué a également communiqué, en ce qui concerne l'objectif de la mesure en projet, que celle-ci consiste à accorder aux travailleurs concernés une indemnité qui peut être utilisée d'une manière relativement libre :

« De bedoeling is om, rekening houdend met de beschikbare marge voor de loonkostenontwikkeling in 2023-2024 van 0%, de mogelijkheid te creëren voor de sociale partners om, in de sectoren en/of bedrijven waar tijdens de crisis goede resultaten zijn behaald, te onderhandelen over een uitzonderlijke one shot ad hoc premie boven deze 0% ».

7.2.1. Le Conseil d'État, section de législation, a déjà observé par le passé que le traitement avantageux des différents chèques en matière de sécurité sociale et de fiscalité ne peut se justifier que si des conditions particulières d'utilisation y sont associées. Dans l'avis 61.016/1 du 21 mars 2017 sur une proposition de loi 'relative au remplacement des écochèques par une indemnité nette', il a ainsi formulé les observations suivantes ¹⁰ :

« 3.4. Il faut déduire des dispositions concernées en matière de fiscalité ¹¹ et de sécurité sociale ¹² que les titres-repas et les éco-chèques sont en principe considérés comme des revenus imposables ou soumis, à titre de rémunération, aux cotisations de sécurité sociale, à moins que leur octroi, leur délivrance, leur utilisation et leur finalité satisfassent à certaines – strictes – conditions. Ce sont précisément ces conditions particulières qui, dans l'état actuel de la législation, peuvent, au regard du principe d'égalité, justifier que les titres-repas et les éco-chèques qui satisfont à ces conditions bénéficient d'un régime spécifique – plus avantageux – sur le plan de la fiscalité et des cotisations de sécurité sociale.

Il apparaît au Conseil d'État, section de législation, que l'abrogation proposée des conditions en matière de délivrance, d'utilisation et de finalité des titres-repas et des écochèques, et le remplacement de ces titres, respectivement par une indemnité de repas et par une éco indemnité, versées directement aux travailleurs ou aux dirigeants d'entreprise et dont, à l'instar de la rémunération ordinaire, les travailleurs et les dirigeants d'entreprise peuvent librement disposer, ont pour effet qu'il ne semble plus justifié, au regard du principe d'égalité, que les indemnités ainsi conçues soient soumises, du point de vue de la

¹⁰ Avis C.E. 61.016/1-61.017/1 du 21 mars 2017 sur une proposition de loi 'relative au remplacement des écochèques par une indemnité nette' et amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-17, n° 54-2287/004, observations 3.4-3.5 ; avis C.E. 61.018/1 du 21 mars 2017 sur une proposition de loi 'modifiant la législation en ce qui concerne le remplacement des écochèques par un bonus net', *Doc. parl.*, Chambre, 2014-15, n° 54-0842/002, observations 3.4-3.5. Voir aussi : avis C.E. 62.233/1/3 du 14 novembre 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 30 mars 2018 'concernant l'instauration d'une allocation de mobilité', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2838/1, observation 4.3.1 ; avis C.E. 62.368/1/2/3/4 du 1^{er} décembre 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 18 juillet 2018 'relative à la relance économique et au renforcement de la cohésion sociale', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2839/1, pp. 47-48, observation 3.

¹¹ *Note de bas de page du texte cité* : Voir notamment à cet égard : l'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 25°, CIR 92, qui dispose que sont exonérés de l'impôt sur les revenus « les avantages qui se composent de l'intervention de l'employeur ou de l'entreprise dans les titres-repas, les chèques sport/culture ou les éco-chèques qui répondent aux conditions reprises à l'article 38/1 » ; l'article 38/1, §§ 1^{er}, 2 et 4, CIR 92, qui fixe les conditions auxquelles les titres-repas et les éco-chèques doivent répondre pour pouvoir être considérés comme un avantage exonéré au sens de l'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 25°, CIR 92 ; l'article 53, 14°, CIR 92, qui dispose que ne constituent pas des frais professionnels (dans le chef de l'employeur) « les avantages visés à l'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 11° et 25°, à l'exclusion de l'intervention de l'employeur ou de l'entreprise dans le montant des titres-repas limitée, le cas échéant, à 2 EUR par titre-repas lorsque cette intervention répond aux conditions visées à l'article 38/1 ».

¹² *Note de bas de page du texte cité* : Voir notamment à cet égard les articles 19bis et 19quater de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, qui en ce qui concerne respectivement les titres-repas et les éco-chèques, disposent que l'avantage octroyé sous cette forme est considéré comme une rémunération à moins qu'il soit satisfait à un certain nombre de conditions.

fiscalité et des cotisations de sécurité sociale, à un régime spécifique, plus avantageux que celui applicable à la rémunération ordinaire, laquelle est comparable.

