

Numéro du rôle : 2937
Arrêt n° 176/2004 du 3 novembre 2004

A R R E T

En cause : la question préjudicielle relative à l'article 3, § 1er, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, tel qu'il a été modifié par l'article 1er de l'arrêté royal du 18 novembre 1996, posée par le Tribunal du travail de Mons.

La Cour d'arbitrage,

composée des présidents M. Melchior et A. Arts, et des juges R. Henneuse, M. Bossuyt, A. Alen, J.-P. Moerman et J. Spreutels, assistée du greffier L. Potoms, présidée par le président M. Melchior,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par jugement du 20 février 2004 en cause de M. Hontoir contre l'Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 1er mars 2004, le Tribunal du travail de Mons a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 3, 1er, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, modifié par l'article 1er de l'arrêté royal du 18 novembre 1996 portant des dispositions financières et diverses concernant le statut social des travailleurs indépendants, en application du titre VI de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions et de l'article 3 de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne, confirmé par l'article 17, 2°, de la loi du 13 juin 1997 portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne, et la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pension, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il n'autorise pas la personne désignée comme mandataire dans une société ou association assujettie à l'impôt belge des sociétés ou à l'impôt belge des non-résidents, à établir qu'elle n'exerce pas d'activité professionnelle de travailleur indépendant au sens de l'article 3, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal n° 38, alors que toute autre personne physique n'est assujettie au statut social des travailleurs indépendants que pour autant qu'elle exerce en Belgique une activité professionnelle, en raison de laquelle elle n'est pas engagée dans les liens d'un contrat de travail ou d'un statut, le critère fiscal de l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal n° 38 n'intervenant que comme présomption réfragable de l'exercice d'une activité indépendante ? »

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire.

A l'audience publique du 15 septembre 2004 :

- a comparu Me C. Boeraeve, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs J. Spreutels et M. Bossuyt ont fait rapport;
- l'avocat précité a été entendu;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

M. Hontoir conteste devant le Tribunal du travail de Mons la décision par laquelle l'Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (ci-après INASTI) refuse (pour le calcul de la pension de retraite d'indépendant de l'intéressé) d'assimiler à une période d'activité une période d'incapacité ayant pris cours le 1er janvier 2001.

Le Tribunal estime, sur la base des pièces qui lui sont soumises (notamment l'avertissement-extrait de rôle pour l'exercice d'imposition 2002), que M. Hontoir n'a plus exercé aucune activité depuis le 1er janvier 2001 mais est resté investi d'un mandat de gérant dans une société et ce, jusqu'à la cession de ses parts, survenue le 24 avril 2001.

Selon la disposition en cause, le mandataire est présumé de manière irréfragable exercer une activité professionnelle en qualité de travailleur indépendant; or, suivant l'article 28, § 3, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 22 décembre 1967 portant règlement général relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs indépendants, aucune période de maladie ou d'invalidité ne peut être assimilée à une période d'activité comme travailleur indépendant si l'intéressé a exercé au cours de celle-ci une activité professionnelle.

La période d'incapacité au cours de laquelle M. Hontoir, tout en ne payant pas de cotisations sociales, a été mandataire de société, ne pourrait donc, selon l'INASTI, être assimilée à une période d'activité puisque l'intéressé était présumé à ce moment exercer une activité d'indépendant.

Le Tribunal relève que c'est depuis la modification de la disposition en cause par l'article 1er de l'arrêté royal du 18 novembre 1996 que l'assujettissement n'est plus lié à l'exercice d'un mandat mais à la seule désignation comme mandataire dans une société assujettie à l'impôt belge des sociétés ou à l'impôt des non-résidents.

En revanche, selon le Tribunal, tout autre travailleur indépendant, personne physique non mandataire de société, n'est assujetti au statut social des travailleurs indépendants que pour autant qu'il exerce en Belgique une activité professionnelle en raison de laquelle il n'est pas engagé dans les liens d'un contrat de travail ou d'un statut. Dans ce cas, le critère fiscal de l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal n° 38 n'intervient que comme présomption réfragable de l'exercice d'une activité indépendante.

Le Tribunal se réfère, quant au caractère irréfragable de la présomption, à l'avis critique du Conseil d'Etat précédant l'arrêté royal du 18 novembre 1996 précité et soulève la question de la compatibilité de la disposition en cause avec les articles 10 et 11 de la Constitution; constatant que l'alinéa en cause a fait l'objet d'une confirmation législative, il adresse à la Cour la question reproduite plus haut.

III. *En droit*

- A -

Quant à la compétence de la Cour

A.1.1. Le Conseil des ministres expose la genèse de l'article 3, § 1er, de l'arrêté royal n° 38, dont le texte initial fut adopté en vertu d'une loi du 31 mars 1967 permettant au Roi de prendre toutes les dispositions utiles en vue d'instaurer un statut social des travailleurs indépendants, et ce, par la voie d'arrêtés qui, à l'issue de la période impartie au Roi pour prendre ces mesures, ne peuvent être abrogés, complétés, modifiés ou remplacés qu'en vertu d'une loi, le Roi conservant le droit d'abroger, de compléter, de modifier ou de remplacer les dispositions qui concernent les matières qui relèvent de Sa compétence (article 3).

Le Conseil des ministres soutient que les alinéas 1er et 2 de la disposition en cause ont fait l'objet de modifications législatives de pure forme (lois des 24 décembre 1976, 30 mars 1994 et 30 décembre 2001) qui ne

constituent pas des confirmations législatives, alors que l'alinéa 4 a été introduit par un arrêté royal du 18 novembre 1996 confirmé par la loi du 13 juin 1997 (article 17, 2°).

A.1.2. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour (arrêt n° 178/2002), le Conseil des ministres soutient que lorsque le législateur se borne à mettre la disposition réglementaire en conformité avec d'autres lois, la norme du pouvoir exécutif ne perd pas son caractère réglementaire. Il s'interroge ensuite sur la source de l'inconstitutionnalité soumise au contrôle de la Cour et constate que le réel reproche fait à la disposition incriminée est de ne pas accorder le bénéfice de l'assimilation pour cause de maladie et, partant, de ne pas dispenser du paiement de la cotisation celui qui, étant désigné en qualité de mandataire dans une société ou une association assujettie à l'impôt belge des sociétés ou à l'impôt belge des non-résidents, est présumé de manière irréfragable exercer en Belgique une activité professionnelle de travailleur indépendant (article 3, § 1er, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 38), alors qu'une telle assimilation peut être accordée au profit de tout autre travailleur indépendant, personne physique non mandataire de société, dans la mesure où ce dernier n'est présumé, de manière réfragable seulement, être assujéti au statut social des travailleurs indépendants que pour autant qu'il exerce en Belgique une activité professionnelle en raison de laquelle il n'est pas dans les liens d'un contrat de travail ou d'un statut mais perçoit des revenus visés à l'article 23, § 1er, 1° ou 2°, ou à l'article 30, 2°, du Code des impôts sur les revenus 1992 (article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal n° 38).

A.1.3. Le Conseil des ministres remarque qu'il ressort de la motivation du jugement *a quo* que, bien que seul cet alinéa 4 soit cité comme constituant la norme prétendument discriminatoire, l'article 3, § 1er, dans sa quasi-totalité (à l'exception de l'alinéa 3), est mis en cause et qu'en réalité, la Cour est également interrogée sur les alinéas 1er et 2. Cet alinéa 2 n'ayant pas perdu son caractère réglementaire puisque les lois qui l'ont modifié se sont bornées à le mettre en conformité avec d'autres lois, le principe de la discrimination en cause ne trouve pas son siège dans une disposition de nature législative et la Cour n'est pas compétente pour en connaître.

Quant au fond

A.2.1. Le Conseil des ministres estime que, si la Cour se juge compétente pour répondre à la question, celle-ci doit recevoir une réponse négative, les catégories de personnes en cause se trouvant dans des situations distinctes justifiant un traitement différencié.

La première catégorie, à savoir celle des travailleurs indépendants, personnes physiques non mandataires de société, qui ne sont assujettis au statut social des travailleurs indépendants que pour autant qu'ils exercent en Belgique une activité professionnelle en raison de laquelle ils ne sont pas engagés dans les liens d'un contrat de travail ou d'un statut, correspond à une situation qui est celle du *quod plerumque fit*. L'assimilation (d'une période de maladie ou d'invalidité à une période d'activité) qui peut leur être accordée prend en compte le fait que, dès qu'ils n'exercent plus une activité professionnelle, pour cause de maladie notamment, ils ne sont par principe plus, aux yeux des tiers, censés continuer à exercer celle-ci.

La seconde catégorie est celle des travailleurs indépendants qui, étant désignés en qualité de mandataires dans une société ou une association assujettie à l'impôt belge des sociétés ou à l'impôt belge des non-résidents, sont présumés de manière irréfragable exercer en Belgique une activité professionnelle de travailleur indépendant. Aux yeux des tiers notamment, ces travailleurs indépendants sont censés poursuivre l'exercice d'un mandat s'ils ne démissionnent pas et, partant, continuer à percevoir la totalité ou une partie des revenus afférents à leur activité professionnelle au sein d'une société.

A.2.2. Le Conseil des ministres donne l'exemple d'un gérant unique de société privée à responsabilité limitée unipersonnelle qui, tant qu'il ne démissionne pas, reste le seul représentant légal de la société, capable en cette qualité de poser en droit tous les actes inhérents à l'exercice de son mandat, sans qu'il faille vérifier s'il pose ces actes en réalité. Pour être exclu du statut social des indépendants, il ne peut donc invoquer l'impossibilité physique d'exercer son mandat mais il lui suffirait de démissionner. Avant la création de la distinction en cause, il n'était pas expressément fait référence à la nomination en qualité de mandataire, mais on précisait que le mandat devait être exercé. Nombreux étaient dès lors les cas dans lesquels des mandataires prétendaient ne pas exercer leur mandat parce qu'ils étaient malades, ou se trouvaient à l'étranger et n'assistaient

à l'assemblée générale que de manière occasionnelle ou encore parce que leur désignation en qualité de mandataire était une construction qui avait été montée à leur insu et avec laquelle ils n'étaient pas d'accord ou dont ils n'avaient pas connaissance. Les nombreux abus auxquels cette situation donnait lieu ne pouvaient être combattus, l'administration belge n'ayant pas de compétence extraterritoriale. La présomption irréfragable a donc été instaurée pour garantir ce paiement de leurs cotisations par des mandataires gérant depuis l'étranger des sociétés situées en Belgique. Seule la preuve de leur démission au moyen d'un acte publié dans les annexes du *Moniteur belge* permet de mettre fin à leur assujettissement au statut social des indépendants.

A.2.3. Le Conseil des ministres relève que, selon le rapport au Roi précédant l'arrêté royal qui a modifié la disposition en cause, la viabilité financière du statut social des indépendants dépend fortement de l'augmentation du nombre de cotisants. Or, le nombre de constitutions de sociétés allant grandissant (selon l'INASTI, plus de 50.000 sociétés nouvelles se sont affiliées entre 1998 et 2002), le risque s'accroît de voir leurs mandataires tenter d'éviter le paiement de cotisations, cette tentation pouvant être plus forte chez les mandataires de société gérant de l'étranger une société dont le siège social est établi en Belgique. Selon les chiffres de l'INASTI, l'introduction d'une présomption réfragable entraînerait pour l'Etat un préjudice d'au moins 40 millions d'euros (dont plus de 900.000 euros en ce qui concerne les mandataires ayant leur domicile à l'étranger) sur un montant théorique de cotisations dues s'élevant à plus de 550 millions d'euros.

A.3. Le Conseil des ministres indique encore que l'article 3, § 2, de l'arrêté royal n° 38 permet au Roi d'instituer des présomptions en ce qui concerne l'exercice d'une activité professionnelle et ne distingue pas les présomptions irréfragables des autres. La présomption irréfragable ne constitue nullement une extension du champ d'application du statut social des travailleurs indépendants.

A.4. Le Conseil des ministres soutient enfin que la mesure en cause a pour les mandataires des effets négatifs minimes : elle n'entraîne que l'obligation de payer des cotisations sociales qui, contrairement à ce qui est prévu dans le régime des travailleurs salariés, ne peuvent excéder la somme annuelle de 11.674,20 euros. Ce régime est plus favorable que celui que connaissent, par exemple, les Pays-Bas et la France.

- B -

B.1. L'article 3 de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, dont le paragraphe 1er, alinéa 4, fait l'objet de la question préjudicielle, dispose :

« § 1er. Le présent arrêté entend par travailleur indépendant toute personne physique, qui exerce en Belgique une activité professionnelle en raison de laquelle elle n'est pas engagée dans les liens d'un contrat de louage de travail ou d'un statut.

Est présumée, jusqu'à preuve du contraire, se trouver dans les conditions d'assujettissement visées à l'alinéa précédent, toute personne qui exerce en Belgique une activité professionnelle susceptible de produire des revenus visés à l'article 23, § 1er, 1° ou 2°, ou à l'article 30, 2°, du Code des impôts sur les revenus 1992.

Pour l'application du présent paragraphe, une activité professionnelle est censée être exercée en vertu d'un contrat de louage de travail lorsque, pour l'application de l'un des régimes de sécurité sociale en faveur des travailleurs salariés, l'intéressé est présumé être engagé, de ce chef, dans les liens d'un contrat de louage de travail.

Sans préjudice des dispositions de l'article 13, § 3, les personnes désignées comme mandataires dans une société ou association assujettie à l'impôt belge des sociétés ou à l'impôt belge des non-résidents sont présumées, de manière irréfragable, exercer, en Belgique, une activité professionnelle en tant que travailleur indépendant.

§ 2. Le Roi peut instituer des présomptions en ce qui concerne l'exercice d'une activité professionnelle visée au § 1er. »

Quant à la compétence de la Cour

B.2.1. Le Conseil des ministres soutient que la Cour ne serait pas compétente pour répondre à la question préjudicielle : le siège de la différence de traitement en cause serait, non pas l'article 3, § 1er, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 38, mais l'article 3, § 1er, dans son ensemble (à l'exclusion de l'alinéa 3), en raison de la comparaison faite par le juge *a quo* entre les catégories de personnes soumises aux différentes dispositions de l'article 3. Or, contrairement à l'alinéa 4, les alinéas 1er et 2 constitueraient des mesures de nature réglementaire n'ayant pas fait l'objet d'une confirmation législative; les modifications législatives apportées à ces deux alinéas ne visaient qu'à les mettre en conformité avec d'autres lois et ne leur auraient pas fait perdre leur caractère réglementaire.

B.2.2. Il n'appartient pas aux parties de modifier la teneur des questions préjudicielles qui sont adressées à la Cour. C'est le juge *a quo* qui désigne les dispositions qu'il soumet au contrôle de la Cour, même s'il est permis à celle-ci, dans l'exercice de ce contrôle, de prendre en compte d'autres dispositions. Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la nature législative ou réglementaire des alinéas 1er et 2 de l'article 3, § 1er, en cause, la Cour constate que l'alinéa 4, auquel est d'ailleurs soumis le demandeur devant le juge *a quo*, a fait l'objet d'une confirmation législative. Il a en effet été inséré dans l'article 3, § 1er, par l'article 1er de l'arrêté royal du 18 novembre 1996 « portant des dispositions financières et diverses concernant le statut social des travailleurs indépendants, en application du titre VI de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions et de l'article 3 de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire

européenne », confirmé par l'article 17, 2°, de la loi du 13 juin 1997 « portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne, et [de] la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions ». Il relève par conséquent de la compétence de la Cour.

L'exception est rejetée.

Quant au fond

B.3. La Cour est interrogée sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de la différence de traitement que l'alinéa 4 précité crée entre les personnes désignées comme mandataire dans une société ou une association assujettie à l'impôt belge des sociétés ou assujettie à l'impôt belge des non-résidents et les personnes qui ne sont pas mandataires de société et qui exercent en Belgique une activité professionnelle sans être engagées dans les liens d'un contrat de travail ou d'un statut : alors que les premières sont, en vertu de la disposition en cause, présumées de manière irréfragable exercer une activité de travailleur indépendant, les secondes ne le sont que sur la base d'une présomption *juris tantum*, la preuve tirée de ce que cette activité produirait des revenus visés à l'article 23, § 1er, 1°, ou 2°, ou à l'article 30, 2°, du Code des impôts sur les revenus 1992 pouvant être renversée.

B.4. La disposition en cause s'inscrit, selon le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 novembre 1996 qui modifia l'article 3 de l'arrêté royal n° 38, dans un ensemble de mesures structurelles destinées à garantir l'équilibre financier du statut social des travailleurs indépendants. Le rapport au Roi observe que les constitutions de sociétés dans les années 1985 à 1995 entraînent un tassement de la base de cotisation du statut (*Moniteur belge* 12 décembre 1996, p. 31018). Le même rapport précise que l'alinéa 4 en cause vise à « résoudre certains problèmes administratifs pour des raisons de sécurité juridique » et que

« la création de la présomption est nécessaire afin de remédier à la situation, par laquelle les mandataires de sociétés gèrent de l'étranger, suite à l'évolution technologique en matière de télécommunications, une société située en Belgique et essayent de cette façon d'éviter l'assujettissement au statut social » (*ibid.*, p. 31020).

B.5. La disposition en cause constitue, par la présomption qu'elle instaure, une mesure conforme à l'objectif qu'elle poursuit. Son caractère irréfragable a pu être jugé nécessaire, pour garantir, comme l'indique le rapport au Roi précité, l'assujettissement au statut social des indépendants de mandataires qui gèrent de l'étranger des sociétés ayant leur siège en Belgique, l'autorité ne disposant pas, vis-à-vis de ces personnes, des renseignements et des pouvoirs dont elle dispose vis-à-vis de celles qui gèrent en Belgique de telles sociétés. Toutefois, la présomption a, en ce qu'elle est irréfragable, un caractère général et absolu qui est disproportionné à l'égard de ces dernières puisqu'il empêche un mandataire qui aurait cessé son activité d'établir cette cessation autrement qu'en démissionnant et de mettre fin aux obligations qui découlent de l'assujettissement au statut social des indépendants. La justification de la mesure avancée par le Gouvernement à la suite de l'avis du Conseil d'Etat et tirée de ce que des sociétés situées en Belgique seraient gérées, de l'étranger, par des mandataires, n'est pas suffisante puisqu'elle néglige précisément l'hypothèse dans laquelle les mandataires exercent leur activité en Belgique.

B.6. La question préjudicielle appelle une réponse positive en ce qui concerne les mandataires qui ne gèrent pas de l'étranger une société visée par la disposition en cause.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 3, § 1er, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'autorise pas la personne désignée comme mandataire dans une société ou association assujettie à l'impôt belge des sociétés ou à l'impôt belge des non-résidents, à établir, lorsque cette personne gère en Belgique une telle société, qu'elle n'exerce pas d'activité professionnelle de travailleur indépendant au sens de l'article 3, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal n° 38.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 3 novembre 2004.

Le greffier,

Le président,

L. Potoms

M. Melchior