

CGG AVIS 2011/08

Bruxelles, le 5 octobre 2011

AVIS 2011/08

Mandataires publics – Extension du champ d'application personnel de l'article 5bis de l'arrêté royal n°38 – Problématique de la scission des revenus

Madame Sabine Laruelle, Ministre des P.M.E., des Indépendants, de l'Agriculture et de la Politique scientifique a été interrogée à plusieurs reprises concernant l'élargissement du champ d'application personnel de l'article 5bis de l'arrêté royal n°38 organisant le statut social des travailleurs indépendants et, partant, de la loi du 13 juillet 2005 concernant l'instauration d'une cotisation annuelle à charge de certains organismes.

Dans ce cadre, Madame Sabine Laruelle a demandé, conformément à l'article 110 de la loi du 30 décembre 1992 portant des dispositions sociales et diverses, l'avis du Comité général de gestion pour le statut social des indépendants sur cette question.

Lors de ses travaux, le Comité s'est également penché sur la possibilité pour l'administration fiscale de scinder les revenus perçus en tant que travailleur indépendant et ceux perçus en tant que mandataire public.

Au vu de ce qui précède, le Comité a émis l'avis ci-après sur la problématique des mandataires publics.

I. Elargissement du champ d'application personnel de l'article 5bis de l'arrêté royal n°38 et de la loi du 13 juillet 2005

a) Cadre légal actuel

L'article 5bis de l'arrêté royal n°38 pose une exception¹ au principe d'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants. Cet article prévoit que :

"Les personnes chargées d'un mandat dans un organisme public ou privé, soit en raison des fonctions qu'elles exercent auprès d'une administration de l'Etat, d'une

¹ Etant donné qu'il s'agit d'une exception, elle est d'interprétation stricte.

communauté, d'une région, d'une province, d'une commune ou d'un établissement public, soit en qualité de représentant d'une organisation de travailleurs, d'employeurs ou de travailleurs indépendants, soit en qualité de représentant de l'Etat, d'une région, d'une communauté, d'une province ou d'une commune, ne sont pas de ce chef assujetties au présent arrêté."

Pour entrer dans le champ d'application de cet article, il faut remplir trois conditions cumulatives d'interprétation stricte :

- être titulaire d'un mandat,
- dans un organisme public ou privé,
- soit en raison de fonctions exercées auprès d'une administration publique (de l'Etat, d'une communauté, d'une région, d'une province, d'une commune ou d'un établissement public), soit pour représenter une organisation de travailleurs, d'employeurs ou de travailleurs indépendants, soit pour représenter l'Etat, une région, une communauté, une province ou une commune.

Ces mandataires publics ne sont donc pas assujettis au statut social des indépendants. Par contre, les organismes publics dans lesquels siègent au moins un mandataire public rétribué – ou pour lequel une rétribution est prévue – sont redevables de la cotisation visée par la loi du 13 juillet 2005 concernant l'instauration d'une cotisation annuelle à charge de certains organismes (la cotisation PMP). Cette cotisation s'élève à 23% du montant attribué aux mandataires publics en n-1 et excédant 200 € (montant non indexé. En 2011, ce montant est de 220 €). La cotisation est payée à l'INASTI.

b) Application de l'article 5bis par l'INASTI

L'article 5bis constitue une exception d'interprétation stricte au principe d'assujettissement au statut social des indépendants. Cet article ne s'applique dès lors qu'aux mandataires publics qui en remplissent les conditions.

La notion de mandat n'est pas précisée. Il faut donc se référer à la notion du droit civil où le mandat est *"synonyme de procuration, un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. [...] le mandat ne peut porter que sur des actes juridiques et non sur des actes matériels d'exécution²*.

Un acte juridique est un acte de volonté visant à faire naître des effets juridiques ou à empêcher qu'ils ne surviennent. [...] Il s'ensuit que la personne qui doit poser un certain nombre d'actes matériels qui ne répondent pas à la définition de la notion de mandat, ne tombe pas, en tant que telle, dans le champ d'application de l'article 5bis de l'arrêté royal n° 38. "³

L'INASTI considère dès lors que les personnes qui siègent avec voix consultative (et non délibérative), et de manière plus générale les personnes qui ne peuvent pas poser d'acte juridique (cf. les conseillers ou les experts), n'ont pas de mandat (au sens du code civil). Dès lors, ces personnes n'entrent pas dans le champ d'application personnel de l'article 5bis de l'arrêté royal n°38 et doivent donc être assujetties en tant qu'indépendants.

Cette position a été confirmée par la Cour Constitutionnelle (Arrêt n° 4/2005 du 12 janvier 2005)

" La qualité de mandataire implique que le mandataire est chargé d'accomplir un ou

² Cass. 21.02.2000, J.T.T. 2000, 300

³ Commentaires INASTI : CS. 145/1.

plusieurs actes juridiques pour le compte et au nom d'une autre personne."