Le maintien de la condition d'octroi de ces indemnités, selon laquelle celles-ci doivent être prévues dans une convention collective de travail conclue au niveau du secteur ou de l'entreprise ou, lorsque la conclusion d'une telle convention n'est pas possible, dans une convention individuelle écrite, n'enlève rien à cette constatation. Sur ce point, il n'y a en effet pas de différence substantielle entre les indemnités précitées et l'octroi de la rémunération ordinaire. Il s'ensuit au demeurant qu'il est difficile de justifier, au regard du principe d'égalité, pourquoi l'avantage du régime spécifique sur le plan de la fiscalité et de la sécurité sociale n'est octroyé qu'aux employeurs et aux travailleurs qui satisfont à cette condition.

3.5. Il y a lieu de conclure de ce qui précède que le dispositif proposé, y compris ses amendements, est problématique au regard du principe constitutionnel d'égalité, à tout le moins en ce qui concerne l'aspect examiné ci-dessus ¹³ ».

7.2.2. Dans l'avis 69.627/1 du 24 juin 2021, la section de législation a rappelé cette jurisprudence en ce qui concerne le « chèque consommation » et la « prime corona » ¹⁴ :

« Les modifications en projet de l'article 19^{quinquies}, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 suppriment dans une large mesure les conditions liées à l'utilisation. Ainsi, le chèque consommation et la prime corona peuvent être utilisés pour l'achat de tout bien vendu dans le commerce de détail 'en la présence physique du consommateur dans l'unité d'établissement'. Le chèque et la prime peuvent également être dépensés dans l'horeca et auprès de nombreuses entreprises de services.

Même si la liberté d'utilisation n'est pas totale, les possibilités en sont tellement nombreuses que le chèque consommation et la prime corona peuvent être utilisés sans restriction significative pour des dépenses que l'intéressé ferait de toute façon et l'argent épargné peut également être dépensé librement. Cette possibilité de substitution est bien plus grande que, par exemple, pour les éco-chèques ainsi que pour les chèques sport et culture existants ».

Cet avis a conclu qu'il n'a pas été invoqué d'éléments « permettant de justifier à suffisance la différence de traitement entre le chèque consommation et la prime corona, d'une part, et la rémunération régulière en argent, d'autre part, compte tenu de l'observation formulée dans l'avis précité de la section de législation et des possibilités très étendues d'utilisation du chèque consommation et de la prime corona. La circonstance que seuls certains employeurs peuvent octroyer la prime n'y change rien. Du reste, cette restriction ne s'applique pas pour les chèques consommation » ¹⁵.

¹³ Note de bas de page du texte cité : Dans le délai qui lui a été imparti pour donner un avis, le Conseil d'État, section de législation, n'a pas pu examiner dans quelle mesure, au regard du principe d'égalité, les indemnités ainsi conçues et le régime en matière fiscale et de sécurité sociale qui leur est associé ne requièrent pas également de reconsidérer d'autres dispositifs en vigueur dans ce domaine.

¹⁴ Avis C.E. 69.627/1 du 24 juin 2021 sur un projet devenu l'arrêté royal du 21 juillet 2021 'modifiant l'article 19^{quinquies} 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', observation 7.3.

¹⁵ Avis C.E. 69.627/1 du 24 juin 2021, observation 7.4.

7.3. La problématique précitée se pose avec d'autant plus d'acuité à l'égard de la prime pouvoir d'achat en projet, qui élargit encore les conditions relatives aux possibilités d'utilisation. Compte tenu notamment des objectifs de la mesure en projet (voir point 7.1), la section de législation n'aperçoit dès lors pas directement d'éléments qui permettraient de conclure purement et simplement à la conformité du régime relatif à la prime pouvoir d'achat en projet avec le principe d'égalité garanti par la Constitution ¹⁶.

8.1. La mesure en projet relative à la prime pouvoir d'achat doit en outre être compatible avec le droit de l'Union européenne. À cet égard, le délégué a déclaré que « [l]a mesure est liée aux entreprises belges qui ont eu des bénéfices élevés ou particulièrement élevés. Par le biais de cette prime, nous entendons soutenir le tissu commercial implanté sur l'ensemble du territoire et de soutenir le pouvoir d'achat ».

Ainsi que la section de législation l'a déjà observé dans l'avis 69.627/1, il est douteux que l'objectif visant à soutenir « le tissu commercial implanté sur l'ensemble du territoire » soit compatible avec les principes en matière de libre circulation ¹⁷.

8.2. Il est à noter par ailleurs que la prime pouvoir d'achat sous forme électronique peut éventuellement relever du champ d'application de la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 'concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE'.

Dans l'avis 47.648/1 du 14 janvier 2010, la section de législation a formulé les observations suivantes ¹⁸ :

« Le titre-repas électronique doit permettre au travailleur d'effectuer, à l'aide d'un support, des transactions de paiement sous forme électronique auprès de commerçants pour le paiement d'un repas ou l'achat d'aliments prêts à la consommation. Ainsi comprise, l'édition de titre[s]-repas électroniques doit se concevoir comme un service de paiement au sens de l'article 4 de la directive 2007/64/CE et de l'annexe.

¹⁶ Voir également, fût-ce en ce qui concerne l'allocation de mobilité, C.C., 23 janvier 2020, B.11 : « En ce qui concerne le grief contenu dans la première branche du moyen, selon lequel une différence de traitement est créée, sans qu'existe une justification raisonnable, entre les travailleurs qui ne bénéficient pas de l'allocation de mobilité et dont le salaire est intégralement soumis aux contributions fiscales et sociales et les travailleurs qui touchent une allocation dont ils peuvent disposer librement et qui est privilégiée sur le plan fiscal et social, il ne suffit pas de dire que 'si une discrimination existe entre les travailleurs, cette dernière ne découle pas de l'introduction d'une allocation de mobilité mais bien du fait que certains travailleurs ont une voiture de société tandis que d'autres en sont privés, et que cette réalité ne peut pas être ignorée' (...), dès lors que l'allocation de mobilité déroge fondamentalement au régime légal des voitures de société, étant donné qu'un avantage en nature, qui de par sa nature est ciblé, est remplacé par un avantage pécuniaire, dont l'utilisation n'est pas nécessairement ciblée (...) ».

¹⁷ Avis C.E. 69.627/1 du 24 juin 2021, observation 8.4. Voir, entre autres, C.J.U.E., 24 novembre 1982, 249/81, *Commission c. Irlande*, ECLI:EU:C:1982:402, arrêt dans lequel il est notamment observé que « [m]ême des actes d'un gouvernement d'un État membre dépourvus de force contraignante peuvent être de nature à influencer sur le comportement des commerçants et des consommateurs sur le territoire de cet État et avoir ainsi pour effet de mettre en échec les finalités de la Communauté telles qu'énoncées à l'article 2 et élaborées par l'article 3 du Traité ».

¹⁸ Avis C.E. 47.648/1 du 14 janvier 2010 sur un projet devenu l'arrêté royal du 12 octobre 2010 'fixant les conditions d'agrément et la procédure d'agrément pour les éditeurs des titres-repas, éco-chèques et chèques consommations sous forme électronique, exécutant les articles 183 à 185 de la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses', observation générale 1.1.

L'article 3, k), de la directive 2007/64/CE prévoit toutefois que cette directive ne s'applique pas 'aux services fondés sur des instruments qui ne peuvent être utilisés, pour l'acquisition de biens ou de services, que dans les locaux utilisés par l'émetteur ou, dans le cadre d'un accord commercial avec l'émetteur, à l'intérieur d'un réseau limité de prestataires de services ou pour un éventail limité de biens ou de services'.

On voit mal dans quelle mesure cette exception s'appliquerait à l'édition de titres-repas électroniques, notamment parce que l'on ne peut déterminer l'étendue de la portée des notions de 'réseau limité de prestataires de services' et d' 'éventail limité de biens ou de services'. Si, à première vue, il peut être admis que tel est le cas, il appartient toutefois à la seule Cour européenne de justice d'apporter à cet égard une réponse définitive par la voie d'une interprétation obligatoire de cette exception ».

Dans l'avis n° 58.364/1 du 25 novembre 2015, la section de législation a observé ce qui suit ¹⁹ :

« L'éco-chèque électronique permet au travailleur salarié d'effectuer des opérations de paiement par voie électronique 'chez des commerçants et des prestataires de services qui vendent des produits et services à caractère écologique repris dans la liste annexée à la convention collective de travail n° 98 conclue au sein du Conseil national du travail'. Comme dans l'avis 47.648/1 précité, on peut admettre que l'émission d'éco-chèques électroniques relève à première vue de l'exception visée à l'article 3, k), de la directive 2007/64/CE, mais qu'il appartiendra à la Cour de justice de déterminer l'étendue de la portée des notions de 'à l'intérieur d'un réseau limité de prestataires de services' et 'pour un éventail limité de biens ou de services' figurant dans la directive' ».

Force est toutefois de se demander si l'on peut tirer une même conclusion dans le contexte actuel. La directive 2007/64/CE a été remplacée par la directive (UE) 2015/2366 précitée, dont l'article 3, k), dispose ce qui suit :

« La présente directive ne s'applique pas :

- k) aux services reposant sur des instruments de paiement spécifiques qui ne peuvent être utilisés que de manière limitée et qui satisfont à l'une des conditions suivantes :
- i) instruments ne permettant à leur détenteur d'acquérir des biens ou des services que dans les locaux de l'émetteur ou au sein d'un réseau limité de prestataires de services directement liés par un contrat commercial à un émetteur professionnel;
- ii) instruments ne pouvant être utilisés que pour acquérir un éventail très limité de biens ou de services;
- iii) instruments valables dans un seul État membre fournis à la demande d'une entreprise ou d'un organisme public et réglementés par une autorité publique nationale ou régionale, à des fins sociales ou fiscales spécifiques, et permettant d'acquérir des biens ou des services spécifiques auprès de fournisseurs ayant conclu un accord commercial avec l'émetteur ».

Force est de se demander si, en ce qui concerne la prime pouvoir d'achat, il pourrait s'agir d'« un éventail très limité de biens ou de services » ou de « biens ou d[e] services spécifiques ». À cet égard, il ressort du considérant 13 de la directive (UE) 2015/2366 que les exceptions énoncées au point k) doivent être interprétées de manière restrictive et qu'« il ne devrait

¹⁹ Avis C.E. 58.364/1 du 25 novembre 2015 sur un projet devenu l'arrêté royal du 16 décembre 2015 'introduisant les éco-chèques électroniques et fixant les conditions d'agrément et la procédure d'agrément pour les éditeurs', observation 3.

pas être possible d'utiliser le même instrument pour effectuer des opérations de paiement en vue d'acquérir des biens et des services au sein de plus d'un réseau limité ou d'acquérir un éventail illimité de biens ou de services ».

Le considérant 14 précise les exclusions comme suit :

« Les instruments de paiement relevant de l'exclusion relative aux 'réseaux limités' pourraient comprendre les cartes d'enseigne, les cartes de carburant, les cartes de membre, les cartes de transports en commun, les billets de parking, les titres-repas ou les titres-services, qui font parfois l'objet d'un cadre juridique particulier en matière fiscale ou de droit du travail, destiné à encourager le recours à ces instruments pour atteindre les objectifs fixés dans la législation sociale. L'exclusion du champ d'application de la présente directive devrait cesser lorsqu'un tel instrument de portée spécifique devient un instrument de portée générale. Il n'y a pas lieu d'exclure du champ d'application de la présente directive les instruments pouvant être utilisés pour réaliser des achats auprès de commerçants enregistrés dans une liste, lesdits instruments étant conçus, en principe, pour un réseau de prestataires de services qui ne cesse de s'étendre. L'application de l'exclusion relative aux 'réseaux limités' devrait être couplée à l'obligation pour les prestataires de services de paiement potentiels de déclarer les activités relevant du champ d'application desdits réseaux ».

Compte tenu en particulier des possibilités d'utilisation encore élargies qui s'appliquent à l'égard de la prime pouvoir d'achat en projet et des objectifs mentionnés par le délégué (points 7.1 et 8.1), il apparaît à la section de législation que les exclusions inscrites à l'article 3, k), de la directive (UE) 2015/2366 ne trouvent pas à s'appliquer ou qu'il existe à tout le moins de sérieux doutes à ce sujet.

8.3. Au regard de ce qui précède, les auteurs du projet seraient bien avisés d'en outre réexaminer le dispositif en projet du point de vue de sa conformité avec le droit de l'Union européenne.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Préambule

9. Les articles 184 et 185 de la loi précitée du 30 décembre 2009 ne pourront procurer un fondement juridique au dispositif en projet que lorsqu'aura été modifié l'article 183 de cette loi dans le sens indiqué dans l'avant-projet de loi qui fait l'objet de la demande d'avis 73.003/1 (voir le point 3.2). Pour ce motif, il est recommandé d'écrire dans le troisième alinéa du préambule du projet « ... portant des dispositions diverses, l'article 183, modifié en dernier lieu par la loi du ... ²⁰, et les articles 184 et 185, modifiés en dernier lieu par la loi du 31 juillet 2020 ; ».

²⁰ Où il convient de mentionner la loi dont l'avant-projet fait l'objet de la demande d'avis 73.003/1.

Article 1^{er}

10. L'article 19^{quinq}uies, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 (article 1^{er}, 3°, du projet) dispose notamment que l'avantage accordé sous la forme d'une prime pouvoir d'achat est considéré ou non comme rémunération « selon les conditions et dispositions des paragraphes 1^{er} à 3 inclus ». Cette dernière référence a pour effet de rendre applicable par analogie l'article 19^{quinq}uies, § 2, 1°, alinéa 1^{er}, dernière phrase, de l'arrêté royal précité, et – comme l'a confirmé le délégué – de pouvoir accorder également la prime pouvoir d'achat au secteur public, étant entendu que la condition relative au bénéfice (exceptionnellement) élevé ne s'applique pas à l'égard de ce secteur, puisque celle-ci s'applique uniquement dans le cas où l'octroi de la prime pouvoir d'achat se fait par une convention collective de travail au niveau sectoriel.

Concernant l'octroi de la prime pouvoir d'achat dans le secteur public, le délégué a apporté les précisions supplémentaires suivantes :

« Zie het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 21 juli 2021 tot wijziging van artikel 19^{quinq}uies 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, waarin staat vermeld: 'Wat de overheidssector betreft, zijn de voorwaarden die voor de consumptiecheque zijn vastgesteld, ook van toepassing op de coronapremie. Er wordt uitdrukkelijk bepaald dat voor de overheidssector over de toekenning van 'de consumptiecheque' (lees 'de coronapremie') moet zijn onderhandeld in het bevoegde onderhandelingscomité. De toekenning van een coronapremie is een zaak waarover de betrokken autoriteiten moeten beslissen. Hetzelfde geldt voor overheidsbedrijven.' »

De zin 'Voor de openbare sector moet de toekenning van de consumptiecheque het voorwerp hebben uitgemaakt van een onderhandeling in het daarvoor bevoegde onderhandelingscomité' [in artikel 19^{quinq}uies, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969] geldt dus ook voor de koopkrachtpremie ».

Le dispositif en projet serait plus accessible si l'applicabilité de la prime pouvoir d'achat dans le secteur public, ainsi que la mesure dans laquelle cette dernière est appliquée et les modalités de son application, étaient exprimées plus explicitement dans le texte du projet. Pour l'instant, celles-ci ne peuvent être déduites que de la connexité entre certaines subdivisions de l'article 19^{quinq}uies de l'arrêté royal du 28 novembre 1969. Il y a aussi une différence de traitement entre le secteur public et le secteur privé, la « condition de bénéfice » ne s'appliquant qu'à ce dernier secteur, ce qui permet l'octroi de la prime pouvoir d'achat à l'ensemble du secteur public. Évidemment, une justification à cet égard devra pouvoir être invoquée au regard du principe constitutionnel d'égalité ²¹.

²¹ Le délégué a communiqué sur ce point ce qui suit : « Il n'y a pas de discrimination car la possibilité est ouverte à l'ensemble des employeurs et seules les conditions de décision d'octroi de la prime pouvoir d'achat sont adaptées en fonction des spécificités propres aux secteurs privés et secteur public ».

11. L'article 19*quiquies*, § 5, en projet, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 (article 1^{er}, 3^o, du projet) subordonne l'octroi de la prime pouvoir d'achat à diverses conditions, tout au moins pour bénéficier du traitement favorable sur le plan fiscal et du point de vue des cotisations de sécurité sociale.

La prime pouvoir d'achat « dans les entreprises qui ont obtenu de bons résultats pendant la crise » doit en principe faire l'objet d'une convention collective de travail au niveau sectoriel ou au niveau de l'entreprise (article 19*quiquies*, § 5, alinéa 2, en projet). Si une CCT est conclue au niveau de l'entreprise, une justification doit être ajoutée selon laquelle « on est une entreprise où de bons résultats ont été obtenus pendant la crise » (article 19*quiquies*, § 5, alinéa 4, en projet).

Dans le cas d'une CCT sectorielle, la prime pouvoir d'achat peut uniquement être octroyée aux entreprises ayant réalisé « un bénéfice élevé » ou « un bénéfice exceptionnellement élevé » en 2022 (article 19*quiquies*, § 5, alinéa 3, en projet). La CCT doit concrétiser ces notions.

Le délégué a précisé la notion de « bénéfice (exceptionnellement) élevé en 2022 » comme suit :

« De '(uitzonderlijk) hoge winst in 2022' is het criterium op basis waarvan op sectoraal niveau de ondernemingen met goede resultaten dienen te worden afgebakend. Het komt toe aan de sociale partners binnen de sector om een invulling te geven aan deze definitie. Een strikte definitie van deze begrippen zou afbreuk doen aan het opzet om een instrument te creëren waarover sectoraal kan worden onderhandeld om deze al dan niet toe te kennen en onder welke voorwaarden » ²².

En ce qui concerne les « bons résultats » obtenus « pendant la crise », il convient de noter que ceux-ci ne sont pas liés à une année spécifique ou à une autre période concrète ²³. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Na afloop van de coronapandemie worden we geconfronteerd met een periode van sterke inflatie (doordat na afloop van de sanitaire maatregelen tegen het virus het aanbod de sterk gestegen vraag niet kon volgen) en een sterk stijgende energiekost (voornamelijk door de situatie in Oekraïne) met een reëel gevaar op een recessie ».

L'emploi de notions générales, ambiguës comme « bénéfices (exceptionnellement) élevés », « bons résultats » et « crise » est contraire aux exigences en matière de clarté et de sécurité juridique. Comme la section de législation l'a déjà relevé dans le passé, la réglementation doit définir les critères minimaux afin de permettre aux destinataires de la norme de pouvoir déterminer, avec un minimum de sécurité juridique, s'ils peuvent ou non prétendre au bénéfice du régime de la prime en projet. Il est en effet requis de satisfaire aux conditions inscrites dans l'article 19*quiquies*, § 5, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pour que le régime spécifique en matière de sécurité sociale ainsi que d'impôts sur les revenus soit applicable. Les conséquences de cette situation sont importantes pour les employeurs et les travailleurs. Aussi le législateur devrait-il

²² Les accords entre les partenaires sociaux devront apparemment aussi s'étendre au règlement de questions concrètes qu'entraînera, dans la pratique, l'application de la prime pouvoir d'achat, comme par exemple en cas d'application des règles dans les entreprises où l'exercice comptable ne coïncide pas avec l'année civile.

²³ Les contours de la « crise » visée ne sont pas cernés avec précision, ni fondés sur des éléments suffisamment objectifs.

appliquer en la matière des critères clairs, dont la portée exacte peut être suffisamment prévisible pour les personnes concernées.

12.1. La prime pouvoir d'achat peut être octroyée à l'aide de différents instruments, soumis également à d'autres conditions. Si la prime pouvoir d'achat est accordée par une CCT sectorielle, elle ne sera appliquée qu'aux entreprises ayant réalisé un bénéfice élevé ou exceptionnellement élevé en 2022. Le montant maximum de la prime pouvoir d'achat en dépend également (500 ou 750 euros).

Si la prime pouvoir d'achat est accordée dans une CCT conclue au niveau de l'entreprise, ces notions ne s'appliquent pas et seule une justification des « bons résultats » « pendant la crise » est requise.

Dans certains cas, la prime pouvoir d'achat peut également être accordée par une convention individuelle, à savoir lorsqu'une CCT ne peut être conclue en raison de l'absence de délégation syndicale ou s'il s'agit d'une « catégorie de personnel pour laquelle il n'est pas d'usage de prévoir une telle convention ». Dans ce cas, il n'y a pas de conditions supplémentaires concernant les « bénéfices élevés » ou les « résultats ».

12.2. Il a été demandé au délégué de préciser la relation entre les CCT sectorielles et les CCT d'entreprise dans le contexte précité, et en particulier si une CCT d'entreprise est liée par les définitions de la notion de « bénéfices (exceptionnellement) élevés en 2022 » pour concrétiser la notion de « bons résultats » « pendant la crise ». Le délégué a répondu à cette question en ces termes :

« Wat de verhouding sectorale regeling ten opzichte van de regeling op ondernemingsniveau betreft, moet de hiërarchie der rechtsbronnen worden gerespecteerd (artikel 51 van de cao-wet).

Alles hangt af van de formulering van de hogere norm (hier de sectorale cao) en de interpretatie ervan in combinatie met de bepalingen van het koninklijk besluit over cao's die op ondernemingsvlak worden gesloten (4^e lid van de ontworpen § 5).

Indien de onderneming ressorteert onder een paritair comité waar een cao is gesloten moet in de eerste plaats nagegaan worden of deze onderneming beantwoordt aan de vastgelegde definities van '(uitzonderlijk) hoge winst in 2022'. Indien dat zo is, dan moet ze de sectorale koopkrachtpremie toekennen. Indien het RSZ-plafond (750 EUR) nog niet is bereikt, kan ze daarenboven eventueel een extra koopkrachtpremie toekennen op ondernemingsniveau, op voorwaarde dat ze een cao op ondernemingsvlak sluit en beantwoordt aan haar eigen verantwoording dat ze een onderneming is waar tijdens de crisis goede resultaten zijn behaald.

Wat echter als de onderneming *niet* beantwoordt aan de sectoraal vastgelegde definities?

Gelet op het feit dat de definities van '(uitzonderlijk) hoge winst in 2022' neerkomen op toekenningsvoorwaarden (en bijgevolg dienen beschouwd te worden als vaste normen) kan een onderneming hiervan niet afwijken (vanuit de invalshoek van artikel 51 van de cao-wet) als het zich op het winstcriterium baseert, waar de sectorale cao's zich moeten op baseren. Op ondernemingsniveau heeft men, indien men niet aan de definitie beantwoordt, enkel vrij spel wanneer er sectoraal niets is geregeld (of wanneer de sectorale regeling

suppletief van aard is) en kan men, wanneer er sectoraal wel iets is geregeld, eventueel meer geven (zolang men de sectorale regeling en het plafond respecteert).

Een andere situatie betreft de onderneming die een autonome cao sluit waarin ze verantwoord dat ze goede resultaten heeft. De onderneming kan in dat geval – los van de criteria van de sectorcao – een premie toekennen (met opnieuw als maximum 750, autonoom en los van de sectorcao dus, of in combinatie met de sectorcao indien men aan de definitie van de sectorcao zou beantwoorden) ».

Par ailleurs, le délégué s'est spécifiquement vu soumettre le cas où est conclue, dans une entreprise, par exemple le 1^{er} juin 2023, une CCT accordant une prime pouvoir d'achat de 750 euros, qui est ensuite attribuée le 1^{er} juillet 2023, et où est par la suite conclue au niveau sectoriel, le 1^{er} août 2023, une CCT dont il ressort que cette entreprise ne pouvait pas accorder de prime pouvoir d'achat ou pouvait tout au plus accorder une prime pouvoir d'achat de 500 euros. À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Zoals in [het vorige antwoord] wordt vermeld, moet een ondernemings-cao een sectorale cao respecteren. Of er sprake zal zijn van een strijdigheid tussen beide normen hangt af van de aard (minimum, maximum, vast) van de hogere norm (de sectorale cao) en de concrete formulering en interpretatie ervan.

Zoals hoger aangegeven, kan de onderneming nog steeds autonoom een cao sluiten en een premie toekennen indien men goede resultaten verantwoordt (in de mate dat het maximumbedrag wordt gerespecteerd).

In de praktijk merken we dat de sociale partners in hun (sector)cao's dergelijke situaties ook voorzien en hiervoor een specifieke bepaling opnemen ».

12.3. Il s'agit d'abord de savoir si le régime envisagé, tel qu'il est décrit par le délégué, ressort avec suffisamment de clarté de la disposition en projet. De plus, le régime en projet devra s'inscrire dans la hiérarchie des sources des obligations dans les relations de travail entre employeurs et travailleurs, telle qu'elle résulte de l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 'sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires' ²⁴.

Dans le prolongement de ce qui précède, on notera la problématique similaire relative à la possibilité d'accorder la prime pouvoir d'achat par une convention individuelle. Cette possibilité s'applique notamment s'il s'agit d'une catégorie de personnel qui n'est habituellement pas visée par une telle convention. Selon le délégué, « de toekenning van de koopkrachtpremie op ondernemingsvlak ofwel geregeld door een cao, ofwel door een individuele overeenkomst » et il ne saurait y avoir de situation dans laquelle coexistent des conventions individuelles et une CCT conclue au niveau de l'entreprise. La question est de savoir si tel est également le cas lorsqu'il n'est pas d'usage de conclure une CCT uniquement pour une catégorie déterminée. Sinon, la question

²⁴ Ainsi, on ne peut pas considérer, sans nuances, qu'une CCT sectorielle prévaut toujours sur la CCT conclue au niveau de l'entreprise : lorsqu'une CCT sectorielle concerne une convention collective de travail non rendue obligatoire, conclue au sein d'un organe paritaire, et que l'employeur, bien qu'il n'ait pas signé la convention ou ne soit pas affilié à une organisation ayant signé cette convention, relève de l'organe paritaire dans lequel cette dernière a été conclue, la norme concernée occupera, dans la hiérarchie, une position inférieure à la CCT conclue au niveau de l'entreprise et à la convention individuelle écrite. Toutefois, dès qu'une CCT sectorielle est rendue obligatoire, celle-ci prévaudra sur les autres instruments permettant d'accorder la prime pouvoir d'achat.

supplémentaire se pose de savoir si les mêmes conditions s'appliquent alors dans les deux cas, par exemple en ce qui concerne l'interprétation des notions de « bons résultats » et de « crise ».

12.4. Compte tenu du fait que les types de conventions en question ne prévoient pas seulement l'octroi de la prime pouvoir d'achat, mais peuvent également contenir des restrictions en la matière (par les définitions relatives au « bénéfice élevé en 2022 ») et que cela a à son tour des conséquences sur le traitement de cette prime au niveau fiscal et au niveau des cotisations de sécurité sociale, on veillera à prévenir toute ambiguïté sur ce point.

13. L'article 19quinquies, § 5, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 dispose que la convention collective de travail sectorielle relative à l'octroi de la prime pouvoir d'achat « doit, pour être juridiquement valable, contenir deux définitions basées respectivement sur les bénéfices élevés en 2022 et sur les bénéfices exceptionnellement élevés en 2022 ». Le délégué a confirmé qu'il fallait entendre par là que les CCT concernées doivent contenir les définitions des notions de « bénéfices élevés en 2022 » et de « bénéfices exceptionnellement élevés en 2022 ». Il a toutefois ajouté ce qui suit :

« Maar, als de sectorale cao enkel voorziet in een koopkrachtpremie voor ondernemingen met 'hoge winst in 2022' is het uiteraard niet dienstig en logischerwijze overbodig om een definitie van 'uitzonderlijke winst in 2022' op te nemen ».

Le délégué a également été interrogé sur la portée des mots « pour être juridiquement valable » et sur les conséquences possibles s'il n'est pas satisfait à l'exigence en question. Le délégué a répondu en ces termes :

« Het ontwerp bepaalt dat 'Het voordeel toegekend onder de vorm van een koopkrachtpremie wordt al dan niet als loon beschouwd volgens de voorwaarden en bepalingen van de paragrafen 1 tot en met 3.' »

De gevolgen van een cao die niet is opgesteld in overeenstemming met het Koninklijk besluit betreffende de koopkrachtpremie situeren zich in eerste instantie op het niveau van de bijzondere sociaalrechtelijke en fiscale behandeling van de koopkrachtpremie. Wordt dergelijke premie toegekend in het kader van een cao die niet in overeenstemming is met het KB, dan zal deze premie als gewoon loon worden beschouwd waarop de normale sociale en fiscale bijdragen verschuldigd zijn.

Daarenboven zal een koopkrachtpremie die wordt toegekend in het kader van een cao die niet in overeenstemming is met het KB wel worden meegerekend voor de berekening van de loonkostenontwikkeling (de loonnorm), met als gevolg dat de loonnorm in voorkomend geval niet zal worden gerespecteerd (dit is een feitenkwestie). De sociaal inspecteurs van het Toezicht op de Sociale Wetten zijn bevoegd om dit te controleren (artikel 14/1 van de wet van 26 juli 1996 tot bevordering van de werkgelegenheid en tot preventieve vrijwaring van het concurrentievermogen).

Een werkgever die de loonnorm niet respecteert kan een boete opgelegd krijgen van 250 tot 5.000 euro. De geldboete wordt vermenigvuldigd met het aantal betrokken werknemers, met een maximum van 100 werknemers.

Elke cao dient de hogere wetgeving te respecteren, en kan het onderwerp uitmaken van een eventuele controle, of hij nu wordt voorgelegd voor algemeen verbindend verklaring of niet.

De FOD WASO voert sowieso een marginale wettigheidscontrole uit op elke sectorale cao waarvan de sociale partners vragen dat hij algemeen verbindend wordt verklaard ».

Il semble découler de ces explications que la CCT concernée n'est pas automatiquement illégale. Le fait que, le cas échéant, la prime pouvoir d'achat ne soit pas soumise au régime plus favorable sur le plan des impôts et des cotisations de sécurité sociale résulte déjà de l'article 19*quinquies*, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 et, en ce qui concerne le régime fiscal, des références à la disposition en projet. Les conséquences de l'éventuel conflit avec les normes supérieures dépendront de la norme en question, mais la référence à la validité juridique de la CCT inscrite dans la disposition en projet ne semble rien ajouter à première vue.

Les auteurs du projet seraient bien avisés d'examiner si, au regard des observations précédentes, mieux ne vaudrait pas, par souci de sécurité juridique, adapter la rédaction de l'article 19*quinquies*, § 5, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, et particulièrement son membre de phrase, cité dans ce point (« pour être juridiquement valable, ... »).

14. Par analogie avec le texte néerlandais (« Kan een dergelijke overeenkomst op het niveau van de onderneming niet worden gesloten ... »), on écrira dans le texte français de l'article 19*quinquies*, § 5, alinéa 5, 4°, en projet, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 « Si une telle convention au niveau de l'entreprise ne peut pas être conclue ... ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME