



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 75.635/1
van 13 maart 2024

avis 75.635/1
du 13 mars 2024

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot uitvoering van
artikel 2, § 2, van de wet van
16 november 2015 houdende
diverse bepalingen inzake
sociale zaken voor Vlaamse
Gemeenschap, met betrekking
tot de uitbreiding van het
toepassingsgebied van de
flexi-jobs'

un projet d'arrêté royal
'portant exécution de
l'article 2, § 2, de la loi du
16 novembre 2015 portant des
dispositions diverses en
matière sociale pour la
Communauté flamande, en ce
qui concerne l'extension du
champ d'application des
flexi-jobs'

Op 13 februari 2024 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 ‘tot uitvoering van artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken voor Vlaamse Gemeenschap, met betrekking tot de uitbreiding van het toepassingsgebied van de flexi-jobs’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 7 maart 2024. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Annelies D’ESPALLIER, staatsraden, Michel TISON, assessor, 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 Brecht STEEN, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 maart 2024.

*

Le 13 février 2024, 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 ‘portant exécution de l’article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale pour la Communauté flamande, en ce qui concerne l’extension du champ d’application des flexi-jobs’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 7 mars 2024. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Brecht STEEN et Annelies D’ESPALLIER, conseillers d’État, Michel TISON, assesseur, 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 Brecht STEEN, conseiller d’État.

L’avis, dont le texte suit, a été donné le 13 mars 2024.

*

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 voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot de uitbreiding van het toepassingsgebied van de regeling inzake de flexi-jobs, zoals bepaald in hoofdstuk 2 van de wet van 16 november 2015 ‘houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken’, met ingang van 1 april 2024 (artikel 2 van het ontwerp).

De uitbreiding heeft betrekking op werknemers en werkgevers met als hoofdactiviteit kinderopvang die gevestigd zijn in het Vlaams Gewest of afhangen van de Vlaamse Gemeenschap in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (artikel 1, 1°, van het ontwerp), op het Departement Onderwijs en Vorming van de Vlaamse Gemeenschap (artikel 1, 2°, van het ontwerp), op bepaalde activiteiten binnen het officieel onderwijs ingericht of gesubsidieerd door de Vlaamse Gemeenschap (artikel 1, 3°, van het ontwerp), op bepaalde activiteiten binnen het vrij onderwijs gesubsidieerd door de Vlaamse Gemeenschap (artikel 1, 4°, van het ontwerp) alsook op bepaalde werknemers en werkgevers uit de publiekrechtelijke sport- en cultuursector die gevestigd zijn in het Vlaams Gewest of afhangen van de Vlaamse Gemeenschap in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (artikel 1, 5°, van het ontwerp).

3.1. Het ontwerp vindt in beginsel rechtsgrond in artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015, onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt opgemerkt.

3.2.1. Voor de uitbreiding van het toepassingsgebied van de flexi-jobs tot “het Departement Onderwijs en Vorming van de Vlaamse Gemeenschap” (artikel 1, 2°, van het ontwerp) is geen rechtsgrond voorhanden. Overeenkomstig artikel 2, § 2, eerste lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 kan het toepassingsgebied van de flexi-jobreglementering weliswaar worden uitgebreid met “het officieel onderwijs en het gesubsidieerd personeel van het door de gemeenschap gesubsidieerd vrij onderwijs”. Maar “het Departement Onderwijs en Vorming van de Vlaamse Gemeenschap” kan onder geen beding worden beschouwd als een vorm van officieel onderwijs of als een vorm van door de gemeenschap gesubsidieerd vrij onderwijs in de zin van artikel 2, § 2, eerste lid, 2°, van de wet van 16 november 2015.

Artikel 1, 2°, moet derhalve uit het ontwerp worden weggelaten.

3.2.2. Er is evenmin rechtsgrond voorhanden voor artikel 1, 1°, van het ontwerp, in zoverre die bepaling stelt dat “het jaarlijks toegelaten totaal arbeidsvolume aan flexi-jobtewerkstelling bij de werkgever wordt (...) beperkt tot maximaal 20 procent van het totaal arbeidsvolume van alle werknemers gepresteerd bij die werkgever”. Weliswaar volgt uit de inleidende zin van artikel 2, § 2, tweede lid, van de wet van 16 november 2015, dat de toelating door de Koning van de toepassing op werknemers en werkgevers met als hoofdactiviteit kinderopvang “gedeeltelijk” kan

zijn, maar uit artikel 2, § 4, 1^o,¹ van de wet van 16 november 2015, meer bepaald uit de bewoordingen “de afbakening van de bedrijfstakken”, blijkt dat de wetgever met gedeeltelijk toelaten, doelde op het afbakenen van bedrijfstakken en niet op het gedeeltelijk toepassen van flexi-jobs op grond van het arbeidsvolume per werkgever of enig ander criterium² binnen een welbepaalde, afgebakende bedrijfstak.

De laatste zin van artikel 1, 1^o, van het ontwerp kan derhalve geen doorgang vinden.