La Cour a considéré dans la même affaire que l'existence ou non d'un mandat est un critère objectif et raisonnable de différenciation:

"S'agissant des désignations au sein d'un organisme privé ou public faites en considération des fonctions principales exercées, telles qu'elles ont été précisées ci-dessus, il n'apparaît pas dénué de justification objective et raisonnable que le législateur ait écarté la qualité de travailleur indépendant au bénéfice des seules personnes chargées d'un mandat, à l'exclusion dès lors de celles qui interviennent en une autre qualité."

La Cour du travail d'Anvers⁴, juridiction de fond, est également d'accord avec ce point de vue :

"Il est clair que l'intéressé n'avait pas été nommé mandataire de l'intercommunale par cette dernière, sur la proposition de sa ville, mais que les cinq administrateurs qui, sur la proposition de sa ville, étaient nommés par l'intercommunale - et qui sont donc bien des mandataires de l'intercommunale -, l'avaient seulement désigné comme expert pour les assister dans l'exercice de leur mandat dans l'intercommunale et il n'avait assurément pas la compétence de poser des actes juridiques pour cette intercommunale ou de l'engager vis-à-vis de tiers"

c) Contestation du point de vue de l'INASTI

Certains contestent le point de vue de l'INASTI selon lequel les personnes qui siègent avec voix consultative dans un conseil d'administration ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 5bis de l'AR n°38. Ainsi, le sénateur Bart Tommelein (en décembre 2010)⁵ et la députée Kristien Van Vaerenbergh (en mai 2011)⁶ ont interrogé la Ministre des Indépendants à ce sujet.⁷

Bart Tommelein estime ainsi que la distinction entre mandataires ayant voix délibérative et personnes ayant voix consultative n'a pas sûrement pas été voulue par le législateur. Ces personnes ont, selon lui, chacune reçu ce "mandat" tant de l'électeur que du conseil communal.

Dans sa réponse, la Ministre des Indépendants a rappelé la position de l'INASTI et a renvoyé la question au Comité général de gestion pour avis.

Bart Tommelein a également introduit une proposition de loi (5-725/1) visant à inclure expressément les administrateurs ayant voix consultative dans le champ d'application de l'article 5bis.

d) Position du Comité relative au champ d'application personnel de l'article 5bis

Le Comité estime que, dans le cadre de cet avis, il importe de distinguer trois types de personnes :

⁴ A.R. nr. 2060204 du 16 janvier 2009.

⁵ Demande d'explications du 1^{er} décembre 2010 de M. Bart Tommelein à la ministre des PME, des Indépendants, de l'Agriculture et de la Politique scientifique sur "l'affiliation des mandataires politiques à une caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants" (n° 5-3).

⁶ Question n° 3760 de Mme Kristien Van Vaerenbergh du 17 mai 2011.

⁷ La Ministre a également été interrogée par un membre du Conseil provincial de la Flandre occidentale sur une question similaire.

- les mandataires publics ayant voix délibérative, qui sont titulaires d'un mandat tel que défini par le code civil. Etant donné que ces personnes peuvent poser des actes juridiques et sont membres des organes de gestion en ayant voix délibérative, elles sont titulaires d'un mandat. Elles entrent dans le champ d'application personnel de l'article 5bis de l'AR n°38 ;
- les personnes qui sont membres des organes de gestion des organismes en ayant voix consultative. Celles-ci siègent en tant que membres des organismes, mais ne peuvent pas poser des actes juridiques : elles peuvent donner des conseils, faire entendre leur voix, essayer d'influencer les décisions, mais leur voix n'est pas prise en compte lors de la prise de décision. Ne pouvant poser des actes juridiques, ces personnes n'ont pas de mandat et n'entrent donc pas dans le champ d'application actuel de l'article 5bis ;
- les autres personnes comme les experts et les conseillers, qui assistent les mandataires. Celles-ci peuvent assister aux réunions des organes, mais ne sont pas membres des organes de gestion. Les Commentaires INASTI précisent que : *"il y a lieu de faire une distinction entre la situation des experts (par exemple), qui exercent une fonction technique et/ou administrative, et le simple fait de poser des actes juridiques (propres à un mandat). De plus, les conditions de nomination (souvent intuitu personae) et de révocabilité des experts ne sont en aucune manière comparables à celles d'un administrateur d'un établissement public."*⁸

La 2^{ème} et la 3^{ème} catégorie de personnes ne sont pas mandataires et n'entrent donc pas dans le champ d'application actuel de l'article 5bis. Le Comité estime cependant qu'il existe une différence objective entre ces 2 catégories : les personnes de la 2^{ème} catégorie sont en effet membres des organes de gestion, alors que celles de la 3^{ème} catégorie ne le sont pas.

Compte tenu de cette différence, le CGG considère qu'il est possible de faire entrer les personnes ayant voix consultative et qui sont membres des organes de gestion dans le champ d'application de l'article 5bis.

Etant donné qu'il ne s'agit pas d'une disposition interprétative de l'article 5bis, mais bien d'une extension du champ d'application personnel de cet article, une modification de la loi est nécessaire. Une telle modification devrait entrer en vigueur pour l'avenir. Une entrée en vigueur au 1^{er} janvier est souhaitable étant donné que la cotisation PMP est annuelle.

e) Représentants des établissements publics

La version actuelle de l'article 5bis ne vise pas les représentants des établissements publics, alors qu'il s'agit d'une fonction exercée au sein d'une institution publique. Suite à une lettre du 10 juillet 1979 adressée à l'Institut national par le Ministre des Classes moyennes, l'article 5bis doit cependant également être appliqué en faveur des personnes chargées d'un mandat de représentant d'un établissement public.⁹

Dans un souci de clarté et de sécurité juridique, le Comité estime que l'article 5bis doit donc être mis en conformité avec ce point de vue.

f) Proposition de modification

Compte tenu de ce qui précède, l'article 5bis de l'arrêté royal n°38 devrait être modifié comme suit :

⁸ Commentaires INASTI : CS. 145/2.

⁹ Commentaires INASTI : CS. 148.

"Les personnes chargées d'un mandat dans un organisme public ou privé ou qui sont membre avec voix consultative d'un organe de gestion d'un organisme public ou privé, soit en raison des fonctions qu'elles exercent auprès d'une administration de l'Etat, d'une communauté, d'une région, d'une province, d'une commune ou d'un établissement public, soit en qualité de représentant d'une organisation de travailleurs, d'employeurs ou de travailleurs indépendants, soit en qualité de représentant de l'Etat, d'une région, d'une communauté, d'une province ou d'une commune ou d'un établissement public, ne sont pas de ce chef assujetties au présent arrêté."

Un article spécifiant que "La présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 201..." devrait être repris dans la loi.

Il va de soi qu'il faudrait également modifier en ce sens la loi du 13 juillet 2005 concernant l'instauration d'une cotisation annuelle à charge de certains organismes, de manière à ce que les personnes qui sont membres avec voix consultative d'un organe de gestion soient aussi redevables de la cotisation PMP.

II. Scission des revenus

Certains mandataires publics peuvent bénéficier, à côté de leurs rémunérations issues de leur mandat public, de différentes sortes de revenus parmi lesquels des revenus professionnels de salariés ou d'indépendants. Les cotisations sociales d'indépendants "AR n°38" doivent être calculées uniquement sur les revenus d'indépendant sans tenir compte des revenus perçus en tant que mandataire public.

Actuellement, l'administration fiscale ne distingue pas les revenus perçus en tant qu'indépendant et ceux perçus en tant que mandataire public. Cela implique un certain nombre de problèmes :

- L'INASTI reçoit de l'administration fiscale tant les revenus perçus en tant qu'indépendant que ceux perçus en tant que mandataire public (qualifié de profits). L'INASTI n'est pas en mesure de scinder ces 2 types de revenus. Dans la pratique afin de permettre une ventilation de leurs revenus, les indépendants concernés avertissent eux-mêmes leurs caisses ou l'INASTI de leur situation. Un tel mécanisme ne va pas dans le sens d'une simplification administrative mais aussi et surtout entraîne des discriminations dans le chef des indépendants : ceux qui, en connaissance de cause, font les démarches auprès de leur caisses afin que leurs revenus soient scindés payeront un montant correct de cotisation alors que les personnes qui ne sont pas au courant de ce problème, ne feront pas les démarches nécessaires et payeront indûment des cotisations.
- Les contrôles se font sur base des déclarations de l'organisme au cas par cas, sans fiche fiscale, ce qui peut s'avérer être problématique et
- Les revenus de mandataires publics qui exercent parallèlement à leur mandat public une activité salariée sont transmis à l'INASTI comme des revenus d'indépendants. Sur cette base, les personnes concernées reçoivent de l'INASTI un questionnaire visant à déterminer leur obligation d'affiliation comme indépendant (ce qui engendre une charge administrative inadéquate pour les usagers des services publics).

Lors de ses travaux, le Comité a invité des représentants du SPF Finances afin de d'essayer de régler ce problème.

Lors des discussions, il est apparu que la solution pourrait résider dans la création d'un flux d'informations.

Un courrier officiel a été envoyé au SPF Finances demandant si le SPF est prêt à examiner la manière dont cette solution pourrait être implémentée.

III. Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, le Comité ne voit pas d'obstacle à ce que les personnes qui sont membres des organes de gestion d'une institution publique ou privée en ayant voix consultative entrent dans le champ d'application de l'article 5bis de l'AR n° 38 et, partant, de la loi du 13 juillet 2005.


En outre, le Comité estime qu'une solution doit être rapidement trouvée afin de permettre aux caisses d'assurances sociales de scinder les revenus perçus en tant qu'indépendant et ceux perçus en tant que mandataire public. Il rappelle que ce problème entraîne actuellement une discrimination entre les indépendants.

Enfin, le Comité souhaite remercier toutes les personnes qui ont participé et collaboré aux travaux, particulièrement le SPF Finances, le service juridique, le service VOB et le service traduction de l'INASTI.

Au nom du Comité général de gestion pour le statut social des travailleurs indépendants, le 5 octobre 2011 :



Muriel GALERIN,
Secrétaire



Anne VANDERSTAPPEN,
Présidente