3.3. Luidens artikel 2, § 4, 3^o, van de wet van 16 november 2015 groepeerde het koninklijk besluit tot toelating of uitsluiting van bepaalde bedrijfstakken “alle toelatingen en uitsluitingen die het volgende kalenderjaar³ in werking treden”. Rekening houdend met de in artikel 193 van de programmawet van 22 december 2023 vervatte overgangsregeling, op grond waarvan voor “het jaar 2024 (...) een gehele of gedeeltelijke toelating (of uitsluiting) van sectoren mogelijk [is] op kwartaalbasis”, geldt die bepaling eveneens ten aanzien van de toelatingen en uitsluitingen die in een volgende kwartaal van 2024 in werking treden en derhalve ook voor het voorliggende ontwerp.

Gelijktijdig met de voorliggende adviesaanvraag is aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot uitvoering van artikel 2, § 1, van de wet van 16 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken, met betrekking tot het toepassingsgebied van de flexi-jobs’ voorgelegd.⁴ Dit ontwerp voorziet in de uitsluiting van de toepassing van flexi-jobs in enkele bedrijfstakken. Opdat beide regelingen doorgang zouden kunnen vinden in het licht van artikel 2, § 4, 3^o, van de wet van 16 november 2015 is bijgevolg vereist dat zij in één koninklijk besluit worden gegroepeerd.

3.4. Artikel 193 van de programmawet van 22 december 2023, dat wordt vermeld in het tweede lid van de aanhef, bevat slechts een overgangsbepaling en biedt geen rechtsgrond voor het ontwerp.

¹ De voorwaarden bepaald in artikel 2, § 4, van de wet van 16 november 2015 gelden zowel voor toelatingen en uitsluitingen op basis van artikel 2, § 1, vijfde tot achtste lid, als op basis van artikel 2, § 2. In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat heeft geleid tot de programmawet van 22 december 2023 valt te lezen dat de “vierde paragraaf (...) de gemeenschappelijke voorwaarden [bepaalt] waaraan een toelating of uitsluiting van bedrijfstakken steeds dient te voldoen” (*Parl.St.* Kamer 2023-24, nr. 55-3697/1, 144).

² Voor zover artikel 2, § 4, 1^o, d) van de wet van 16 november 2015 toch mogelijk zou maken dat andere criteria worden gebruikt om een bedrijfstak gedeeltelijk toe te laten, *quod non*, lijkt hoe dan ook niet aan de voorwaarde te zijn voldaan dat het gaat om andere criteria “die in onderling akkoord afgesproken worden met de Rijksdienst voor sociale zekerheid”, aangezien in de brief van de administrateur-generaal van de Rijksdienst voor sociale zekerheid van 30 januari 2024 over het ontwerp, die deel uitmaakt van de aan de Raad van State bezorgde stukken van het wetgevingsdossier, wordt opgemerkt “dat het voor de sector van de kinderopvang niet duidelijk is hoe de sanctionering van de 20%-regel in de praktijk zal moeten gebeuren”.

³ Artikel 2, § 4, 2^o, van de wet van 16 november 2015 stelt dat het “koninklijk besluit (...) de datum van inwerkingtreding van de toelating (...) telkens op 1 januari van het volgende kalenderjaar [bepaalt]”.

⁴ Adviesaanvraag 75.636/1 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot uitvoering van artikel 2, § 1, van de wet van 16 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken, met betrekking tot het toepassingsgebied van de flexi-jobs’.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

4.1. Uit artikel 2, § 2, tweede lid, van de wet van 16 november 2015 volgt dat het voor advies voorgelegde ontwerp moet worden voorafgegaan door een vraag van de betrokken gefedereerde entiteit, in dit geval de Vlaamse Gemeenschap. Die vraag wordt enkel in overweging genomen door de federale overheid op voorwaarde dat de vraag voorafgaandelijk overlegd werd in het Overlegcomité en enkel betrekking heeft op de delen van de bedrijfstakken “waarover de gefedereerde entiteit aantoont dat het gaat om diensten die door of namens de overheid worden uitgevoerd in het kader van haar publieke taak (diensten algemeen belang) of wat kinderopvang betreft, de inrichtingen en diensten die door de Vlaamse Gemeenschap of de Vlaamse Gemeenschapscommissie worden erkend en/of gesubsidieerd”.

4.2. Hieromtrent ondervraagd bezorgde de gemachtigde een nota van de Vlaamse Regering aan het Overlegcomité van 17 november 2023, die blijkens de aanhef op 22 november 2023 op het Overlegcomité is besproken.

Die nota bevat echter geen uitdrukkelijke argumentatie zoals bedoeld in artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015, waarin wordt aangetoond dat de bedrijfstakken waartoe de flexi-jobs worden uitgebreid diensten zijn die door of namens de overheid worden uitgevoerd in het kader van haar publieke taak (diensten algemeen belang) of wat kinderopvang betreft, beschouwd moeten worden als inrichtingen en diensten die door de Vlaamse Gemeenschap of de Vlaamse Gemeenschapscommissie worden erkend en/of gesubsidieerd.

In de nota wordt bovendien geen gewag gemaakt van een uitbreiding van het toepassingsgebied van de flexi-jobs tot “het Departement Onderwijs en Vorming van de Vlaamse Gemeenschap”. Daargelaten de vraag of er voldoende rechtsgrond is voor deze uitbreiding (zie hoger opmerking 3.2.1) dient, wat die “bedrijfstak” betreft, in elk geval het vormvoorschrift nog te moeten worden vervuld.

Om deze redenen lijkt de nota aan het Overlegcomité van de Vlaamse Regering dan ook bezwaarlijk te kunnen worden beschouwd als een vraag die voldoet aan alle in artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 gestelde eisen.

Teneinde zich ervan te vergewissen dat terdege is voldaan aan dit vormvoorschrift, strekt het tot aanbeveling de Vlaamse Regering uit te nodigen om opnieuw een dergelijke vraag te formuleren, die voldoet aan alle door de wetgever gestelde vereisten.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. In advies 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023 heeft de afdeling Wetgeving met betrekking tot de wijzigingen aan artikel 2 van de wet van 16 november 2015 onder meer het volgende opgemerkt:⁵

⁵ Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de programmawet van 22 december 2023, opm. 1.1.1 en 1.1.2 bij art. 204 (*Parl.St.* Kamer 2023-24, nr. 3697/1).

“1.1.1. Artikel 204 van het voorontwerp wijzigt op ingrijpende wijze artikel 2 van de voornoemde wet van 16 november 2015 en strekt tot uitbreiding van de sectoren en activiteiten waarin tewerkstelling met flexi-jobs mogelijk is.

Zoals de afdeling Wetgeving in het verleden, bij zowel de invoering als de uitbreiding van het stelsel van flexi-jobs, reeds heeft opgemerkt moet een dergelijke uitbreiding tot welbepaalde sectoren en activiteiten verenigbaar zijn met de grondwettelijke regels inzake gelijkheid en niet-discriminatie. Zoals bekend sluiten die grondwettelijke regels niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁶

1.1.2. In de memorie van toelichting wordt ter zake het volgende opgemerkt:

‘Flexi-jobs bieden in het bijzonder een antwoord op de nood aan flexibele arbeidskrachten op piekmomenten en het verlagen van de loonlast voor deze flexibele krachten. De gekozen sectoren zijn de sectoren die omwille van hun activiteit vaak met fluctuerende pieken geconfronteerd worden en dus effectief nood hebben om bepaalde piekmomenten met flexibele arbeidskrachten op te vangen. Voor deze sectoren wordt dit deels verklaard door het seizoens- en weersgebonden karakter van de activiteiten waardoor er effectief nood is aan flexibel inzetbaar personeel.’

Ondervraagd omtrent de afbakening van de bijkomende sectoren en activiteiten verklaarde de gemachtigde het volgende:

‘De sectoren werden gekozen omwille van hun activiteiten die worden gekenmerkt door fluctuerende pieken waardoor er nood is om piekmomenten op te vangen met flexibele arbeidskrachten. Deels kan dit worden verklaard door het seizoens- en weersgebonden karakter van de activiteiten waardoor er effectief nood is aan flexibel inzetbaar personeel. Voor een andere deel kan dit worden verklaard door krapte op de arbeidsmarkt.’

De Raad van State beschikt niet over de nodige feitelijke gegevens om de pertinentie van deze verantwoording te beoordelen en om na te gaan of die verantwoording concreet kan worden betrokken op elke sector waarop de uitbreiding van het toepassingsgebied betrekking heeft en omgekeerd of die verantwoording ook niet opgaat voor sectoren waarop de uitbreiding van het toepassingsgebied geen betrekking heeft. Bovendien moet worden opgemerkt dat de nood aan flexibele arbeidskrachten op piekmomenten op zichzelf wel kan verantwoorden dat in de betrokken sectoren specifieke tewerkstellingsmaatregelen worden genomen, maar dat die nood nog niet noodzakelijk een voldoende verantwoording biedt voor de bijzondere regeling op arbeidsrechtelijk vlak en op het vlak van socialezekerheidsbijdragen (en ook op fiscaal vlak) waarmee de tewerkstelling via flexi-jobs gepaard gaat.

⁶ Voetnoot uit het geciteerde advies: Adv.RvS 57.517/1 van 12 juni 2015 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 16 november 2015 ‘houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken’, opm. 13.3 (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 1297/1); adv.RvS 62.219/1-3-4 van 11 oktober 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de programmawet van 25 december 2017, titel 2, hoofdstuk 3, opm. 3 (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2746/1); adv.RvS 72.474/1-2-3-4 van 10 november 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de programmawet van 26 december 2022, algemene opmerking bij titel 8, hoofdstuk 3 (*Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 3015/1).

Voor zover de afbakening van het toepassingsgebied mede wordt verantwoord door omstandigheden die aan verandering onderhevig zijn, zoals met name krapte op de arbeidsmarkt, zal de wetgever ook na verloop van tijd moeten beoordelen of het ingevoerde onderscheid nog te rechtvaardigen valt in het licht van het gelijkheidsbeginsel.⁷

Over de machtiging aan de Koning om het toepassingsgebied van de flexi-jobreglementering uit te breiden met bepaalde bedrijfstakken of bepaalde bedrijfstakken ervan uit te sluiten, heeft de afdeling Wetgeving in hetzelfde advies het volgende opgemerkt:⁸

“Wanneer de wetgever een machtiging verleent, dient inderdaad te worden aangenomen – behoudens aanwijzingen in de tegenovergestelde zin – dat hij de gemachtigde enkel de bevoegdheid verleent om die machtiging aan te wenden in overeenstemming met de Grondwet⁹ en dus met het gelijkheidsbeginsel. De Koning zal er bij het aanwenden van de hem verleende machtiging derhalve moeten over waken dat hij het gelijkheidsbeginsel respecteert. Het feit dat de sociale partners in een bepaalde sector overeenstemming hebben bereikt over het uitbreiden of beperken van het toepassingsgebied is op zichzelf evenwel onvoldoende opdat het gelijkheidsbeginsel wordt geëerbiedigd.

(...)

Eenzelfde bedenking geldt overigens ook ten aanzien van het bij artikel 204, h), ontworpen artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015, in de mate dat de Koning zonder inhoudelijke criteria het toepassingsgebied ten aanzien van de door een gefedereerde entiteit voorgestelde sector geheel of gedeeltelijk kan uitbreiden of terug beperken.”

5.2. Specifiek wat de zogenaamde asymmetrische uitoefening van federale bevoegdheden betreft, heeft de afdeling Wetgeving in datzelfde advies bevestigd “dat een regeling waarbij gedifferentieerd wordt op het grondgebied en rekening wordt gehouden met de bevoegdheidsuitoefening in bepaalde deeltentiteiten niet bij voorbaat te verwerpen is, als de bevoegde overheid geconfronteerd wordt met een mogelijke uiteenlopende beleidsvoering van de betrokken deeltentiteiten en op voorwaarde dat een dergelijke differentiëring, en het onderscheid dat op grond daarvan wordt gecreëerd, kan worden verantwoord vanuit de beginselen van de gelijkheid en de niet-discriminatie”.¹⁰ Een dergelijke verantwoording moet zowel voorhanden zijn voor wat de in de wet zelf vastgestelde verschillen in behandeling betreft, als voor een concrete uitbreiding door de Koning, met name wanneer gedeeltelijk toepassing wordt gemaakt van de in artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015 voorziene mogelijkheid.¹¹ De afdeling Wetgeving heeft in die context onder meer overwogen dat het “loutere gegeven dat een deeltentiteit heeft verzocht om de tewerkstelling via flexi-jobs mogelijk te maken in een bepaalde sector of voor een

⁷ Voetnoot uit het geciteerde advies: Adv.RvS 67.774/1/V van 5 augustus 2020, over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 4 september 2020 ‘tot wijziging van de regelgeving betreffende de geldelijke en sociale anciënniteit van sommige personeelsleden in het onderwijs’, opm. 4.4.3.2, met verwijzing naar GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, B.7.4. Zie ook GwH 21 januari 1998, nr. 8/1997, B.7.

⁸ Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023, opm. 1.2.2 bij artikel 204.

⁹ Voetnoot uit het geciteerde advies: Zie o.m. GwH 20 oktober 2016, nr. 137/2016, B.8.2.

¹⁰ Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023, opm. 1.2.3.2 bij artikel 204.

¹¹ Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023, opm. 1.2.3.3 bij artikel 204 en voetnoot 109.

bepaalde activiteit (...) op zichzelf geen afdoende verantwoording [biedt] om die regeling enkel tot het grondgebied van die deelentiteit uit te breiden”.¹²

5.3. Behalve het gegeven dat in de nota van de Vlaamse Regering aan het Overlegcomité van 17 november 2023 gewag wordt gemaakt van het lerarentekort en een krapte op de arbeidsmarkt die zich “ook in de kinderopvang” laat voelen, bevatten de bij de adviesaanvraag gevoegde documenten geen elementen omtrent de concrete verantwoording van de beoogde uitbreidingen en in het bijzonder niet waarom de uitbreiding tot het onderwijs en de sport- en cultuursector beperkt wordt tot de Vlaamse Gemeenschap. Het staat aan de adviesaanvrager erover te waken dat de verschillen in behandeling die volgen uit de ontworpen regeling, afdoende kunnen worden verantwoord in het licht van de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie. De afdeling Wetgeving maakt op dat punt dan ook een voorbehoud.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

De aanhef

6. Gelet op wat hierboven onder randnummer 3.4 werd opgemerkt, dient het tweede lid uit de aanhef te worden weggelaten. Indien de stellers van het ontwerp de mening zouden zijn toegedaan dat een verwijzing naar de betrokken wetsbepaling in de aanhef van het ontwerp nuttig is voor een goed begrip van de ontworpen regeling, kan in voorkomend geval de vermelding van die wetsbepaling worden opgenomen in de vorm van een considerans (“Overwegende ...”) die in de aanhef dient te volgen op de vermelding van de voorgeschreven vormvereisten.

Artikel 1

7. Afgezien van hetgeen hiervoor werd opgemerkt bij de bespreking van de rechtsgrond (opmerking 3.2.2), rijst de vraag hoe de in artikel 1, 1°, van het ontwerp voorziene beperking inzake het arbeidsvolume op rechtszekere wijze toepassing kan vinden. Het zal voor de betrokken werknemer, die een raamovereenkomst voor de uitoefening van een flexi-job sluit met de werkgever, immers niet mogelijk zijn om zich ervan te vergewissen of een concrete arbeidsprestatie die hij verricht zich onder of boven de grens bevindt van 20% van het totale arbeidsvolume dat alle werknemers bij die werkgever presteren. Indien die grens overschreden is, valt de prestatie buiten het kader van hoofdstuk 2 van de wet van 16 november 2015, hetgeen diverse gevolgen heeft, ook op fiscaal vlak en op het vlak van socialezekerheidsbijdragen. Aangezien de beperking “jaarlijks” geldt, kan die grens bovendien ook worden overschreden wanneer de betrokken werknemer geen prestaties in het kader van een flexi-jobarbeidsovereenkomst meer verricht voor de werkgever, met name wanneer na het beëindigen van de prestaties in hetzelfde kalenderjaar de 20%-grens alsnog wordt overschreden als gevolg van de tewerkstelling van andere flexi-jobwerknemers. Een individuele flexi-jobwerknemer heeft van die elementen mogelijk geen weet en heeft er al zeker geen vat op.

¹² Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023, opm. 1.2.3.3 bij artikel 204.

Ook los van de eerder geschetste rechtsgrondproblematiek, wordt deze bepaling best aan een grondig bijkomend onderzoek onderworpen.

8. Aangezien de activiteiten binnen de betrokken bedrijfstakken beschouwd moeten worden als gemeenschapsaangelegenheden, schrijve men in artikel 1, 1° en 5°, van het ontwerp telkens “in het Nederlands taalgebied” en “op het grondgebied van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad” in plaats van “in het Vlaams Gewest” en “in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest”.

*

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'étendre le champ d'application de la réglementation relative aux flexi-jobs, telle qu'elle est définie dans le chapitre 2 de la loi du 16 novembre 2015 'portant des dispositions diverses en matière sociale', avec effet au 1^{er} avril 2024 (article 2 du projet).

L'extension concerne les travailleurs et employeurs dont l'activité principale est la garde d'enfants et qui sont situés en Région flamande ou dépendent de la Communauté flamande dans la Région de Bruxelles-Capitale (article 1^{er}, 1^o, du projet), le « Departement Onderwijs en Vorming » de la Communauté flamande (article 1^{er}, 2^o, du projet), certaines activités dans l'enseignement officiel organisé ou subventionné par la Communauté flamande (article 1^{er}, 3^o, du projet), certaines activités dans l'enseignement libre subventionné par la Communauté flamande (article 1^{er}, 4^o, du projet) ainsi que certains travailleurs et employeurs du secteur public du sport et de la culture qui sont situés en Région flamande ou dépendent de la Communauté flamande dans la Région de Bruxelles-Capitale (article 1^{er}, 5^o, du projet).

3.1. Le projet trouve en principe un fondement juridique dans l'article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015, sous réserve des observations formulées ci-après.

3.2.1. L'extension du champ d'application des flexi-jobs au « 'Departement Onderwijs en Vorming' de la Communauté flamande » (article 1^{er}, 2^o, du projet) est dépourvue de fondement juridique. Conformément à l'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 16 novembre 2015, le champ d'application de la réglementation relative aux flexi-jobs peut certes être étendu à « l'enseignement officiel et [aux] membres du personnel subventionné occupés par les établissements d'enseignement libre subventionnés par la communauté ». Mais le « 'Departement Onderwijs en Vorming' de la Communauté flamande » ne peut en aucun cas être considéré comme une forme d'enseignement officiel ou comme une forme d'enseignement libre subventionné par la communauté au sens de l'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 16 novembre 2015.

L'article 1^{er}, 2^o, sera dès lors distrait du projet.

3.2.2. Il n'existe pas non plus de fondement juridique pour l'article 1^{er}, 1^o, du projet, dans la mesure où cette disposition précise que « le volume total annuel d'emploi flexi-job autorisé auprès de l'employeur est limité à un maximum de 20 pour cent du volume d'emploi total presté par l'ensemble des travailleurs de cet employeur ». Il résulte certes de la phrase introductive de l'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 16 novembre 2015 que l'autorisation accordée par le Roi aux travailleurs et employeurs dont l'activité principale est la garde d'enfants peut être « partielle »,

mais il se déduit de l'article 2, § 4, 1^o, de la loi du 16 novembre 2015, plus précisément des termes « la délimitation des branches d'activités », que par l'autorisation partielle, le législateur visait la délimitation des branches d'activités et non l'application partielle des flexi-jobs sur la base du volume d'emploi par employeur ou de tout autre critère ² dans le cadre d'une branche d'activités précise, bien délimitée.

La dernière phrase de l'article 1^{er}, 1^o, du projet ne saurait dès lors se concrétiser.

3.3. Selon l'article 2, § 4, 3^o, de la loi du 16 novembre 2015, l'arrêté royal autorisant ou excluant certaines branches d'activités regroupe « plusieurs autorisations et exclusions qui entrent en vigueur l'année civile suivante ³ ». Compte tenu du régime transitoire prévu à l'article 193 de la loi-programme du 22 décembre 2023, en vertu duquel « [e]n 2024, une autorisation (ou exclusion) totale ou partielle des secteurs est possible sur base trimestrielle », cette disposition est également applicable aux autorisations et exclusions qui entreront en vigueur au cours d'un trimestre suivant de 2024 et, par voie de conséquence, également au projet à l'examen.

Un projet d'arrêté royal 'portant exécution de l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, en ce qui concerne le champ d'application des flexi-jobs' a été soumis à la section de législation du Conseil d'État en même temps que la demande d'avis à l'examen ⁴. Ce projet prévoit l'exclusion de l'application des flexi-jobs dans quelques branches d'activités. Dès lors, pour que les deux dispositifs puissent se concrétiser au regard de l'article 2, § 4, 3^o, de la loi du 16 novembre 2015, il est requis de les regrouper dans un seul arrêté royal.

3.4. L'article 193 de la loi-programme du 22 décembre 2023, mentionné au deuxième alinéa du préambule, ne contient qu'une disposition transitoire et ne procure pas de fondement juridique au projet.

¹ Les conditions fixées à l'article 2, § 4, de la loi du 16 novembre 2015 sont applicables aux autorisations et exclusions tant sur la base de l'article 2, § 1^{er}, alinéas 5 à 8, que sur la base de l'article 2, § 2. L'exposé des motifs du projet devenu la loi-programme du 22 décembre 2023 précise que le « quatrième paragraphe reprend les conditions communes auxquelles une exclusion ou une autorisation de branches d'activité doit toujours répondre » (*Doc. parl.*, Chambre, 2023-24, n° 55-3697/1, p. 144).

² Dans la mesure où l'article 2, § 4, 1^o, d) de la loi du 16 novembre 2015 permettrait quand même l'utilisation d'autres critères pour autoriser partiellement une branche d'activités, *quod non*, il ne semble de toute façon pas que la condition qu'il s'agisse d'autres critères « convenus d'un commun accord avec l'Office national de sécurité sociale » soit remplie, dès lors qu'il est observé dans la lettre de l'administrateur général de l'Office national de Sécurité sociale du 30 janvier 2024 sur le projet, qui fait partie des pièces du dossier de législation transmis au Conseil d'État, « dat het voor de sector van de kinderopvang niet duidelijk is hoe de sanctionering van de 20%-regel in de praktijk zal moeten gebeuren ».

³ L'article 2, § 4, 2^o, de la loi du 16 novembre 2015 dispose qu'« un arrêté royal fixe la date d'entrée en vigueur de [...] l'autorisation [...] le 1^{er} janvier de l'année civile suivante ».

⁴ Demande d'avis 75.636/1 sur un projet d'arrêté royal 'portant exécution de l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, en ce qui concerne le champ d'application des flexi-jobs'.

FORMALITÉS PRÉALABLES

4.1. Il se déduit de l'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 16 novembre 2015 que le projet soumis pour avis doit être précédé d'une demande de l'entité fédérée concernée, en l'occurrence la Communauté flamande. Cette demande n'est prise en considération par le gouvernement fédéral qu'à la condition que la demande ait été concertée au préalable au sein du Comité de concertation et ne concerne que la partie du secteur « sur laquelle l'entité fédérée démontre qu'il s'agit de services exécutés par ou au nom du gouvernement dans le cadre de sa mission publique (services d'intérêt général), ou en ce qui concerne la garde d'enfants, les établissements et les services agréés et/ou subventionnés par la Communauté flamande ou la Commission communautaire flamande ».

4.2. Interrogé à ce sujet, le délégué a transmis une note du Gouvernement flamand du 17 novembre 2023 adressée au Comité de concertation qui, selon le préambule, a été examinée au sein de ce Comité le 22 novembre 2023.

Cette note ne contient toutefois pas d'argumentation expresse au sens de l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 novembre 2015, démontrant que les branches d'activités auxquelles les flexi-jobs sont étendus sont des services exécutés par ou au nom du gouvernement dans le cadre de sa mission publique (services d'intérêt général), ou en ce qui concerne la garde d'enfants, qu'elles doivent être considérées comme des établissements et services agréés et/ou subventionnés par la Communauté flamande ou la Commission communautaire flamande.

En outre, la note ne fait pas mention d'une extension du champ d'application des flexi-jobs au « 'Departement Onderwijs en Vorming' de la Communauté flamande ». Abstraction faite de la question de savoir s'il existe un fondement juridique suffisant pour cette extension (voir ci-dessus, l'observation 3.2.1), la formalité doit en tout cas encore être accomplie en ce qui concerne cette « branche d'activités ».

Pour ces motifs, la note au Comité de concertation du Gouvernement flamand peut dès lors difficilement être considérée comme une demande satisfaisant à toutes les conditions fixées à l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 novembre 2015.

Afin de s'assurer que cette formalité a dûment été accomplie, il est recommandé d'inviter le Gouvernement flamand à formuler à nouveau une telle demande, qui satisfait à toutes les exigences imposées par le législateur.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5.1. Dans l'avis 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023, la section de législation a notamment formulé les observations suivantes concernant les modifications de l'article 2 de la loi du 16 novembre 2015 : ⁵

⁵ Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023 sur un avant-projet devenu la loi-programme du 22 décembre 2023, obs. 1.1.1 et 1.1.2 concernant l'art. 204 (*Doc. parl.*, Chambre, 2023-24, n° 3697/1).

« 1.1.1. L'article 204 de l'avant-projet modifie de manière radicale l'article 2 de la loi précitée du 16 novembre 2015 et vise à étendre les secteurs et les activités où l'emploi par flexi-jobs est possible.

Comme l'a déjà relevé par le passé la section de législation, lors de l'introduction et de l'extension du système des flexi-jobs, une telle extension à des secteurs et des activités bien déterminés doit pouvoir se concilier avec les règles constitutionnelles en matière d'égalité et de non-discrimination. Nul n'ignore que ces règles constitutionnelles n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier compte tenu du but et des effets de la mesure ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ⁶.

1.1.2. À cet égard, l'exposé des motifs indique ce qui suit :

‘En particulier, les flexi-jobs répondent au besoin de travailleurs flexibles aux moments de pointe et réduisent la charge salariale de ces travailleurs flexibles. Les secteurs choisis sont ceux qui, en raison de leur activité, sont souvent confrontés à des pics fluctuants et doivent donc effectivement couvrir certains moments de pointe avec des travailleurs flexibles. Pour ces secteurs, cela s'explique en partie par la nature saisonnière et météorologique des activités, qui crée effectivement un besoin de travailleurs flexible’.

Interrogé au sujet de la délimitation des secteurs et activités complémentaires, le délégué a déclaré ce qui suit :

‘De sectoren werden gekozen omwille van hun activiteiten die worden gekenmerkt door fluctuerende pieken waardoor er nood is om piekmomenten op te vangen met flexibele arbeidskrachten. Deels kan dit worden verklaard door het seizoens- en weersgebonden karakter van de activiteiten waardoor er effectief nood is aan flexibel inzetbaar personeel. Voor een andere deel kan dit worden verklaard door krapte op de arbeidsmarkt’.

Le Conseil d'État ne dispose pas des éléments de fait nécessaires lui permettant de juger la pertinence de cette justification et de vérifier si cette dernière peut concrètement s'appliquer à chacun des secteurs auxquels le champ d'application a été étendu et, à l'inverse, si elle ne vaut pas aussi pour des secteurs non concernés par l'extension du champ d'application. En outre, il faut observer que les besoins en main d'œuvre flexible à des moments de pointe peuvent en soi justifier que des mesures spécifiques d'aide à l'emploi soient prises dans les secteurs concernés, mais que ces besoins ne constituent pas nécessairement une justification suffisante pour le régime spécial en matière de droit du travail et de cotisations de sécurité sociale (ainsi que sur le plan fiscal), dont est assorti l'emploi via flexi-jobs.

Dans la mesure où la délimitation du champ d'application se justifie notamment par des circonstances susceptibles de changer, telles que notamment la pénurie de main

⁶ Note de bas de page de l'avis cité : Avis C.E. 57.517/1 du 12 juin 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 16 novembre 2015 ‘portant des dispositions diverses en matière sociale’, obs. 13.3 (*Doc. parl.* Chambre 2014-15, n° 1297/1) ; avis C.E. 62.219/1-3-4 du 11 octobre 2017 sur un avant-projet devenu la loi-programme du 25 décembre 2017, titre 2, chapitre 3, obs. 3 (*Doc. parl.* Chambre 2017-18, n° 2746/1) ; avis C.E. 72.474/1-2-3-4 du 10 novembre 2022 sur un avant-projet devenu la loi-programme du 26 décembre 2022, observation générale relative au titre 8, chapitre 3 (*Doc. parl.* Chambre 2022-23, n° 3015/1).

d'œuvre, le législateur devra aussi apprécier après un certain temps si la distinction instaurée peut encore être justifiée au regard du principe d'égalité ⁷ ».

En ce qui concerne l'habilitation au Roi lui permettant d'étendre le champ d'application de la réglementation relative aux flexi-jobs à certaines branches d'activités ou d'en exclure certaines branches d'activités, la section de législation a observé ce qui suit dans le même avis : ⁸

« Lorsque le législateur délègue, il faut en effet supposer, sauf indications contraires, qu'il entend exclusivement habilitier le délégué à faire de son pouvoir un usage conforme à la Constitution ⁹ et partant au principe d'égalité. Lorsqu'il fera usage de l'habilitation qui lui est conférée, le Roi devra donc veiller à respecter le principe d'égalité. Le fait que les partenaires sociaux d'un secteur déterminé sont parvenus à se mettre d'accord sur l'extension ou la restriction du champ d'application n'est en soi toutefois pas suffisant pour que soit respecté le principe d'égalité.

(...)

La même considération vaut d'ailleurs aussi pour l'article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015, en projet dans l'article 204, h), dans la mesure où le Roi peut, sans critères de fond, étendre ou restreindre à nouveau le champ d'application en tout ou en partie pour le secteur proposé par une entité fédérée ».

5.2. En ce qui concerne spécifiquement ce que l'on appelle communément l'exercice asymétrique des compétences fédérales, la section de législation a confirmé dans le même avis « qu'un dispositif instituant une différenciation fondée sur le territoire et tenant compte de l'exercice de compétences dans certaines entités fédérées, ne doit pas être rejeté a priori, si l'autorité compétente est confrontée à des politiques éventuellement différentes menées par les entités fédérées concernées et à condition qu'une telle différenciation, et la distinction créée sur la base de celle-ci, puissent être justifiées au regard des principes d'égalité et de non-discrimination » ¹⁰. Pareille justification doit exister tant en ce qui concerne les différences de traitement constatées dans la loi elle-même que pour une extension concrète par le Roi, notamment lorsque la possibilité prévue à l'article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015 ¹¹ est partiellement appliquée. La section de législation a notamment considéré dans ce contexte que le « simple fait qu'une entité fédérée a demandé de permettre l'emploi via flexi-jobs dans un secteur déterminé ou pour une activité déterminée ne constitue pas en soi une justification suffisante pour étendre ce régime au seul territoire de cette entité fédérée » ¹².

5.3. Outre le fait que la note du Gouvernement flamand du 17 novembre 2023 adressée au Comité de concertation fasse mention de la pénurie d'enseignants et d'une pénurie de main

⁷ Note de bas de page de l'avis cité : Avis C.E. 67.774/1/V du 5 août 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 4 septembre 2020 'modifiant la réglementation sur l'ancienneté pécuniaire et sociale de certains membres du personnel de l'enseignement', obs. 4.4.3.2, avec référence à la C.C. 10 juillet 2014, n° 103/2014, B.7.4. Voir aussi C.C. 21 janvier 1998, n° 8/1997, B.7.

⁸ Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023, obs. 1.2.2 concernant l'article 204.

⁹ Note de bas de page de l'avis cité : Voir notamment C.C., 20 octobre 2016, n° 137/2016, B.8.2.

¹⁰ Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023, obs. 1.2.3.2 concernant l'article 204.

¹¹ Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023, obs. 1.2.3.3 concernant l'article 204 et note de bas de page 109.

¹² Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 van 10 novembre 2023, obs. 1.2.3.3 concernant l'article 204.

d'œuvre qui se ressent également dans le secteur de la garde d'enfants, les documents joints à la demande d'avis ne contiennent pas d'éléments concernant la justification concrète des extensions envisagées et n'expliquent en particulier pas pourquoi l'extension à l'enseignement et au secteur du sport et de la culture est limitée à la Communauté flamande. Il appartient au demandeur d'avis de veiller à ce que les différences de traitement résultant du dispositif en projet puissent être adéquatement justifiées au regard des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination. La section de législation émet dès lors une réserve à cet égard.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

6. Compte tenu des observations formulées ci-dessus au point 3.4, le deuxième alinéa du préambule sera omis. Si les auteurs du projet estiment qu'une référence à la disposition législative concernée faite dans le préambule du projet est utile à une bonne compréhension du régime en projet, cette disposition peut, le cas échéant, être mentionnée sous la forme d'un considérant (« Considérant que ... ») qui devra suivre, dans le préambule, la mention des formalités prescrites.

Article 1^{er}

7. Abstraction faite des observations formulées ci-dessus lors de l'examen du fondement juridique (observation 3.2.2), la question se pose de savoir comment la limitation concernant le volume d'emploi, prévue à l'article 1^{er}, 1^o, du projet, peut s'appliquer d'une manière juridiquement sûre. En effet, il ne sera pas possible pour le travailleur concerné, qui conclut avec l'employeur un contrat-cadre pour exercer un flexi-job, de s'assurer qu'une prestation de travail concrète qu'il accomplit se situe en dessous ou au-dessus de la limite de 20% du volume d'emploi total presté par l'ensemble des travailleurs de cet employeur. En cas de dépassement de cette limite, la prestation sort du cadre du chapitre 2 de la loi du 16 novembre 2015, impliquant ainsi diverses conséquences, également sur le plan fiscal et du point de vue des cotisations de sécurité sociale. Dès lors que la limitation est applicable « annuellement », cette limite peut en outre être également dépassée lorsque le travailleur concerné n'effectue plus de prestations pour l'employeur dans le cadre d'un contrat de travail flexi-job, notamment si au terme des prestations la limite de 20% est encore dépassée au cours de la même année civile consécutivement à l'occupation d'autres travailleurs exerçant un flexi-job. Il se peut qu'un travailleur individuel exerçant un flexi-job n'ait pas connaissance de ces éléments et, à plus forte raison, il n'a aucune prise sur eux.

Indépendamment de la problématique du fondement juridique évoquée ci-dessus, il serait préférable de soumettre cette disposition à un examen complémentaire approfondi.

8. Les activités exercées dans les branches d'activités concernées devant être considérées comme des matières communautaires, on écrira chaque fois à l'article 1^{er}, 1° et 5°, du projet « dans la région de langue néerlandaise » et « sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale » au lieu de « en Région flamande » et « dans la Région de Bruxelles-Capitale ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME