



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 72.429/1
van 23 augustus 2023

avis 72.429/1
du 23 août 2023

over

sur

een wetsvoorstel 'houdende
bepalingen om sociale
dumping tegen te gaan'
(*Parl.St.* Kamer 2019,
nr. 55-0122/001)

une proposition de loi
'contenant des dispositions
contre le dumping social'
(*Doc. parl.*, Chambre, 2019,
n° 55-0122/001)

Op 27 oktober 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitster van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een wetsvoorstel ‘houdende bepalingen om sociale dumping tegen te gaan’ (*Parl.St.* Kamer 2019, nr. 55-0122/001).

Het voorstel is door de eerste kamer onderzocht op 22 juni 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Inge VOS, staatsraad, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur, en Lennart NIJS, adjunct-auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 23 augustus 2023.

*

Le 27 octobre 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de loi ‘contenant des dispositions contre le dumping social’ (*Doc. parl.*, Chambre, 2019, n° 55-0122/001).

La proposition a été examinée par la première chambre le 22 juin 2023. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Inge VOS, conseiller d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur, et Lennart NIJS, auditeur adjoint.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 23 août 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,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET WETSVOORSTEL

2. Het om advies voorgelegde wetsvoorstel bevat uiteenlopende maatregelen die tot doel hebben oneerlijke concurrentie en sociale dumping tegen te gaan. Er heerst volgens de toelichting bij het wetsvoorstel “geen consensus over wat ‘sociale dumping’ precies inhoudt”, al is een essentieel kenmerk ervan toch dat een Staat of een onderneming de sociaalrechtelijke waarborgen miskent om er een economisch of competitief voordeel mee te verwerven doordat bijvoorbeeld een beroep kan worden gedaan op goedkopere arbeidskrachten.

De voorgestelde maatregelen hebben betrekking op de materie van de overheidsopdrachten (hoofdstuk 2) en de inperking van de onderaanneming (hoofdstuk 3). De algemene regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid wordt verruimd, de informatiedoorstroming wordt vergroot en er worden een aantal specifieke regels met betrekking tot de bouwsector opgeheven (hoofdstuk 4). Sommige van de voorgestelde maatregelen beogen de schijnzelfstandigheid op een doeltreffendere manier tegen te gaan (hoofdstuk 5) of de risico's op sociale dumping bij het toepassen van de regeling inzake de werkgeversgroepering te verminderen (hoofdstuk 6). Voorts worden de aanwezigheidsregistratie en het systeem van elektronische tijdsregistratie in de bouw- en de vleessector verruimd (hoofdstuk 7). Door middel van een wijziging van de wet van 23 maart 2019 ‘tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen’ wordt het criterium van de “werkelijke zetel” in de plaats gesteld van dat betreffende de “maatschappelijke zetel” (hoofdstuk 8). Wat de tewerkstelling in de transportsector betreft, wordt in navolging van het arrest Koelzsch van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 15 maart 2011 het begrip van de “plaats van gewoonlijke tewerkstelling” nader omschreven (hoofdstuk 9).² Tevens worden de minima en de maxima van de sancties van niveau 2, 3 en 4 in het derde tot het vijfde lid van artikel 101 van het Sociaal Strafwetboek verdubbeld (hoofdstuk 10).

VORMVEREISTEN

3. Het wetsvoorstel bevat bepalingen die betrekking hebben of kunnen hebben op het verwerken van persoonsgegevens, zoals het geval is met het voorgestelde artikel 37/2 van de wet van 12 april 1965 ‘betreffende de bescherming van het loon der werknemers’ (artikel 11 van het wetsvoorstel).

¹ Aangezien het gaat om een voorstel van wet, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² HvJ 15 maart 2011, *Koelzsch t. Groothertogdom Luxemburg*, C-29/10, EU:C:2011:151.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, hierna “AVG” genoemd,³ gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

Uit de aan de Raad van State toegestuurde documenten valt niet af te leiden dat de Gegevensbeschermingsautoriteit om een advies werd verzocht met betrekking tot het wetsvoorstel. Aangezien de voorgestelde regeling inzake de bescherming van persoonsgegevens wel degelijk van toepassing is, zal derhalve het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit nog moeten worden ingewonnen vooraleer het voorstel doorgang kan vinden.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van het voornoemde vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan,⁴ moeten 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 worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

4. Artikel 2 van het voorstel strekt tot wijziging van artikel 7 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, dat op heden als volgt luidt:

“De ondernemers zijn ertoe gehouden alle toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu- sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Europees Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage II vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht, na te leven en te doen naleven door elke persoon die handelt als onderaannemer in welke fase ook, en door elke persoon die personeel tewerkstelt voor de uitvoering van de opdracht.

Onverminderd de toepassing van de sancties bedoeld in andere wettelijke, reglementaire of conventionele bepalingen, worden de inbreuken op de in het eerste lid bedoelde verplichtingen vastgesteld door de aanbesteder en treft de aanbesteder zo nodig de maatregelen voor inbreuken op de bepalingen van de opdracht.”

³ De AVG beoogt de bescherming van persoonsgegevens van natuurlijke personen en in beginsel niet de bescherming van de gegevens van rechtspersonen, behoudens – in dat laatste geval – indien die gegevens wezenlijk terug te brengen zijn tot een natuurlijke persoon, zoals bijvoorbeeld bij een eenmanszaak of wanneer het gaat om gegevens betreffende een individuele bestuurder of een individuele werknemer. Zie, meer gedetailleerd daaromtrent, adv.RvS 68.711/1 van 18 februari 2021 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende de opslag, de fabricatie, het transport, de afgifte en het gebruik van springstoffen’, opm. 8.

⁴ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in het advies melding zal worden gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in het advies zal worden opgemerkt.

Die bepaling vormt de omzetting van artikel 18, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU⁵ en van artikel 36, lid 2, van richtlijn 2014/25/EU⁶.

Artikel 2 van het voorstel heft in het tweede lid van die bepaling de woorden “zo nodig” op. Luidens de toelichting strekt die bepaling ertoe “de maatregelen bij niet-naleving verplicht te maken, teneinde de inachtneming van die clausules te bevorderen”, waarbij in het midden wordt gelaten welke maatregelen de aanbesteder moet nemen. Bij de toepassing van die bepaling zal de aanbesteder in elk geval het evenredigheidsbeginsel in acht moeten nemen.⁷

Artikelen 3 en 4

5.1. De artikelen 3 en 4 van het voorstel hebben betrekking op de uitsluitingsgronden bij de plaatsing van een overheidsopdracht.

Zij beogen drie facultatieve uitsluitingsgronden om te vormen tot verplichte uitsluitingsgronden, door deze te verplaatsen van artikel 69 naar artikel 67 van de wet van 17 juni 2016 (artikel 3, 3°, en 4 van het voorstel).

De in artikel 67, § 1, van die wet opgesomde verplichte uitsluitingsgronden gelden op dit ogenblik wanneer de aanbestedende overheid “heeft vastgesteld of anderszins ervan op de hoogte is dat deze kandidaat of inschrijver door een rechterlijke beslissing met kracht van gewijsde veroordeeld is om een van de volgende misdrijven (...)”. Het voorstel beoogt dat te vervangen door een veroordeling bij een gerechtelijke of administratieve beslissing, ongeacht of die kracht van gewijsde heeft (artikel 3, 1°, van het voorstel).

De uitsluitingsgrond “fraude” wordt aangevuld met de zinsnede “, met inbegrip van sociale en fiscale fraude” (artikel 3, 2°, van het voorstel).⁸

5.2. De te wijzigen artikelen 67 en 69 van de wet van 17 juni 2016 vormen de omzetting van artikel 57 van richtlijn 2014/24/EU.⁹

⁵ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’.

⁶ Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG’.

⁷ Artikel 18, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 36, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2014/25/EU. Zie ook onder meer HvJ 30 januari 2020, C-395/18, *Tim SpA*, ECLI:EU:C:2020:58, punt 45.

⁸ Het begrip “fraude” wordt in de huidige stand van de regelgeving reeds nader ingevuld in artikel 61, 3°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ door verwijzing naar “artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, goedgekeurd door de wet van 17 februari 2002”.

⁹ Zie voor de speciale sectoren ook artikel 151 van de wet van 17 juni 2016 en artikel 80 van richtlijn 2014/25/EU.

Artikel 57, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU inzake de verplichte uitsluitingsgronden bepaalt dat de aanbestedende diensten een ondernemer uitsluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure “wanneer zij hebben vastgesteld, door verificatie overeenkomstig de artikelen 59, 60 en 61, of anderszins ervan op de hoogte zijn dat deze ondernemer bij onherroepelijk vonnis veroordeeld is om een van de volgende redenen: (...)”.

De facultatieve uitsluitingsgronden worden geregeld in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU, op grond waarvan de “aangebestede diensten (...) elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure [kunnen] uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden: (...)”.

In zoverre uit de voorgestelde wijzigingen volgt dat de in artikel 67 geregelde verplichte uitsluiting plaatsvindt terwijl tegen de beslissing inzake de veroordeling voor het betrokken misdrijf nog een rechtsmiddel open staat of lopend is, zijn zij niet verenigbaar met artikel 57, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU. Op grond van die bepaling gelden de verplichte uitsluitingsgronden immers slechts wanneer de ondernemer “bij onherroepelijk vonnis veroordeeld” is voor een van de erin opsomde misdrijven.¹⁰

5.3. Uit artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU volgt dat de facultatieve uitsluitingsgronden, waarvan de toepassing in beginsel aan de aanbesteder toekomt, door de lidstaten verplicht kunnen worden gesteld.

In het arrest *Tim SpA* van 20 januari 2020 heeft het Hof van Justitie echter, over een van de facultatieve uitsluitingsgronden die ook het voorliggende voorstel verplicht wenst te maken, namelijk het niet-nakomen van de in artikel 18, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU (artikel 7, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016) bedoelde verplichtingen, geoordeeld dat het Unierecht zich verzet “tegen een nationale regeling die bepaalt dat een dergelijke uitsluiting automatisch plaatsvindt”. Het Hof overwoog daarbij dat “uit overweging 101, derde alinea, van richtlijn 2014/24 blijkt dat de aanbestedende diensten bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, zoals die van artikel 57, lid 4, onder a), van deze richtlijn, bijzondere aandacht moeten schenken aan het evenredigheidsbeginsel, door met name rekening te houden met de geringe grootte van de onregelmatigheden die werden begaan of de herhaling van kleine onregelmatigheden”.¹¹⁻¹² De noodzaak om het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen, komt volgens het Hof ook tot uiting in artikel 57, lid 6, eerste alinea, van richtlijn 2014/24, op grond waarvan elke ondernemer die met name in de in artikel 57, lid 4, onder a), van die richtlijn bedoelde situatie verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks het bestaan van die uitsluitingsgrond.¹³⁻¹⁴

¹⁰ Dit vereiste geldt niet wat de in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU opgesomde facultatieve uitsluitingsgronden betreft.

¹¹ HvJ 30 januari 2020, C-395/18, *Tim SpA*, ECLI:EU:C:2020:58, punt 48.

¹² In overweging 101 van de richtlijn wordt onder meer het volgende opgemerkt: “Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn.”

¹³ HvJ 30 januari 2020, C-395/18, *Tim SpA*, ECLI:EU:C:2020:58, punt 49.

Ook de voorgestelde regeling voorziet voor de facultatieve uitsluitingsgronden vermeld in artikel 57, lid 4, a), c) en g), van richtlijn 2014/24, in een automatische uitsluiting, behoudens indien de kandidaat of inschrijver, overeenkomstig artikel 70 van de wet van 17 juni 2016, aantoonde toereikende maatregelen te hebben genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen.¹⁵ Dat de voorgestelde regeling voorziet in de mogelijkheid van *self-cleaning*, neemt niet weg dat ze in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie alsnog op gespannen voet lijkt te staan met het evenredigheidsbeginsel door voor de betrokken facultatieve uitsluitingsgronden in een automatische uitsluiting te voorzien.

5.4. Als gevolg van de in artikel 3, 1°, c), van het voorstel vervatte wijziging geldt de in artikel 67, § 1, van de wet van 17 juni 2016 geregelde uitsluiting, behalve in geval van succesvolle toepassing van artikel 70 inzake corrigerende maatregelen, wanneer de betrokken ondernemer bij een gerechtelijke of administratieve beslissing is veroordeeld om “een van de volgende tekortkomingen”. Er moet echter worden vastgesteld dat artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU en het actueel geldende artikel 69 van de wet van 17 juni 2016 niet vereisen dat er een gerechtelijke of administratieve beslissing voorhanden is waaruit de toepasselijkheid van de uitsluitingsgrond blijkt. Het volstaat dat de aanbestedder dat “met elk passend middel aantoonde” (artikel 69, eerste lid, 1° en 3°) of dat “de kandidaat of inschrijver blijkt heeft gegeven” van de tekortkoming in kwestie (artikel 69, eerste lid, 7°).

5.5. Besloten dient dan ook te worden dat de artikelen 3 en 4 van het wetsvoorstel diverse fundamentele juridische problemen oproepen en grondig moeten worden herzien.

¹⁴ Zie ook eerder HvJ 3 oktober 2019, C-267/18, *Delta*, ECLI:EU:C:2019:826, waarin het Hof van Justitie in vergelijkbare zin oordeelde met betrekking tot de onder artikel 57, lid 4, g), van richtlijn 2014/24, vermelde facultatieve uitsluitingsgrond. Daarbij benadrukte het Hof dat uit de bewoordingen van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, volgt dat de Uniewetgever het aan de aanbestedende dienst heeft willen laten – en alleen aan hem – om in de fase van de selectie van inschrijvers te beoordelen of een inschrijver moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure. De totstandbrenging van een vertrouwensrelatie tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, veronderstelt volgens het Hof dat deze aanbestedende dienst niet automatisch gebonden is aan de beoordeling door een andere aanbestedende dienst in het kader van een eerdere overheidsopdracht, met name om bij de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht te kunnen besteden aan het evenredigheidsbeginsel (zie in die zin ook HvJ, 19 juni 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, punten 30 en 32). Het Hof verklaarde daarbij voor recht dat artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24/EU aldus moet worden uitgelegd dat de in het kader van een eerdere overheidsopdracht door een ondernemer verrichte uitbesteding van een deel van de werken aan een onderaannemer, zonder toestemming van de aanbestedende dienst, die heeft geleid tot de vroegtijdige beëindiging van die opdracht, een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens voornoemde opdracht in de zin van die bepaling vormt, en dus kan rechtvaardigen dat die ondernemer van deelname aan een latere openbare aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten, indien de aanbestedende dienst die deze latere aanbestedingsprocedure organiseert, na een eigen beoordeling van de integriteit en de betrouwbaarheid van de ondernemer waarop de vroegtijdige beëindiging van de eerdere overheidsopdracht betrekking heeft, van mening is dat een dergelijke onderaanneming leidt tot een breuk in de vertrouwensband met de betrokken ondernemer. Alvorens tot een dergelijke uitsluiting over te gaan, dient de aanbestedende dienst echter overeenkomstig artikel 57, lid 6, van die richtlijn, gelezen in samenhang met overweging 102 ervan, aan die ondernemer de mogelijkheid te bieden om de corrigerende maatregelen uiteen te zetten die hij na de vroegtijdige beëindiging van de eerdere overheidsopdracht heeft genomen.

¹⁵ Zie artikel 67, § 1, eerste zin, van de wet van 17 juni 2016.

Artikel 5

6.1. Artikel 5 van het voorstel strekt tot wijziging van artikel 81 van de wet van 17 juni 2016 dat de gunningscriteria betreft.

Overeenkomstig het actueel geldende artikel 81, § 2, eerste lid, wordt “de meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid (...), naar keuze, vastgesteld:

1° op basis van de prijs;

2° op basis van de kosten, rekening houdend met de kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, overeenkomstig artikel 82;

3° rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die bepaald wordt op basis van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht. (...).”

De bestaande opsomming in artikel 81, § 2, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 betreft aldus keuzemogelijkheden die elkaar uitsluiten.

Zoals blijkt uit de toelichting beoogt de voorgestelde regeling een einde te maken aan de mogelijkheid om een overheidsopdracht louter op basis van de laagste prijs te gunnen.

Artikel 5, 1°, a), van het voorstel voorziet in de opheffing van de woorden “naar keuze” in de inleidende zin van artikel 81, § 2, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016. De voorgestelde inleidende zin van artikel 81, § 2, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 luidt als volgt: “De economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid wordt vastgesteld op grond van een afweging van de volgende criteria”, hetgeen tot gevolg heeft dat de gunningscriteria moeten worden vastgesteld op basis van (al) de drie zo-even opgesomde elementen. Het voorgestelde artikel 81, § 2, derde lid, van de wet van 17 juni 2016 bepaalt bovendien dat voor opdrachten voor werken en diensten het in het eerste lid, 1°, bedoelde criterium binnen de in het eerste lid bedoelde afweging niet zwaarder mag wegen dan 40%.

In elk van de drie opgesomde punten spelen de prijs of de kosten echter een zekere rol. Dat geldt immers ook wanneer de gunning afhangt van “de beste prijs-kwaliteitsverhouding”. Door de bestaande structuur (weliswaar in licht gewijzigde vorm) te behouden, maar een “afweging” tussen die drie mogelijkheden op te leggen, krijgt die bepaling een opbouw die niet strookt met de beoogde draagwijdte. De naleving van het zo-even vermelde maximum van 40% wordt op die wijze overigens niet gewaarborgd, aangezien de prijs of kosten ook onder de punten 2° en 3° kunnen worden begrepen.

6.2. Niettegenstaande hetgeen hiervoor werd opgemerkt, moet in elk geval worden vastgesteld dat de Nederlandse tekst van artikel 5, 1°, b), van het voorstel niet correct is geredigeerd, aangezien woorden tussengevoegd worden tussen “vastgesteld” en “: op basis van de prijs”, terwijl het nummer van dat element van de opsomming ontbreekt. Voorts voegt artikel 5, 2°, van het voorstel in artikel 81, § 2, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 de woorden “of de herstelbaarheid” in tussen de woorden “de levenscycluskosten” en de zinsnede “overeenkomstig artikel 82”, terwijl artikel 82 van de wet niets regelt over de herstelbaarheid.

Artikel 6

7.1. Artikel 12/3 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ beperkt de mogelijkheid voor de opdrachtnemer om bij de uitvoering van een overheidsopdracht beroep te doen op onderaannemers. Paragraaf 2 van dat artikel betreft meer in het bijzonder een beperking aan het aantal niveaus van onderaannemers.

Artikel 6 van het voorstel strekt ertoe in de inleidende zin van het eerste lid van die paragraaf de woorden “in een fraudegevoelige sector” op te heffen.¹⁶ Luidens de toelichting beoogt deze bepaling “de beperking tot twee niveaus uit te breiden naar alle sectoren”.

Artikel 12/3, § 2, eerste lid, bevat echter drie verschillende regelingen inzake de beperking van het aantal niveaus van onderaanneming die gelden naargelang de aard van de opdracht. Enkel in die gevallen vindt de beperking toepassing.

Artikel 12/3, § 2, eerste lid, 1° en 2°, betreffen opdrachten voor werken die uit hun aard worden ingedeeld in een categorie of ondercategorie overeenkomstig artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 ‘tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’.

Artikel 12/3, § 1, eerste lid, 3°, betreft daarentegen de opdrachten “voor diensten (...) in een fraudegevoelige sector”. De verwijzing naar de fraudegevoelige sectoren in die bepaling wordt door het voorliggende voorstel niet opgeheven.

De effectieve draagwijdte van artikel 6 van het voorstel stemt bijgevolg niet volledig overeen met de in de toelichting geschetste draagwijdte.

7.2. Artikel 12/3 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 is ingevoegd bij het koninklijk besluit van 22 juni 2017 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

¹⁶ Overigens moet in de Franse tekst van de op te heffen zinsnede het woord “passés” worden weggelaten.

In advies 61.030/1 van 23 maart 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 22 juni 2017 heeft de afdeling Wetgeving vragen gesteld bij de verenigbaarheid van de beperkingen inzake onderaanneming met de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU en met het ruimere unierecht. Gelet op de twijfel daaromtrent werd geadviseerd om de ontworpen bepalingen “duidelijker te situeren ten opzichte van de overeenkomstige richtlijnbeoordelingen en om (...) tevens aan te geven waarom de ontworpen bepaling kan worden geacht voldoende recht te doen aan het evenredigheidsvereiste”. Wat dat laatste betreft had de afdeling Wetgeving immers opgemerkt dat, indien wordt aangenomen dat de strijd tegen sociale dumping een verdedigbaar doel uitmaakt, niettemin de vraag rijst of de ontworpen maatregel wel beantwoordt aan het evenredigheidsvereiste en of hij efficiënt is.¹⁷

Die opmerkingen werden in herinnering gebracht in advies 61.559/1 van 13 juni 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’, dat gelijkaardige bepalingen inzake onderaanneming bevatte. In dat advies werd tevens gewezen op het sindsdien uitgesproken arrest *Borta* van het Hof van Justitie van 5 april 2017, waarin eveneens tot de onverenigbaarheid van bepaalde beperkingen inzake onderaanneming met het unierecht werd besloten.¹⁸ Het betrof de verplichting uit het nationale recht dat het hoofdgedeelte van de werken dat als zodanig was omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moest worden uitgevoerd. Het Hof oordeelde dat die maatregel verder ging dan noodzakelijk, onder meer omdat het verbod inzake onderaanneming gold “ongeacht de economische sector waarop de aan de orde zijnde opdracht betrekking heeft, de aard van de werken en de kwalificaties van de onderaannemers”.¹⁹

Nadien heeft het Hof van Justitie in arresten van 26 september 2019 en 27 november 2019 de strijdigheid met het unierecht vastgesteld van een nationale regeling volgens welke het gedeelte van de opdracht dat de inschrijver aan derden in onderaanneming mag geven, beperkt is tot 30%. De aangevoerde doelstelling van die maatregelen, namelijk de bestrijding van het verschijnsel van infiltratie van de georganiseerde misdaad op het gebied van overheidsopdrachten, werd weliswaar legitiem bevonden, maar de maatregel werd niet proportioneel bevonden, mede gelet op de toepasselijkheid ervan ongeacht de economische sector.²⁰

De toelichting bij het voorstel bevat geen uiteenzetting of verantwoording omtrent de verenigbaarheid van de voorgestelde wijziging, die in een uitbreiding tot alle sectoren beoogt te voorzien, met het unierecht. Artikel 6 van het voorstel moet in het licht van hetgeen zo-even is opgemerkt aan een grondig bijkomend onderzoek onderworpen worden.

¹⁷ Adv.RvS 61.030/1 van 23 maart 2017, opm. 5 en 6.

¹⁸ HvJ 5 april 2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266.

¹⁹ HvJ 5 april 2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266, punten 54-55.

²⁰ HvJ 26 september 2019, C-63/18, *Vitali SpA*, ECLI:EU:C:2019:787, punt 40; HvJ 27 november 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl e.a.*, ECLI:EU:C:2019:1023, punt 47.

Artikel 7

8. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 7 van het voorstel dient de verwijzing naar “de wet van 12 april 1965 betreffende het loon der werknemers” te worden vervangen door een verwijzing naar “de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers”.

9. In advies 59.673/1/V van 29 juli 2016²¹ merkte de afdeling Wetgeving het volgende op:

“In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat de ontworpen regeling ook verder gaat dan wat in artikel 12, leden 1 en 2, van richtlijn 2014/67/EU is voorzien. Dat is op zich toegelaten, gelet op artikel 12, lid 4, eerste zin, van richtlijn 2014/67/EU, maar de evenredigheid en het niet-discriminerende karakter ervan moet worden verantwoord in het licht van die bepaling en het vrij verkeer van diensten.

In het bijzonder moet worden opgemerkt dat de definitie van ‘verschuldigd loon’ in het ontworpen artikel 35/6/1, 9°, van de Loonbeschermingswet ruimer lijkt dan de omschrijving van ‘het achterstallige nettoloon dat met het minimumloon overeenkomt’ in artikel 12, lid 1 van richtlijn 2014/67/EU. Aangezien de term ‘minimumloon’ lijkt te verwijzen naar dezelfde in richtlijn 96/71/EG gehanteerde term moeten de stellers van het ontwerp uitdrukkelijk verantwoorden waarom de hier gekozen definitie van ‘verschuldigd loon’, die in essentie terugvalt op de term loon zoals gedefinieerd in artikel 2 van de Loonbeschermingswet, ook een hele reeks vergoedingen lijkt te omvatten die in het kader van richtlijn 96/71/EG niet noodzakelijk als minimumloon mogen worden beschouwd.²² Aangezien een te ruime invulling door een lidstaat van het begrip minimumloon voor de toepassing van die richtlijn een beperking van het vrij verkeer kan vormen,²³ moet worden verantwoord waarom dat voor de omzetting van artikel 12 van richtlijn 2014/67/EU niet het geval zou zijn.²⁴”

Naar aanleiding van het voornoemde advies, verstrekte de gemachtigde nog de volgende verduidelijking:

“A la différence des directives européennes, la législation belge (sur la protection des salaires) considère la notion de salaire de manière très large, couvrant le salaire et les cotisations sociales (salariales) sur ce salaire, mais aussi tous les autres avantages sociaux dus en vertu du contrat de travail (tels que le pécule de vacances, la prime de fin d'année, les chèques-repas, etc.)

²¹ Adv.RvS 59.673/1/V van 29 juli 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 11 december 2016 ‘houdende diverse bepalingen inzake detachering van werknemers’, opm. 8 (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2091/1).

²² Voetnoot 4 van het advies: Zie voor het begrip ‘minimumloon’: HvJ 12 februari 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, punten 27-70, en de daar aangehaalde rechtspraak.

²³ Voetnoot 5 van het advies: HvJ 12 februari 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, punten 32-34.

²⁴ Voetnoot 6 van het advies: Voor zover de stellers van het ontwerp het systeem van de hoofdelijke aansprakelijkheid verantwoorden op basis van het arrest HvJ 12 oktober 2004, C-60/03, *Wolff en Müller* (zie de memorie van toelichting), moet worden opgemerkt dat de proportionaliteit van de maatregel daar onder meer verantwoord was vanuit de samenhang met de term ‘minimumloon’ vermeld in richtlijn 96/71/EG. Indien een ruimer loonbegrip wordt gehanteerd, moet dit bijkomend worden verantwoord.

Ce choix législatif s'explique donc par la volonté d'instaurer une responsabilité qui concernera l'ensemble des rémunérations dues, à savoir, les salaires relatifs à de futures dettes salariales mais également les salaires du passé concernant des prestations effectuées en faveur du donneur d'ordre par les travailleurs de son entrepreneur ou de l'entrepreneur par les travailleurs de son sous-traitant direct. C'est pourquoi il est fait référence au salaire dû, et non aux arriérés de salaire net."

Het gegeven dat in de Belgische rechtsorde in het verleden gekozen is voor een ruimer loonbegrip dan het begrip "minimumloon" in artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/67/EU, neemt niet weg dat zulks dient te kunnen worden verantwoord in het licht van het vrij verkeer van diensten.

Artikel 8

10.1. De wijziging die artikel 8, 2°, van het wetsvoorstel beoogt aan te brengen in artikel 35/2, § 2, van de wet van 12 april 1965, strekt ertoe de hoofdelijke aansprakelijkheidsregeling uit te breiden tot "iedere sector".

Daartoe beroepen de indieners van het wetsvoorstel zich op artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 'inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt ('de IMI-verordening')', luidens hetwelk de lidstaten met betrekking tot de reikwijdte van de aansprakelijkheid in het geval van onderaanneming uit hoofde van het nationaal recht op niet-discriminerende en evenredige basis tevens strengere aansprakelijkheidsregels kunnen vaststellen. Zij kunnen dergelijke aansprakelijkheidsregels ook vaststellen voor andere sectoren dan de in de bijlage bij richtlijn 96/71/EG genoemde sectoren.²⁵

De toelichting verduidelijkt op dit punt, dat "[v]astgesteld wordt (...) dat het onderscheid tussen 'risicosectoren' en 'niet-risicosectoren' kunstmatig (en achterhaald) is, aangezien almaar meer activiteiten te maken krijgen met sociale dumping ingevolge misbruik van en inbreuken op de detacheringsrichtlijn".

De gemachtigde voegde daar nog aan toe:

"L'article 12, 4° de la directive 2014/67/UE autorise à élargir le régime général de responsabilité solidaire à tous les secteurs. La distinction opérée actuellement entre les 'secteurs à risque' et les autres est purement théorique. Dans la réalité, les pratiques de dumping social, notamment d'abus et d'infractions à la directive sur le détachement des travailleurs, ne cessent d'évoluer et touchent sans cesse de plus en plus d'activités et de nouveaux secteurs. Ainsi, on voit désormais apparaître des techniques de dumping social dans le secteur des délocalisations, dans le secteur des soins. L'extension à tous les secteurs permet donc une égalité entre ceux-ci étant donné que la notion de secteur à risque est en constante évolution."

²⁵ Te weten diverse activiteiten die onder de bouwsector vallen.

10.2. De voorgestelde regeling is in beginsel verenigbaar met artikel 12 van richtlijn 2014/67/EU, zij het dat de evenredigheid en het niet-discriminerende karakter van de voorgestelde regeling moeten kunnen worden verantwoord in het licht van die bepaling en het vrij verkeer van diensten vervat in artikel 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Aangezien hoofdelijke aansprakelijkheid in beginsel de uitzondering behoort te zijn, dient de uitbreiding ervan tot “iedere sector” en tot zuiver interne situaties, bovendien te kunnen worden verantwoord in het licht van het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel.²⁶ De toelichting bij het voorstel wordt het best met dergelijke verantwoording aangevuld, wat de voornoemde punten betreft.

Artikel 11

11.1. Het voorgestelde artikel 37/2 van de wet van 12 april 1965 voorziet in de oprichting van een contactpunt bij de Algemene Directie Toezicht op de Sociale Wetten van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg, dat de opdrachtgevers en de werkgevers kunnen raadplegen en dat aangeeft of een bepaalde werkgever opgenomen is in een gegevensbank wegens 1° verhindering van het toezicht door de Inspectie, 2° weigering de loonschulden te regulariseren, 3° recidive inzake loonschulden, of 4° strafrechtelijke vervolging ingevolge een inbreuk die is vastgesteld door de Inspectie.

11.2. Met toepassing van artikel 37 van de Grondwet berust de federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, bij de Koning. Daaruit volgt dat de regeling van de organisatie en de werking van de bestuursdiensten zaak is van de Koning. Van dit beginsel kan de wetgever slechts afwijken wanneer daartoe een dwingende reden bestaat, wanneer een hogere rechtsnorm daartoe zou verplichten of wanneer dit ingrijpen zijn reden vindt in het vrijwaren van de rechten van de burger. Het verdient dan ook aanbeveling de Koning de opdracht te verlenen om de betrokken dienst aan te wijzen waarbinnen het contactpunt wordt opgericht.

11.3. De voorgestelde regeling heeft mede betrekking op de verwerking van persoonsgegevens in de zin van artikel 22 van de Grondwet en artikel 4, 1), van de AVG.

Het wetsvoorstel voorziet in een “contactpunt” waarbij werkgevers en opdrachtgevers informatie uit “een gegevensbank” kunnen opvragen. Het wetsvoorstel duidt echter geen bestaande gegevensbanken aan die hiertoe zouden kunnen worden geraadpleegd, noch wordt voorzien in de oprichting van een nieuwe gegevensbank.

Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke schending van het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd.

²⁶ Daarbij zal ook rekening moeten worden gehouden met de bedrijven die operationeel zijn in sectoren die minder gevoelig of ongevoelig zijn aan sociale dumping, zoals bijvoorbeeld intellectuele dienstverlenende beroepen, en waarvoor de algemene hoofdelijke aansprakelijkheidsregeling ook van toepassing wordt verklaard.

Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.²⁷

Bijgevolg moeten de “essentiële elementen” van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband zijn zowel de Raad van State, afdeling Wetgeving,²⁸ als het Grondwettelijk Hof²⁹ van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel “essentiële elementen” uitmaken: 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.

11.4. Naast het formele wettigheidsvereiste legt artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) en met de artikelen 7, 8 en 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, de verplichting op dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en in het recht op bescherming van persoonsgegevens in duidelijke en voldoende nauwkeurige bewoordingen wordt geformuleerd die het mogelijk maken de hypothesen te voorzien waarin de wetgever een dergelijke inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven toestaat.³⁰

Inzake bescherming van de gegevens impliceert dat vereiste van voorzienbaarheid dat voldoende precies moet worden bepaald in welke omstandigheden de verwerkingen van persoonsgegevens zijn toegelaten.³¹

Derhalve moet eenieder een voldoende duidelijk beeld kunnen hebben van de verwerkte gegevens, de bij een bepaalde gegevensverwerking betrokken personen en de voorwaarden voor en de doeleinden van de verwerking.³²

²⁷ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

²⁸ Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, opmerking 101 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119).

²⁹ GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2.

³⁰ GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.2.

³¹ EHRM, grote kamer, 4 mei 2000, *Rotaru t. Roemenië*, § 57; EHRM, grote kamer, 4 december 2008, *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, § 99; GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.2.

³² GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.2.

Doordat niet verduidelijkt wordt welke gegevensbanken – en welke hierin vervatte gegevens – via het contactpunt kunnen worden geraadpleegd door opdrachtgevers en werkgevers, is niet voldoende voorzienbaar welke gegevensstromen door het wetsvoorstel op gang kunnen worden gebracht.

De algemene formulering van de te verwerken persoonsgegevens staat daarenboven op gespannen voet met het materiële legaliteitsbeginsel van artikel 22 van de Grondwet aangezien de formulering niet toelaat een voldoende duidelijk beeld te hebben van de verwerkte gegevens. Aldus kan niet nagegaan worden of de betrokken gegevensverwerking wel in overeenstemming is met het beginsel van de minimale gegevensverwerking zoals dit voortvloeit uit artikel 5, lid 1, c), van de AVG.

11.5. De door het voorgestelde artikel 37/2 van de wet van 12 april 1965 geregelde bekendmaking heeft betrekking op de verhindering van toezicht, de weigering loonschulden te regulariseren, recidive inzake loonschulden, en “strafrechtelijke vervolgingen”.

Met betrekking tot de algemene publieke bekendmaking van disciplinaire maatregelen, opgelegd aan sportbeoefenaars, was de Raad van State, afdeling Wetgeving – in lijn met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof³³ – van mening dat een algemene toegankelijkheid van dergelijke gegevens onevenredig is met de ermee nagestreefde doelstelling, en als zodanig strijdig is met artikel 22 van de Grondwet. Daarbij gaf de afdeling Wetgeving ter overweging om in een contactmogelijkheid te voorzien voor organisatoren van sportwedstrijden waarlangs zij dergelijke gegevens kunnen opvragen.³⁴ Dat hieruit zou kunnen worden geconcludeerd dat de voorgestelde regeling – die eveneens voorziet dat de kwetsieuzen persoonsgegevens enkel worden meegedeeld nadat deze eerst door de opdrachtgever of werkgever worden opgevraagd – aanvaardbaar is in het licht van artikel 22 van de Grondwet, lijkt evenwel hoogst twijfelachtig.

Artikel 22, eerste lid, van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM, sluiten een overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven niet uit, maar vereisen dat in die inmenging wordt voorzien in een voldoende precieze wettelijke bepaling, dat zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en dat zij evenredig is met de daarmee nagestreefde wettige doelstelling. Die bepalingen houden bovendien de positieve verplichting in voor de overheid om maatregelen te nemen die een daadwerkelijke eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven garanderen, zelfs in de sfeer van de onderlinge verhoudingen van individuen.³⁵

In navolging van het voorgestelde artikel 37/2 van de wet van 12 april 1965 zal iedere opdrachtgever en iedere werkgever kunnen nagaan of een bepaalde werkgever gekend is wegens één van de onder 1° tot 4° van die bepaling vermelde feiten. Er wordt daarbij niet vereist dat de partij die gegevens opvraagt daarbij enig belang doet gelden, zodat deze gegevens gedeeld

³³ GwH 19 januari 2005, nr. 16/2005, B.6.1 en B.6.2.

³⁴ Adv.RvS 56.658/3 van 23 oktober 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 19 december 2014 ‘houdende aanpassing van het Antidopingdecreet van 25 mei 2012 aan de Code 2015’, opm. 6.3.3 (Parl.St. VI.Parl. 2014-15, nr. 161/1).

³⁵ EHRM 27 oktober 1994, *Kroon e.a. t. Nederland*, § 31; GwH 30 maart 2023, nr. 56/2023, B.3.4.

kunnen worden met een zeer ruime kring van actoren. Uit de vermelding in de toelichting volgens dewelke “het wenselijk [is] dat opdrachtgevers en werkgevers, alvorens een contractuele verhouding met een bepaalde werkgever aan te gaan, weten of die al dan niet bij de Inspectie Toezicht Sociale Wetten bekend is wegens ernstige overtredingen van de sociale wetgeving”, blijkt niet afdoende dat een dergelijke ruime bekendmaking noodzakelijk is om de doelstelling van de wetgever te bereiken.

Dit geldt des te meer daar tevens door het contactpunt zal kunnen worden meegedeeld of geweten is of de betrokken werkgever het voorwerp uitmaakt van een “strafrechtelijke vervolging” of niet, zonder dat er daarbij zelfs al sprake dient te zijn van een veroordeling. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt dat het vermoeden van onschuld, gewaarborgd door artikel 6, lid 2, van het EVRM, eveneens in acht dient te worden genomen bij het beoordelen van de reikwijdte van het recht op privéleven.³⁶

11.6. De indieners van het wetsvoorstel doen er goed aan om de in artikel 11 van het voorstel vervatte regeling nader te preciseren of aan te vullen, rekening houdend met wat voorafgaat.

Artikel 14

12. In het voorgestelde artikel 334, § 1, van de programmawet (I) van 27 december 2006 wordt vermeld dat de in die bepaling bedoelde lijst “de in artikel 333 beoogde criteria [vervangt]”. Artikel 333 van de betrokken programmawet bevat de algemene criteria voor het bepalen van de arbeidsrelatie. In het huidige artikel 334, § 1, van de programmawet wordt bepaald dat de lijst die de Koning kan vaststellen “de criteria [aanvult] die in artikel 333 worden beoogd”.

Anders dan tot op heden het geval is, zullen de algemene criteria vervat in artikel 333 van de programmawet dus niet meer gelden ten aanzien van de sectoren, beroepen, categorieën van beroepen of beroepsactiviteiten, waarvoor de Koning een lijst met specifieke criteria opstelt.

Naast het gegeven dat de Koning bij het vaststellen van specifieke criteria in elk geval het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie in acht zal moeten nemen, moet worden gewaakt over de interne coherentie van de te wijzigen regeling. Meer in het bijzonder dient te worden toegezien op de coherentie met de artikelen 332, tweede lid, en 334, § 2, tweede zin, van de programmawet.³⁷

³⁶ EHRM 20 september 2018, *Jishkariani t. Georgië*, § 41.

³⁷ Artikel 332, tweede lid, van de programmawet, luidt: “De elementen die in het eerste lid worden bedoeld, worden beoordeeld op basis van de algemene criteria zoals gedefinieerd in artikel 333 en, desgevallend, van de specifieke criteria van juridische of socio-economische aard die overeenkomstig de adviesprocedure van hoofdstuk V worden vastgesteld.” De formulering van die bepaling steunt op de veronderstelling dat de specifieke criteria de algemene criteria niet vervangen, maar aanvullen. Hetzelfde geldt voor artikel 334, § 2, tweede zin, van de programmawet, waarin wordt bepaald dat de specifieke criteria niet kunnen afwijken van de (algemene) criteria bepaald in artikel 333 van die wet.

De voorgestelde regeling moet in het licht daarvan aan een bijkomend onderzoek worden onderworpen en in voorkomend geval worden aangevuld of aangepast.

Artikel 15

13. In het voorgestelde artikel 335, eerste lid, van de programmawet (I) van 27 december 2006 wordt bepaald dat de Koning “de in artikel 334 bedoelde bevoegdheid” slechts kan uitoefenen na het inwinnen van het advies van het directiecomité van de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst, bedoeld in artikel 6 van het Sociaal Strafwetboek, of, bij ontstentenis ervan, van de Nationale Arbeidsraad, alsook van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO. Luidens het tweede lid van het voorgestelde artikel 335 bepaalt “[d]at orgaan (...), nadat het advies van de betrokken paritaire comités is ingewonnen, de in artikel 334, § 1, vermelde specifieke criteria.”³⁸

Aangezien zowel het actueel geldende als het voorgestelde artikel 334, § 1, van de betrokken programmawet, de bevoegdheid om de specifieke criteria vast te stellen aan de Koning toekent, kan in het voorgestelde artikel 335, tweede lid, niet erin worden bepaald dat “[d]at orgaan” de specifieke criteria bepaalt.

Indien het de bedoeling is dat het bedoelde orgaan het in het eerste lid bedoelde advies pas kan verstrekken nadat het advies van de betrokken paritaire comités is ingewonnen, moet zulks uit de tekst van de voorgestelde bepaling blijken.

Indien het daarentegen de bedoeling zou zijn dat het bedoelde orgaan de specifieke criteria wel degelijk vaststelt, is zulks een ongeoorloofde delegatie van verordende bevoegdheden en kan die regeling geen doorgang vinden. Volgens de vaste adviespraktijk van de afdeling Wetgeving is immers het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling, zoals het directiecomité van de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst, in principe niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover zij zeer beperkt zijn en een niet-beleidsmatig karakter hebben, door hun detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte. De instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen moeten hierbij zowel aan rechterlijke controle als aan politieke controle onderworpen zijn. Daargelaten de vraag of de Nationale Arbeidsraad en de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO als openbare instelling kunnen worden beschouwd, betreft het in het voorliggende geval hoe dan ook geen delegatie met een detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte.

³⁸ De Nederlandse en de Franse tekst van zowel het eerste als het tweede lid van het voorgestelde artikel 335 stemmen niet volledig overeen, aangezien het in de Nederlandse tekst volstaat dat het advies is ingewonnen, terwijl de Franse tekst suggereert dat het advies er effectief moet zijn. Vgl. met het actueel geldende artikel 335, eerste lid, (“na advies” en “après avis”) of met het actueel geldende artikel 337/1, § 2, eerste lid, (“nadat het advies werd ingewonnen” en “après avoir demandé l’avis”) van de programmawet (I) van 27 december 2006.

Artikel 16

14. In diverse leden van het voorgestelde artikel 337/1, § 2, van de programmawet (I) van 27 december 2006 wordt melding gemaakt van “de in § 1 bepaalde lijst”. Duidelijkheidshalve wordt telkens het best geëxpliciteerd dat het om de “lijst van arbeidsrelaties” gaat waarop het betrokken hoofdstuk van toepassing is en bijvoorbeeld niet om de lijst met specifieke criteria die de Koning met toepassing van het voorgestelde artikel 334, § 1, van dezelfde wet (artikel 14 van het wetsvoorstel), kan opstellen.³⁹

15. In het voorgestelde artikel 337/1, § 2, vierde lid, van de programmawet (I) van 27 december 2006 wordt verwezen naar “de gestelde termijn” waarbinnen een “conform en eenparig advies”⁴⁰ moet zijn uitgebracht. Anders dan wat het geval is in het actueel geldende artikel 337/1, § 2, derde lid, van de programmawet, waarin wordt verwezen naar de termijn die wordt omschreven in artikel 337/1, § 2, tweede lid, bevat de voorgestelde paragraaf echter geen gelijkaardige omschrijving van een termijn.⁴¹ De voorgestelde tekst moet op dat punt worden aangepast.

Artikel 17

16. Overeenkomstig artikel 337/2, § 1, van de programmawet (I) van 27 december 2006 worden de in artikel 337/1 bedoelde arbeidsrelaties “weerlegbaar vermoed een arbeidsovereenkomst te zijn wanneer uit de analyse van de arbeidsrelatie blijkt dat meer dan de helft van de [in die paragraaf opgesomde] criteria zijn vervuld”.

Artikel 337/2, § 2, van de betrokken programmawet, luidt momenteel als volgt:

“Wanneer blijkt dat meer dan de helft van de criteria, vermeld in de eerste paragraaf niet zijn vervuld, wordt de arbeidsrelatie, weerlegbaar vermoed een zelfstandigenovereenkomst te zijn.

Dit vermoeden kan worden weerlegd door alle middelen van recht, onder andere op basis van de in deze wet bepaalde algemene criteria.”

Artikel 17 van het voorstel beoogt in het tweede lid van die paragraaf de woorden “onder andere op basis van de in deze wet bepaalde algemene criteria” te vervangen door de woorden “behalve door de in deze wet bepaalde algemene criteria”.

De voorgestelde wijziging heeft tot gevolg dat, enkel ten aanzien van de in artikel 337/1, van de programmawet (I) van 27 december 2006 bedoelde arbeidsrelaties – die een aantal specifieke sectoren en activiteiten betreffen – de algemene criteria geen toepassing meer

³⁹ Artikel 337/1, § 1, van de programmawet (I) van 27 december 2006 maakt als zodanig geen melding van een “lijst”, maar somt een aantal arbeidsrelaties op.

⁴⁰ In de Nederlandse tekst wordt wellicht een “eensluidend en eenparig advies” bedoeld. Vgl. met het actueel geldende artikel 337/1, § 2, derde lid, van de programmawet (I) van 27 december 2006.

⁴¹ Artikel 337/1, § 2, tweede lid, van de programmawet (I) van 27 december 2006 luidt: “Deze drie organen verstrekken hun adviezen binnen vier maanden nadat het verzoek werd gedaan door de Minister bevoegd voor Werk, de Minister bevoegd voor Sociale Zaken of de Minister bevoegd voor het sociaal statuut der zelfstandigen.”

vinden. In het licht van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel zou een dergelijke uitsluiting, bijvoorbeeld, kunnen worden verantwoord indien de wetgever aannemelijk maakt dat de in artikel 337/2, § 1, van de programmawet, vermelde criteria reeds samenvallen met of een concretisering zijn van de algemene criteria. In de actueel geldende stand van de wetgeving heeft de wetgever echter geoordeeld dat de algemene criteria net wel kunnen worden aangewend om het in artikel 337/2, § 1, vervatte vermoeden te weerleggen. De toelichting bij het wetsvoorstel bevat hieromtrent geen enkele verduidelijking.

Artikel 17 van het voorstel moet in het licht van hetgeen voorafgaat dan ook aan een bijkomend onderzoek worden onderworpen.

Artikel 18

17. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 18 van het wetsvoorstel moeten de woorden “en diverse bepalingen” worden vervangen door de woorden “en andere bepalingen”.

18. In het aan artikel 186 van de wet van 12 augustus 2000 ‘houdende sociale, budgettaire en andere bepalingen’ toe te voegen lid (artikel 18, 4°, van het wetsvoorstel), wordt bepaald dat de toelatingsaanvragen en de werkgevers die samen een werkgeversgroepering willen vormen, alsook de toelating daartoe, worden vermeld op de website van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg. Er kan wat dat betreft, worden verwezen naar de opmerking onder randnummer 11.2.

Artikelen 23 en 24

19. De bewoordingen in de voorgestelde artikelen 31^{ter}, § 2, eerste lid, 7°, van de wet van 4 augustus 1996 ‘betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk’ en 6, § 2, eerste lid, 7°, van de programmawet van 10 augustus 2015, wijken af van de in artikel 25, § 1, 6°, van de programmawet van 26 december 2022 gehanteerde formulering.⁴² In de mate de betrokken bepalingen een gelijkaardige draagwijdte hebben, verdient het aanbeveling om door middel van een meer uniforme redactie te streven naar een duidelijkere en daarmee beter toegankelijke wetgeving.

Artikelen 25 en 26

20. De artikelen 25 en 26 van het wetsvoorstel strekken tot het opheffen van de artikelen 13 en 14 van de wet van 23 maart 2019 ‘tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen’.

⁴² Artikel 25, § 1, 6°, van de programmawet van 26 december 2022, vermeldt “het tijdstip van de registratie van aankomst op de arbeidsplaats en dat van vertrek van de arbeidsplaats evenals rustpauzes”.

Bij het tot stand komen van de wet van 23 maart 2019 heeft de wetgever een duidelijke en beargumenteerde keuze gemaakt om het criterium van de werkelijke zetel te vervangen door het criterium van de statutaire zetel, voor het bepalen van het op de vennootschap toepasselijke recht.⁴³ De door het wetsvoorstel voorziene retrogradatie, erop gericht om het doorvoeren van een fundamentele hervorming op relatief korte tijd opnieuw teniet te doen, komt de rechtszekerheid alleszins niet ten goede.

De techniek van de opheffing is bovendien niet geschikt wanneer het gaat om wijzigingsbepalingen, zoals *in casu* het geval is met de bepalingen waarvan de artikelen 25 en 26 van het wetsvoorstel de opheffing beogen. Aangezien dergelijke bepalingen per definitie een eenmalige uitwerking hebben zodra ze in werking treden, is het in principe immers niet meer mogelijk om ze naderhand nog op te heffen, dat wil zeggen om ze voor de toekomst uit de rechtsorde te doen verdwijnen.⁴⁴ Wanneer men een gewijzigde tekst andermaal wil wijzigen, moet men ingrijpen in de gewijzigde tekst zelf, in het huidige geval de artikelen 109 en 110 van de wet van 16 juli 2004 ‘houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht’, en niet in de wijzigingsbepaling. Een wijzigingswet kan namelijk slechts worden opgeheven voor zover deze nog niet in werking is getreden, wat met de wet van 23 maart 2019 niet het geval is.⁴⁵

21. Er dient over te worden gewaakt dat de bepalingen die het gebruik van het criterium van de statutaire zetel voorschrijven op een samenhangende manier worden gewijzigd. Zo werd de verwijzing naar de “voornaamste vestiging” in de artikelen 112 – betreffende de verplaatsing van de zetel – en 115 – met betrekking tot de uitwerking van buitenlandse rechterlijke beslissingen – van de wet van 16 juli 2004 eveneens vervangen door de bewoording “statutaire zetel” (artikelen 16 en 18 van de wet van 23 maart 2019), maar wordt niet in de wijziging van die bepalingen voorzien in het wetsvoorstel.

Daarbij moeten de indieners van het wetsvoorstel erover waken dat de beoogde wijzigingen op een correcte wijze worden doorvertaald in andere wetgevende bepalingen. Zo laat het wetsvoorstel in zijn huidige vorm bijvoorbeeld de artikelen 2:146 tot 2:148 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019, die eveneens de statutaire zetelleer wettelijk verankeren, ongewijzigd.

Artikel 27

22. Artikel 27 van het wetsvoorstel is nagenoeg identiek aan de bepaling waarover de afdeling Wetgeving al eerder heeft geadviseerd in advies 60.312/1 van 5 december 2016.⁴⁶ In dat

⁴³ *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/1, 339 e.v.

⁴⁴ Zie daaromtrent *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbevelingen 128 en 129, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

⁴⁵ Overeenkomstig artikel 38 van de wet van 23 maart 2019 zijn de artikelen 13 en 14 ervan in werking getreden op 1 mei 2019.

⁴⁶ Adv.RvS 60.312/1 van 5 december 2016 over een voorontwerp van wet ‘tot regeling van bepaalde aspecten tot bepaling van het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst van de werknemers die tewerkgesteld zijn in het kader van een transportwerkzaamheid’, opm. 2.1. tot 5.2.

advies komt de afdeling Wetgeving in de volgende bewoordingen tot de conclusie dat ernstig kan worden betwijfeld of de betrokken bepaling niet overbodig is en moet worden weggelaten:

“2.1. Artikel 2, eerste lid, van het ontwerp bepaalt dat ‘[v]oor de toepassing, naargelang het geval, van artikel 6, § 2, a) van de wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het Protocol en van twee Gemeenschappelijke Verklaringen, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980 en van artikel 8.2. van verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), [...] de werknemer, die in België een transportwerkzaamheid verricht voor een werkgever die er niet is gevestigd, [wordt] verondersteld zijn arbeid gewoonlijk in België of vanuit België te verrichten wanneer, rekening houdend met alle elementen die zijn werkzaamheid kenmerken, hij het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever in België of vanuit België vervult’.

Artikel 2, tweede lid, van het ontwerp bevat een opsomming van elementen die (mede) in aanmerking moeten worden genomen om de plaats te bepalen van waaruit de werknemer het belangrijkste deel van zijn verplichtingen vervult.⁴⁷

2.2. Het voornoemd artikel 6 van de wet van 14 juli 1987, dat inhoudelijk overeenstemt met artikel 6 van het Verdrag ‘inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst’, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980 (hierna: “het Verdrag van Rome”), luidt:

‘§ 1. Ongeacht artikel 3 kan de rechtskeuze van partijen in een arbeidsovereenkomst er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat ingevolge de tweede paragraaf van het onderhavig artikel bij gebreke van een rechtskeuze op hem van toepassing zou zijn.

§ 2. Ongeacht artikel 4 wordt de arbeidsovereenkomst, bij gebreke van een rechtskeuze overeenkomstig artikel 3, beheerst door :

a) het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld, of

b) het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in een zelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is.’

Dat artikel 6 maakt deel uit van hoofdstuk 2 ‘Onmiddellijk toepasselijke bepalingen’ van de wet van 14 juli 1987. In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 juli 1987 werd in dat verband het volgende gesteld:⁴⁸

‘Aldus bestaat het wetsontwerp uit drie hoofdstukken. Het eerste betreft de goedkeuring van het Verdrag; het tweede bevat de regels die in ons recht overgenomen worden [...].

⁴⁷ Voetnoot 2 van het advies: Deze elementen komen niet voor in het beschikkend gedeelte van het arrest *Heiko Koelzsch*, maar enkel in overweging 49 van dat arrest.

⁴⁸ Voetnoot 3 van het advies: Parl.St. Senaat 1985-86, nr. 362/1, 2.

Artikel 1 zal pas uitwerking hebben op het ogenblik van de inwerkingtreding van het Verdrag voor België overeenkomstig de bepalingen voorzien in artikel 29 ervan. [...]

Dit Verdrag is nog niet in werking getreden.'

2.3. Artikel 8, leden 1 en 2, van Verordening (EG) nr. 593/2008 luidt:

'1. Een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen overeenkomstig artikel 3 hebben gekozen. Deze keuze mag er evenwel niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze.

2. Voor zover het op een individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht niet door de partijen is gekozen, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. Het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht.'

2.4. Het Verdrag van Rome is, wat België betreft, van toepassing op de arbeidsovereenkomsten gesloten tot en met 16 december 2009. De Verordening nr. 593/2008 is van toepassing op arbeidsovereenkomsten gesloten vanaf 17 december 2009.⁴⁹

2.5. Het voornoemd arrest *Heiko Koelzsch* heeft betrekking op artikel 6 van het Verdrag van Rome. Bij zijn beoordeling heeft het Hof van Justitie echter ook overwogen dat de gegeven 'uitlegging [...] bovendien op één lijn [staat] met de bewoordingen van de nieuwe bepaling betreffende de collisieregels voor individuele arbeidsovereenkomsten, die is ingevoerd bij Verordening nr. 593/2008, die *ratione temporis in casu* niet van toepassing is'.⁵⁰

3. Onderzocht moet worden hoe de ontworpen regeling zich verhoudt tot de bepalingen waaraan het ontwerp beoogt voor de toepassing ervan een bindende uitlegging te geven. Daarbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de bepalingen van de Verordening nr. 593/2008, enerzijds, en van de wet van 14 juli 1987, anderzijds.

⁴⁹ Voetnoot 4 van het advies: Artikel 29 van de verordening luidt: "Deze verordening treedt in werking op de twintigste dag volgende op die van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie. Zij is van toepassing met ingang van 17 december 2009 met uitzondering van artikel 26 dat vanaf 17 juni 2009 van toepassing is. [...]"

Zie ook: HvJ 15 maart 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch*, 6.

In de memorie van toelichting bij het ontwerp wordt onder randnr. 1.1 verkeerdelijk gesteld dat de verordening van toepassing op de overeenkomsten gesloten vanaf 18 december 2009.

⁵⁰ Voetnoot 5 van het advies: HvJ 15 maart 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch*, 46.

Verordening nr. 593/2008

4.1. Overeenkomstig artikel 288, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is een verordening verbindend in al haar onderdelen en is ze rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Behoudens in gevallen waarin de verordening enige marge laat voor verdere discretionaire uitvoering, betekent die rechtstreekse toepasselijkheid dat geen optreden van de lidstaten vereist is om de bepalingen ervan te integreren in hun interne rechtsorde.

Het Hof van Justitie heeft er meermaals op gewezen dat het omzetten van een verordening in het nationaal recht aanleiding geeft tot ‘misverstand inzake het rechtskarakter der toepasselijke voorschriften’ en dat de onduidelijkheid inzake de rechtstreekse werking van de verordeningsbepalingen die de ‘gelijktijdige en uniforme toepassing [ervan] in de gehele Gemeenschap in gevaar zou brengen met het Verdrag in strijd is’.⁵¹

Ook het Grondwettelijk Hof heeft bevestigd dat ‘[r]ekening houdend met de rechtstreekse werking ervan [...] het de lidstaten niet [toekomt] de in een Europese verordening vervatte voorschriften om te zetten’.⁵²

Overeenkomstig artikel 19, lid 3, b), van het Verdrag betreffende de Europese Unie is het Hof van Justitie bevoegd om ‘op verzoek van de nationale rechterlijke instanties bij wijze van prejudiciële beslissing over de uitlegging van het recht van de Unie en over de geldigheid van de door de instellingen vastgestelde handelingen’ uitspraak te doen.

De arresten van het Hof van Justitie binden in eerste instantie het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld, maar ook andere nationale rechtscolleges zijn er in beginsel toe gehouden de uitlegging door het Hof van Justitie te volgen.⁵³

Ten aanzien van de omzetting van een Europese verordening in het nationale recht heeft het Hof van Justitie bovendien geoordeeld ‘in weerwil van elke nationale wettelijke maatregel die een communautair rechtsvoorschrift in nationaal recht beoogt te transformeren, de bevoegdheid van het Hof [...] onverkort blijft’.⁵⁴

Bovendien hebben Europeesrechtelijke normen in beginsel voorrang op het interne recht.⁵⁵ Bijgevolg zal de ontworpen regeling hoe dan ook buiten toepassing moeten worden gelaten indien deze bepaling strijdig zou blijken te zijn met artikel 8 van Verordening nr. 593/2008, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie. Hoewel het ontwerp is opgesteld met het oog op de integratie van de rechtspraak van het Hof van Justitie, valt immers niet uit te sluiten dat deze rechtspraak in de toekomst verder wordt ontwikkeld, verduidelijkt of genuanceerd.

4.2. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de ontworpen regeling, voor zover zij beoogt voor de toepassing van artikel 8, lid 2, van Verordening nr. 593/2008 een bindende uitlegging te geven met betrekking tot de draagwijdte van een in die bepaling gebezigd begrip, niets wezenlijks toevoegt aan de bestaande rechtsorde. Bovendien komt het enkel aan de Europese regelgever en, in voorkomend geval, aan het Hof van Justitie toe om een

⁵¹ Voetnoot 6 van het advies: HvJ 7 februari 1973, 39/72, *Commissie t. Italië*, 16-17. Zie ook: HvJ 10 oktober 1973, 34/73, *Variola*, 11; HvJ 2 februari 1977, 50/76, *Amsterdam Bulb*, 4-7.

⁵² Voetnoot 7 van het advies: GwH 27 juli 2011, nr. 142/2011, B.6.1.

⁵³ Voetnoot 8 van het advies: K. LENAERTS, I. MASELIS en K. GUTMAN, *EU procedural Law*, Oxford University Press, 2014, p. 244-246. De auteurs spreken van “*erga omnes, as opposed to merely inter partes, effect*”.

⁵⁴ Voetnoot 9 van het advies: HvJ 10 oktober 1973, 34/73, *Variola*, 11.

⁵⁵ Voetnoot 10 van het advies: HvJ 15 juli 1964, 6/64, *Costa t. Enel*; HvJ 9 maart 1978, 106/77, *Simmenthal*.

Europeesrechtelijke bepaling op bindende wijze uit te leggen, en niet aan de Belgische wetgever. Zelfs wanneer de door deze laatste ingevoerde uitleggingsbepaling overeenstemt met de uitlegging die door het Hof van Justitie aan die bepaling is gegeven, is het overnemen van een dergelijke uitlegging in het Belgische recht in de vorm van een dwingende bepaling af te raden, aangezien deze werkwijze tot gevolg heeft dat er onduidelijkheid wordt gecreëerd omtrent de rechtsaard van de betrokken bepaling.

De conclusie is dan ook dat de ontworpen bepaling, voor zover zij betrekking heeft op de toepassing van artikel 8, lid 2, van de Verordening nr. 593/2008, uit het ontwerp dient te worden weggelaten.

Wet van 14 juli 1987

5.1. Artikel 6, § 2, a), van de wet van 14 juli 1987, dat inhoudelijk overeenstemt met artikel 6, lid 2, a), van het Verdrag van Rome, is in werking getreden op 1 januari 1988.

Het Verdrag van Rome zelf, is ten aanzien van België in werking getreden op 1 april 1991. Artikel 17 van het Verdrag bepaalt dat het Verdrag ‘in een verdragsluitende Staat van toepassing (is) op overeenkomsten die zijn gesloten nadat het voor deze Staat in werking is getreden’.

Op grond van het Eerste Protocol ‘betreffende de uitlegging van het Verdrag van 1980 door het Hof van Justitie’, dat op 1 augustus 2004 in werking is getreden, is het Hof van Justitie tevens ‘bevoegd uitspraak te doen over de uitlegging’ van het Verdrag van Rome van 1980.

Artikel 98, § 1, eerste lid, van het Wetboek van internationaal privaatrecht (hierna: Wetboek IPR), dat in werking is getreden op 1 oktober 2004, bepaalt dat ‘[h]et recht toepasselijk op de contractuele verbintenissen wordt vastgesteld door het Verdrag inzake het recht van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst, gesloten te Rome op 19 juni 1980’.⁵⁶

5.2. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de ontworpen bepaling, met betrekking tot de toepassing van artikel 6, § 2, a), van de wet van 14 juli 1987, enkel nog als zinvol zou kunnen worden beschouwd voor zover zij betrekking heeft op overeenkomsten die zijn gesloten vóór de toepassing van het Verdrag van Rome, aangezien voor overeenkomsten gesloten onder de toepassing ervan hoe dan ook de door het Hof van Justitie gegeven uitlegging aan artikel 6, lid 2, a), van het Verdrag van Rome geldt, en het niet nodig is om deze uitlegging in het Belgische recht om te zetten.

Vraag is evenwel of artikel 6, § 2, a), van de wet van 14 juli 1987, voor zover van toepassing op arbeidsovereenkomsten gesloten vóór de toepassing van het Verdrag van Rome, op een andere wijze zou kunnen worden uitgelegd dan artikel 6, lid 2, a), van dat Verdrag, aangezien de bepalingen identiek zijn en het uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever was om met die bepalingen te anticiperen op de inwerkingtreding van het

⁵⁶ Voetnoot 11 van het advies: Wat betreft de verwijzing naar, onder meer, het Verdrag van Rome, wordt in de parlementaire voorbereiding van het Wetboek IPR op algemene wijze het volgende gesteld: “Het wetboek omvat, in de betrokken hoofdstukken, een refertebepaling voor de domeinen waar een universele Verdragsregeling bestaat. Deze werkwijze (bijvoorbeeld toegepast op de contractuele verbintenissen of voor de verkeersongevallen) laat niet alleen toe de aandacht te trekken van de praktijkjurist, maar heeft ook een draagwijdte die verder gaat dan een louter declaratoire bepaling. Het kan immers betekenen dat, indien het verdrag door opzegging of niet-verlenging zou verdwijnen als internationaal instrument, de inhoud ervan verder deel blijft uitmaken van het positieve recht. De latere ratificatie van een universeel verdrag in een domein dat wordt bestreken door het wetboek zal de afschaffing van de betrokken bepalingen noodzaken. De werkwijze is tevens in harmonie met het universeel karakter van de betreffende verdragen, die rechtstreeks de inhoud van het wetboek beïnvloeden.” (Parl.St Senaat, BZ 2003, nr. 3-27/1, 11).

Verdrag van Rome, door ze al op een vroeger tijdstip van kracht te laten worden in de Belgische rechtsorde. Aangenomen moet worden dat dit niet het geval is. Bijgevolg is het evenmin nodig om met betrekking tot de overeenkomsten gesloten vóór de toepassing van het Verdrag van Rome in een regeling te voorzien.

De conclusie is dan ook dat de ontworpen bepaling, voor zover zij betrekking heeft op de toepassing van artikel 6, § 2, a), van de wet van 14 juli 1987, overbodig is.

Indien de steller van het ontwerp van oordeel is dat de ontworpen bepaling, in de mate zij betrekking heeft op de toepassing van artikel 6, § 2, a), van de wet van 14 juli 1987, niettegenstaande het voorgaande, toch het best wordt behouden, verdient het aanbeveling om het toepassingsgebied ervan uitdrukkelijk in de hiervoor aangegeven zin te beperken.”

De in het aangehaalde advies verwoorde conclusies gelden ook ten aanzien van artikel 27 van het heden om advies voorgelegde wetsvoorstel.

Artikel 28

23. Artikel 28 van het voorstel strekt ertoe de minima en maxima van de sancties van niveau 2, 3 en 4 in het derde tot het vijfde lid van artikel 101 van het Sociaal Strafwetboek te verdubbelen. Die verdubbeling geldt zowel ten aanzien van de strafrechtelijke geldboete, de administratieve geldboete en, wat de sanctie van niveau 4 betreft, de gevangenisstraf. Luidens de toelichting “wordt beoogd te voorzien in afschrikwekkender sancties om de werknemers beter te beschermen”.

De voorgestelde bepaling doet evenwel ernstige vragen rijzen in het licht van het beginsel van de evenredigheid van de straffen, dat inhoudt dat straffen proportioneel moeten zijn ten opzichte van de ernst van de inbreuk. De afdeling Wetgeving heeft in het verleden reeds opgemerkt dat het beginsel van de evenredigheid van de straffen niet alleen voor de rechter, maar ook voor de wetgever geldt.⁵⁷

Volgens het Grondwettelijk Hof maakt het beginsel van de evenredigheid van de straffen “integraal deel uit van ons rechtssysteem dat in de regel de rechter in staat stelt de straf te kiezen tussen een minimum en een maximum, hem ertoe machtigt rekening te houden met verzachtende omstandigheden en maatregelen van uitstel en opschorting van de uitspraak te bevelen, waardoor de rechter aldus in zekere mate de straf kan individualiseren door de straf op te leggen die hij evenredig acht met het geheel van de elementen van de zaak”.⁵⁸

Het Grondwettelijk Hof merkte op dat, niettegenstaande de “beoordeling van de ernst van een misdrijf en van de strengheid waarmee het misdrijf kan worden bestraft, behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever”, en het Hof bij de vraag naar de evenredigheid van de ingevoerde strafsancities een beoordeling vormt van “die gevallen waar de keuze van de wetgever leidt tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling tussen vergelijkbare

⁵⁷ Zie o.m. adv.RvS 60.893/3 van 27 maart 2017 over een voorontwerp van ‘Strafwetboek – Boek I’, opm. 12.

⁵⁸ GwH 22 december 2022, nr. 170/2022, B.24.2.

misdrijven, of tot onevenredige gevolgen, gelet op de door de wetgever nagestreefde doelstellingen”.⁵⁹

Het beginsel van de evenredigheid van de straffen geldt zowel ten aanzien van strafrechtelijke als administratieve sancties.⁶⁰

De voorgestelde wijziging heeft tot gevolg dat de sancties, die de wetgever in het verleden heeft vastgesteld voor alle inbreuken waarvoor in boek 2 van het Sociaal Strafwetboek een sanctie van niveau 2, 3 of 4 is voorzien, worden verdubbeld. Vooraleer tot een dergelijke, aanzienlijke en uniforme, verhoging over te gaan, moet de wetgever zich er evenwel van vergewissen dat in al die gevallen de evenredigheid tussen de ernst van de specifieke inbreuk en de voorziene straf behouden blijft.

De wetgever zal er daarbij rekening moeten mee houden dat tal van strafbepalingen in boek 2 van het Sociaal Strafwetboek voorzien in een multiplicator, waarbij de geldboete wordt vermenigvuldigd met het aantal betrokkenen, bijvoorbeeld het aantal betrokken werknemers⁶¹, waardoor het effect van de beoogde verdubbeling verder wordt versterkt. De strafrechtelijke en administratieve geldboetes zullen hoe dan ook verhoogd worden door toepassing van de regeling inzake de opdecimes⁶², terwijl bij het opleggen van de betrokken sancties weliswaar rekening kan worden gehouden met verzachtende omstandigheden en de geldboete kan worden verminderd tot een bedrag onder het wettelijk minimum, maar dat het bedrag niet lager mag zijn dan 40 % van het voorgeschreven minimumbedrag⁶³, hetgeen inhoudt dat de gevolgen van de voorgestelde wijziging niet ten volle zullen kunnen worden gemilderd bij de concrete straftoemeting.

Artikel 28 van het voorstel wordt in het licht van wat voorafgaat het best nog aan een bijkomend onderzoek onderworpen.

*

⁵⁹ GwH 20 oktober 2022, nr. 134/2022, B.10.2.

⁶⁰ GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016, B.23.2.

⁶¹ Overeenkomstig artikel 103, tweede lid, van het Sociaal Strafwetboek mag de vermenigvuldigde geldboete niet meer dan het honderdvoud bedragen.

⁶² Wet van 5 maart 1952 ‘betreffende de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten’ en artikel 102 van het Sociaal Strafwetboek.

⁶³ Artikel 110 van het Sociaal Strafwetboek.

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 ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE LA PROPOSITION DE LOI

2. La proposition de loi soumise pour avis contient des mesures diverses ayant pour but de lutter contre la concurrence déloyale et le dumping social. Selon les développements de la proposition, « aucune définition du dumping social ne fait actuellement consensus », même si l'une de ses caractéristiques essentielles est la méconnaissance des garanties de droit social par un État ou une entreprise afin d'en tirer un avantage économique ou compétitif, par exemple en ce qu'il peut être fait appel à une main-d'œuvre moins coûteuse.

Les mesures proposées concernent la matière des marchés publics (chapitre 2) et la limitation de la sous-traitance (chapitre 3). Le régime général de la responsabilité solidaire est élargi, le flux d'informations est accru et un certain nombre de règles spécifiques relatives au secteur de la construction sont abrogées (chapitre 4). Certaines des mesures proposées visent à lutter d'une manière plus efficace contre les faux indépendants (chapitre 5) ou à réduire les risques de dumping social générés par l'application du système du groupement d'employeurs (chapitre 6). En outre, l'enregistrement des présences et le système d'horodatage électronique dans les secteurs de la construction et de la viande sont élargis (chapitre 7). Par une modification de la loi du 23 mars 2019 'introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses', le critère du « siège réel » se substitue à celui du « siège social » (chapitre 8). En ce qui concerne l'emploi dans le secteur du transport, la notion de « lieu habituel de travail » est précisée dans le prolongement de l'arrêt Koelzsch de la Cour de justice de l'Union européenne du 15 mars 2011 (chapitre 9) ². Par ailleurs, les minima et les maxima des sanctions de niveaux 2, 3 et 4 prévues aux alinéas 3 à 5 de l'article 101 du Code pénal social sont doublés (chapitre 10).

FORMALITÉS

3. La proposition de loi contient des dispositions qui concernent ou sont susceptibles de concerner le traitement de données à caractère personnel, comme tel est le cas en ce qui concerne l'article 37/2 proposé de la loi du 12 avril 1965 'concernant la protection de la rémunération des travailleurs' (article 11 de la proposition de loi).

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du

¹ S'agissant d'une proposition de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

² C.J.U.E., 15 mars 2011, *Koelzsch c. Grand-Duché de Luxembourg*, C-29/10, EU:C:2011:151.

traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', dénommé ci-après « RGPD »³, combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de ce règlement, impose l'obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données, visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

Les documents transmis au Conseil d'État ne permettent pas de déduire si l'avis de l'Autorité de protection des données a été sollicité en ce qui concerne la proposition de loi. La réglementation proposée étant bel et bien applicable en matière de protection des données à caractère personnel, l'avis de l'Autorité de protection des données devra dès lors encore être recueilli avant que la proposition puisse se concrétiser.

Si l'accomplissement de la formalité précitée devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État⁴, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient 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.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

4. L'article 2 de la proposition vise à modifier l'article 7 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', qui s'énonce actuellement comme suit :

« Les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe II.

Sans préjudice de l'application des sanctions visées dans d'autres dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, les manquements aux obligations visées à l'alinéa 1^{er} sont constatés par l'adjudicateur et donnent lieu, si nécessaire, à l'application des mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché ».

³ Le RGPD vise la protection des données à caractère personnel de personnes physiques et en principe pas la protection des données de personnes morales, sauf – dans ce dernier cas – si ces données se rapportent essentiellement à une personne physique, comme par exemple dans le cas d'une entreprise individuelle ou lorsqu'il s'agit de données relatives à un administrateur individuel ou un travailleur individuel. Voir, de manière plus détaillée à ce sujet, l'avis C.E. 68.711/1 du 18 février 2021 sur un projet d'arrêté royal 'concernant le stockage, la fabrication, le transport, la cession et l'emploi des explosifs', observation 8.

⁴ 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.

Cette disposition transpose l'article 18, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE⁵ et l'article 36, paragraphe 2, de la directive 2014/25/UE⁶.

L'article 2 de la proposition abroge les mots « , si nécessaire, » à l'alinéa 2 de cette disposition. Selon les développements, cette disposition « rend obligatoire les mesures prévues en cas de manquement » « [a]fin d'améliorer le respect de ces clauses », sans toutefois préciser les mesures que doit prendre l'adjudicateur. Dans le cadre de l'application de cette disposition, l'adjudicateur devra en tout état de cause respecter le principe de proportionnalité⁷.

Articles 3 et 4

5.1. Les articles 3 et 4 de la proposition concernent les motifs d'exclusion lors de la passation d'un marché public.

Ils visent à transformer trois motifs d'exclusion facultatifs en motifs d'exclusion obligatoires, en les déplaçant de l'article 69 à l'article 67 de la loi du 17 juin 2016 (articles 3, 3°, et 4, de la proposition).

Les motifs d'exclusion obligatoires, énumérés à l'article 67, § 1^{er}, de cette loi, s'appliquent actuellement lorsque le pouvoir adjudicateur « a établi ou qu'il est informé de quelque autre manière que ce candidat ou ce soumissionnaire a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour l'une des infractions suivantes (...) ». La proposition vise à remplacer ce point par une condamnation prononcée par une décision judiciaire ou administrative, peu importe que celle-ci ait force de jugée (article 3, 1°, de la proposition).

Le motif d'exclusion « fraude » est complété par le segment de phrase « en ce compris [la] fraude sociale et fiscale » (article 3, 2, de la proposition)⁸.

5.2. Les articles 67 et 69 à modifier de la loi du 17 juin 2016 transposent l'article 57 de la directive 2014/24/UE⁹.

⁵ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE'.

⁶ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE'.

⁷ Article 18, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2014/24/UE et article 36, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2014/25/UE. Voir aussi notamment C.J.U.E., 30 janvier 2020, C-395/18, *Tim SpA*, ECLI:EU:C:2020:58, point 45.

⁸ Dans l'état actuel de la réglementation, l'article 61, 3°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques' précise déjà la notion de « fraude » en faisant référence à « l'article 1^{er} de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, approuvée par la loi du 17 février 2002 ».

⁹ Voir pour les secteurs spéciaux également l'article 151 de la loi du 17 juin 2016 et l'article 80 de la directive 2014/25/UE.

L'article 57, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, relatif aux motifs d'exclusion obligatoires, dispose que les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché « lorsqu'ils ont établi, en procédant à des vérifications conformément aux articles 59, 60 et 61, ou qu'ils sont informés de quelque autre manière que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif, pour l'une des raisons suivantes : (...) ».

L'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE, en vertu duquel les « pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants : (...) », règle les motifs d'exclusion facultatifs.

Dans la mesure où il résulte des modifications proposées que l'exclusion obligatoire réglée à l'article 67 intervient alors que la décision relative à la condamnation pour l'infraction concernée fait encore l'objet d'un recours ou est pendante, elles ne sont pas compatibles avec l'article 57, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE. En effet, en vertu de cette disposition, les motifs d'exclusion obligatoires ne s'appliquent que si l'opérateur économique « a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif », pour l'une des infractions qui y sont énumérées ¹⁰.

5.3. Il résulte de l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE que les motifs d'exclusion facultatifs, dont l'application incombe en principe à l'adjudicateur, peuvent être rendus obligatoires par les États membres.

Dans l'arrêt *Tim SpA* du 20 janvier 2020, la Cour de justice a toutefois jugé à propos de l'un des motifs d'exclusion facultatifs que la proposition à l'examen entend elle aussi rendre obligatoire, à savoir le non-respect des obligations visées à l'article 18, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE (article 7, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016) que le droit de l'Union s'oppose « à une réglementation nationale prévoyant le caractère automatique d'une telle exclusion ». À cet égard, la Cour a considéré qu'« il ressort du considérant 101, troisième alinéa, de la directive 2014/24 que, lorsqu'ils appliquent des motifs facultatifs d'exclusion tels que celui figurant à l'article 57, paragraphe 4, sous a), de cette directive, les pouvoirs adjudicateurs doivent accorder une attention toute particulière au principe de proportionnalité, en prenant notamment en considération le caractère mineur des irrégularités commises ou la répétition d'irrégularités mineures » ¹¹⁻¹². Selon la Cour, la nécessité de respecter le principe de proportionnalité est également reflétée à l'article 57, paragraphe 6, premier alinéa, de la directive 2014/24 en vertu duquel tout opérateur économique qui se trouve notamment dans la situation visée à l'article 57,

¹⁰ Cette exigence ne s'applique pas en ce qui concerne les motifs d'exclusion facultatifs énumérés à l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE.

¹¹ C.J.U.E., 30 janvier 2020, C-395/18, *Tim SpA*, ECLI:EU:C:2020:58, point 48.

¹² Le considérant 101 de la directive observe notamment ce qui suit : « Lorsqu'ils appliquent des motifs facultatifs d'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un opérateur économique que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un opérateur économique, ce qui pourrait justifier son exclusion ».

paragraphe 4, sous a), de cette directive, peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence de ce motif d'exclusion »¹³⁻¹⁴.

La réglementation proposée prévoit elle aussi une exclusion automatique pour les motifs d'exclusion facultatifs mentionnés à l'article 57, paragraphe 4, a), c) et g), de la directive 2014/24, sauf si le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70 de la loi du 17 juin 2016, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité¹⁵. Le fait que la réglementation proposée prévoit la possibilité de *self-cleaning* n'empêche pas qu'à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, elle semble encore se heurter au principe de proportionnalité en prévoyant une exclusion automatique pour les motifs d'exclusion facultatifs concernés.

5.4. Consécutivement à la modification contenue à l'article 3, 1^o, c), de la proposition, l'exclusion réglée à l'article 67, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 est applicable, sauf en cas d'application réussie de l'article 70 relatif aux mesures correctives, lorsque l'opérateur économique concerné fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ou administrative pour l'« un des manquements suivants ». Force est cependant de constater que l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE et l'article 69, actuellement en vigueur, de la loi du 17 juin 2016 n'exigent pas l'existence d'une décision judiciaire ou administrative constatant l'applicabilité du motif d'exclusion. Il suffit que l'adjudicateur le « démontre par tout moyen approprié » (article 69, alinéa 1^{er}, 1^o et 3^o) ou que « le candidat ou soumissionnaire [ait fait preuve] » du manquement en question (article 69, alinéa 1^{er}, 7^o).

5.5. Force est dès lors de conclure que les articles 3 et 4 de la proposition de loi soulèvent divers problèmes juridiques fondamentaux et doivent être radicalement revus.

¹³ C.J.U.E., 30 janvier 2020, C-395/18, *Tim SpA*, ECLI:EU:C:2020:58, point 49.

¹⁴ Voir aussi auparavant C.J.U.E., 3 octobre 2019, C-267/18, *Delta*, ECLI:EU:C:2019:826, où la Cour de justice s'est prononcée en des termes comparables en ce qui concerne le motif d'exclusion facultatif mentionné à l'article 57, paragraphe 4, g), de la directive 2014/24. À cet égard, la Cour a souligné qu'il résulte du libellé de l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24, que le législateur de l'Union a entendu confier au pouvoir adjudicateur, et à lui seul, au stade de la sélection des soumissionnaires, le soin d'apprécier si un candidat ou un soumissionnaire doit être exclu d'une procédure de passation de marché public. Selon la Cour, l'établissement d'une relation de confiance entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire suppose que ce pouvoir adjudicateur ne soit pas automatiquement lié par l'appréciation portée, dans le cadre d'un marché public antérieur, par un autre pouvoir adjudicateur, afin notamment qu'il soit en mesure d'accorder une attention particulière au principe de proportionnalité au moment d'appliquer les causes facultatives d'exclusion (voir également, en ce sens, C.J.U.E., 19 juin 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, points 30 et 32). À cet égard, la Cour a dit pour droit que l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que la sous-traitance, par un opérateur économique, d'une partie des travaux dans le cadre d'un marché public antérieur, décidée sans le consentement du pouvoir adjudicateur et qui a donné lieu à la résiliation de ce marché, constitue une défaillance importante ou persistante constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle afférente audit marché public, au sens de ladite disposition, et justifie ainsi l'exclusion de cet opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché public ultérieure si, après avoir procédé à sa propre évaluation de l'intégrité et de la fiabilité de l'opérateur économique visé par la résiliation du marché public antérieur, le pouvoir adjudicateur qui organise cette procédure de passation de marché ultérieure estime qu'une telle sous-traitance entraîne la rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique en cause. Avant de prononcer une telle exclusion, le pouvoir adjudicateur doit toutefois, conformément à l'article 57, paragraphe 6, de cette directive, lu en combinaison avec le considérant 102 de ladite directive, laisser la possibilité à cet opérateur économique de présenter les mesures correctives qu'il a adoptées à la suite de la résiliation du marché public antérieur.

¹⁵ Voir l'article 67, § 1^{er}, première phrase, de la loi du 17 juin 2016.

Article 5

6.1. L'article 5 de la proposition vise à modifier l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 qui concerne les critères d'attribution.

Conformément à l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, actuellement en vigueur, « l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

1° sur la base du prix ;

2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82 ;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. (...) ».

L'énumération inscrite à l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 concerne ainsi des options s'excluant mutuellement.

Ainsi qu'il ressort des développements, la réglementation proposée vise à mettre fin à la possibilité d'octroyer un marché public uniquement en se fondant sur le critère du prix le plus bas.

L'article 5, 1°, a), de la proposition abroge les mots « , au choix, » figurant dans la phrase introductive de l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016. La phrase introductive proposée de l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 s'énonce comme suit : « L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base d'une pondération des critères suivants », ce qui implique que les critères d'attribution doivent être déterminés sur la base (cumulative) des trois éléments énumérés ci-dessus. L'article 81, § 2, alinéa 3, proposé, de la loi du 17 juin 2016 dispose en outre qu'en ce qui concerne les marchés de travaux et services, le critère visé à l'alinéa 1^{er}, 1°, ne peut excéder 40 % dans la pondération visée à l'alinéa 1^{er}.

Dans chacun des trois points énumérés, le prix ou le coût joue toutefois un certain rôle. Cela s'applique en effet également lorsque l'attribution dépend du « meilleur rapport qualité/prix ». En conservant la structure existante (certes sous une forme légèrement modifiée), mais en imposant une « pondération » entre ces trois possibilités, cette disposition revêt une structure qui n'est pas conforme à la portée visée. Le respect du maximum de 40% susmentionné n'est au demeurant pas garanti de cette manière, dès lors que le prix ou le coût peuvent également être inclus dans les points 2° et 3°.

6.2. Nonobstant ce qui a été observé ci-dessus, force est en tout état de cause de constater que le texte néerlandais de l'article 5, 1^o, b), de la proposition n'est pas correctement rédigé, dès lors que des mots sont insérés entre « vastgesteld » et « : op basis van de prijs », alors que le numéro de cet élément de l'énumération fait défaut. En outre, l'article 5, 2^o, de la proposition insère à l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016 les mots « ou les facultés de réparation » entre les mots « le coût du cycle de vie » et le segment de phrase « , conformément à l'article 82 », alors que l'article 82 de la loi ne règle rien en ce qui concerne les facultés de réparation.

Article 6

7.1. L'article 12/3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics' limite la possibilité pour l'adjudicataire de faire appel à des sous-traitants lors de l'exécution d'un marché public. Le paragraphe 2 de cet article concerne plus particulièrement une limitation du nombre de niveaux de sous-traitants.

L'article 6 de la proposition a pour objet d'abroger les mots « pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude passés »¹⁶ dans la phrase introductive de l'alinéa 1^{er} de ce paragraphe. Selon les développements, cette disposition entend « étend[re] la limitation à deux niveaux à tous les secteurs ».

L'article 12/3, § 2, alinéa 1^{er}, contient cependant trois régimes différents relatifs à la limitation du nombre de niveaux de sous-traitance qui s'appliquent en fonction de la nature du marché. Ce n'est que dans ces cas que la limitation est applicable.

L'article 12/3, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, concerne les marchés de travaux qui sont groupés selon leur nature dans une catégorie ou sous-catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 'fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux'.

L'article 12/3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, concerne, par contre, les marchés « de services dans un secteur sensible à la fraude ». La référence aux secteurs sensibles à la fraude dans cette disposition n'est pas abrogée par la proposition à l'examen.

La portée effective de l'article 6 de la proposition ne concorde par conséquent pas avec la portée évoquée dans les développements.

7.2. L'article 12/3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 a été inséré par l'arrêté royal du 22 juin 2017 'modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services'.

¹⁶ Par ailleurs, il convient d'omettre le mot « passés » dans le texte français du segment de phrase à abroger.

Dans l'avis 61.030/1 du 23 mars 2017 sur un projet devenu l'arrêté royal du 22 juin 2017, la section de législation s'est interrogée sur la compatibilité des limitations en termes de sous-traitance avec les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE ainsi qu'avec le droit de l'Union européenne au sens large. Compte tenu des doutes émis à cet égard, il a été conseillé de « situer plus clairement [les dispositions en projet] par rapport aux dispositions de la directive correspondantes et d'indiquer par ailleurs pourquoi la disposition en projet peut être réputée faire suffisamment droit à l'exigence de proportionnalité ». En ce qui concerne ce dernier point, la section de législation avait en effet observé que s'il est admis que la lutte contre le dumping social constitue un objectif défendable, la question se pose néanmoins de savoir si la mesure en projet répond effectivement à l'exigence de proportionnalité et si elle est efficace ¹⁷.

Ces observations ont été rappelées dans l'avis 61.559/1 du 13 juin 2017 sur un projet devenu l'arrêté royal du 25 juin 2017 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession', qui contenait des dispositions similaires concernant la sous-traitance. Cet avis faisait en outre référence à l'arrêt *Borta* de la Cour de justice du 5 avril 2017, prononcé depuis, dans lequel il a également été jugé que certaines limitations à la sous-traitance étaient incompatibles avec le droit de l'UE ¹⁸. Il était question de l'obligation résultant du droit national selon laquelle l'adjudicataire est tenu de réaliser lui-même les travaux principaux, définis comme tels par l'entité adjudicatrice. La Cour a estimé que cette mesure va au-delà de ce qui est nécessaire, notamment parce que l'interdiction relative à la sous-traitance s'applique « quels que soient le secteur économique concerné par le marché en cause, la nature des travaux ainsi que les qualifications des sous-traitants » ¹⁹.

Par la suite, dans des arrêts du 26 septembre 2019 et du 27 novembre 2019, la Cour de justice a constaté l'incompatibilité avec le droit de l'Union d'un régime national en vertu duquel la part du marché que le soumissionnaire peut sous-traiter à des tiers est limitée à 30%. Bien que l'objectif invoqué de ces mesures, à savoir la lutte contre le phénomène d'infiltration du secteur des marchés publics par la criminalité organisée, ait été jugé légitime, la mesure a été jugée disproportionnée, compte tenu également de son applicabilité quel que soit le secteur économique ²⁰.

Les développements de la proposition n'expliquent ni ne justifient la compatibilité avec le droit de l'Union de la modification proposée, qui vise à prévoir une extension à tous les secteurs. L'article 6 de la proposition doit dès lors être soumis à un examen complémentaire approfondi au regard des observations qui précèdent.

¹⁷ Avis C.E. 61.030/1 du 23 mars 2017, observations 5 et 6.

¹⁸ C.J.U.E., 5 avril 2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266.

¹⁹ C.J.U.E., 5 avril 2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266, points 54-55.

²⁰ C.J.U.E., 26 septembre 2019, C-63/18, *Vitali SpA*, ECLI:EU:C:2019:787, point 40; C.J.U.E., 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl e.a.*, ECLI:EU:C:2019:1023, point 47.

Article 7

8. Dans le texte néerlandais de la phrase liminaire de l'article 7 de la proposition, on remplacera la référence à « de wet van 12 april 1965 betreffende het loon der werknemers » par une référence à « de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers ».

9. Dans l'avis n° 59.673/1/V du 29 juillet 2016 ²¹, la section de législation a observé ce qui suit :

« En deuxième lieu, il y a lieu de constater que le régime en projet va également au-delà de ce que prévoit l'article 12, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/67/UE, ce qui, en soi, est autorisé eu égard à l'article 12, paragraphe 4, première phrase, de la directive 2014/67/UE, mais sa proportionnalité et son caractère non discriminatoire doivent être justifiés au regard de cette disposition et de la libre circulation des services.

Il convient de relever plus particulièrement que la définition de 4rémunération due4 figurant à l'article 35/6/1, 9°, en projet, de la loi sur la protection de la rémunération paraît plus large que la définition 4toute rémunération nette impayée correspondant aux taux de salaire minimal4 inscrite à l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/67/UE. Dès lors que les mots 4salaire minimal4 paraissent renvoyer aux mêmes mots utilisés dans la directive 96/71/CE, les auteurs du projet devront expressément justifier pourquoi la définition de 4rémunération due4 choisie en l'espèce, qui se réfère essentiellement au mot rémunération défini à l'article 2 de la loi sur la protection de la rémunération, semble également inclure toute une série d'indemnités qui, dans le cadre de la directive 96/71/CE, ne peuvent pas nécessairement être considérées comme salaire minimal ²². Dès lors qu'une définition trop large donnée par un État membre à la notion de salaire minimal peut constituer, pour l'application de cette directive, une restriction à la libre circulation ²³, il faut justifier pourquoi tel ne serait pas le cas pour la transposition de l'article 12 de la directive 2014/67/UE ²⁴ ».

S'agissant de l'avis précité, le délégué a encore fourni les précisions suivantes :

« A la différence des directives européennes, la législation belge (sur la protection des salaires) considère la notion de salaire de manière très large, couvrant le salaire et les cotisations sociales (salariales) sur ce salaire, mais aussi tous les autres avantages sociaux dus en vertu du contrat de travail (tels que le pécule de vacances, la prime de fin d'année, les chèques-repas, etc.)

²¹ Avis C.E. 59.673/1/V du 29 juillet 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 11 décembre 2016 'portant diverses dispositions concernant le détachement de travailleurs', observation 8 (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-17, n° 2091/1).

²² *Note de bas de page 4 de l'avis cité* : Voir pour la notion de 'salaire minimal' : C.J., 12 février 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, points 27-70, et la jurisprudence qui y est mentionnée.

²³ *Note de bas de page 5 de l'avis cité* : C.J., 12 février 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, points 32-34.

²⁴ *Note de bas de page 6 de l'avis cité* : Dans la mesure où les auteurs du projet justifient le système de la responsabilité solidaire en se fondant sur l'arrêt C.J., 12 octobre 2004, C-60/03, *Wolff et Müller* (voir l'exposé des motifs), il faut relever que la proportionnalité de la mesure y était notamment justifiée en corrélation avec les mots 'salaire minimum', mentionnés dans la directive 96/71/CE. Si une notion de rémunération plus large est utilisée, il faudra fournir une justification supplémentaire à cet effet.

Ce choix législatif s'explique donc par la volonté d'instaurer une responsabilité qui concernera l'ensemble des rémunération[s] dues, à savoir, les salaires relatifs à de futures dettes salariales mais également les salaires du passé concernant des prestations effectuées en faveur du donneur d'ordre par les travailleurs de son entrepreneur ou de l'entrepreneur par les travailleurs de son sous-traitant direct. C'est pourquoi il est fait référence au salaire dû, et non aux arriérés de salaire net ».

La circonstance qu'il a été décidé, par le passé, d'opter dans l'ordre juridique belge pour une notion plus large en matière de salaire que la notion de « taux de salaire minimal » figurant à l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/67/UE ne change rien au fait qu'il convient de donner une justification à la lumière de la libre circulation des services.

Article 8

10.1. La modification que l'article 8, 2°, de la proposition de loi entend apporter à l'article 35/2, § 2, de la loi du 12 avril 1965 vise à étendre la responsabilité solidaire à « chaque secteur ».

À cette fin, les auteurs de la proposition de loi invoquent l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 'relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) no 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »)', selon lequel les États membres peuvent, de manière non discriminatoire et proportionnée, également prévoir des règles plus strictes en matière de responsabilité dans le droit national en ce qui concerne l'étendue et la portée de la responsabilité en cas de sous-traitance. Ils peuvent également prévoir cette responsabilité dans des secteurs autres que ceux visés à l'annexe de la directive 96/71/CE ²⁵.

Les développements précisent à cet égard qu'« [o]n constate [...] que la distinction opérée entre les 'secteurs à risque' et les autres est artificielle (et dépassée), car le dumping social généré par des abus et infractions à la directive sur le détachement des travailleurs touche de plus en plus d'activités ».

Le délégué a encore ajouté ce qui suit :

« L'article 12, 4° de la directive 2014/67/UE autorise à élargir le régime général de responsabilité solidaire à tous les secteurs. La distinction opérée actuellement entre les 'secteurs à risque' et les autres est purement théorique. Dans la réalité, les pratiques de dumping social, notamment d'abus et d'infractions à la directive sur le détachement des travailleurs, ne cessent d'évoluer et touchent sans cesse de plus en plus d'activités et de nouveaux secteurs. Ainsi, on voit désormais apparaître des techniques de dumping social dans le secteur des délocalisations, dans le secteur des soins, L'extension à tous les secteurs permet donc une égalité entre ceux-ci étant donné que la notion de secteur à risque est en constante évolution ».

²⁵ À savoir diverses activités qui relèvent du secteur de la construction.

10.2. En principe, le régime proposé est compatible avec l'article 12 de la directive 2014/67/UE, si ce n'est que sa proportionnalité et son caractère non discriminatoire doivent pouvoir être justifiés au regard de cette disposition et de la libre circulation des services inscrite à l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Dès lors que la responsabilité solidaire doit en principe être l'exception, son extension à « chaque secteur » et aux situations purement internes devrait pouvoir être justifiée au regard du principe d'égalité garanti par la Constitution²⁶. Mieux vaut compléter les développements de la proposition par une telle justification, en ce qui concerne les points précités.

Article 11

11.1. L'article 37/2 proposé de la loi du 12 avril 1965 prévoit la création, auprès de la Direction Générale Contrôle des lois sociales du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, d'un point de contact que les donneurs d'ordre et les employeurs peuvent consulter et qui indique si un employeur donné figure dans une banque de données pour 1° entrave à un contrôle par l'Inspection, 2° refus de régulariser des dettes salariales, 3° récidive en matière de dettes salariales, ou 4° des poursuites judiciaires à la suite d'une infraction constatée par l'Inspection.

11.2. En application de l'article 37 de la Constitution, le pouvoir exécutif fédéral, tel qu'il est réglé par la Constitution, appartient au Roi. Il en découle qu'il revient au Roi de régler l'organisation et le fonctionnement des services administratifs. Le législateur ne peut déroger à ce principe que pour une raison impérieuse, lorsqu'une norme supérieure l'y oblige ou lorsque cette intervention est motivée par la préservation des droits du citoyen. Il est donc recommandé de charger le Roi de désigner le service concerné au sein duquel est créé le point de contact.

11.3. Le régime proposé concerne entre autres le traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 22 de la Constitution et de l'article 4, 1), du RGPD.

La proposition de loi prévoit un « point de contact » auprès duquel les employeurs et donneurs d'ordre peuvent demander des informations d'« une banque de données ». Toutefois, la proposition de loi ne désigne aucune banque de données existante qui pourrait être consultée à cet effet, et ne prévoit pas non plus la création d'une nouvelle banque de données.

L'article 22 de la Constitution subordonne tout traitement de données à caractère personnel et, plus généralement, toute atteinte au droit à la vie privée au respect d'un principe de légalité formelle.

En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que

²⁶ Il faudra également tenir compte des entreprises opérant dans des secteurs moins sensibles ou insensibles au dumping social, comme les professions intellectuelles prestataires de services, par exemple, pour lesquelles le régime général de responsabilité solidaire est également déclaré applicable.

l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les 'éléments essentiels' sont fixés préalablement par le législateur²⁷.

Par conséquent, les 'éléments essentiels' des traitements de données à caractère personnel doivent être fixés dans la loi elle-même. À cet égard, tant le Conseil d'État, section de législation²⁸, que la Cour constitutionnelle²⁹ considèrent que, quelle que soit la matière concernée, constituent, en principe, des « éléments essentiels » les éléments suivants : 1°) les catégories de données traitées ; 2°) les catégories de personnes concernées ; 3°) la finalité poursuivie par le traitement ; 4°) les catégories de personnes ayant accès aux données traitées ; et 5°) le délai maximal de conservation des données.

11.4. Outre l'exigence de légalité formelle, l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et avec les articles 7, 8 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, impose que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données à caractère personnel soit définie en des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles le législateur autorise pareille ingérence³⁰.

En matière de protection des données, cette exigence de prévisibilité implique qu'il doit être prévu de manière suffisamment précise dans quelles circonstances les traitements de données à caractère personnel sont autorisés³¹.

Toute personne doit dès lors pouvoir avoir une idée suffisamment claire des données traitées, des personnes concernées par un traitement de données déterminé et des conditions et finalités dudit traitement³².

Dès lors qu'il n'est pas précisé quelles sont les bases de données qui peuvent être consultées par les donneurs d'ordre et les employeurs par l'intermédiaire du point de contact, – et quelles sont les données contenues dans ces bases de données –, l'on ne peut prévoir à suffisance quels seront les flux de données générés par la proposition de loi.

²⁷ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir notamment C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, B.16.1 ; C.C., 20 février 2020, n° 27/2020, B.17.

²⁸ Avis C.E. 68.936/AG du 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', observation 101 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1951/001, p. 119).

²⁹ C.C., 10 mars 2022, n° 33/2022, B.13.1 ; C.C., 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.11.2.

³⁰ C.C., 10 mars 2022, n° 33/2022, B.13.2.

³¹ CEDH, grande chambre, 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, § 57 ; CEDH, grande chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, §§ 99, C.C., 10 mars 2022, n° 33/2022, B.13.2.

³² C.C. 10 mars 2022, n° 33/2022, B.13.2.

La formulation générale des données à caractère personnel à traiter est, en outre, contraire au principe de légalité matérielle de l'article 22 de la Constitution, la formulation ne permettant pas d'avoir une idée suffisamment claire des données traitées. Il n'est donc pas possible de vérifier si le traitement de données en question respecte le principe de minimisation des données tel qu'il découle de l'article 5, paragraphe 1, c), du RGPD.

11.5. La publication réglée par l'article 37/2, proposé, de la loi du 12 avril 1965 concerne l'entrave à un contrôle, le refus de régulariser des dettes salariales, la récidive en matière de dettes salariales et des « poursuites judiciaires ».

Au sujet de la publication générale des mesures disciplinaires imposées aux sportifs, le Conseil d'État, section législation – conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle³³ – a considéré qu'une accessibilité générale de ces données était disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi et, en tant que telle, contraire à l'article 22 de la Constitution. Dans ce contexte, la section de législation a suggéré de prévoir une possibilité de contact pour les organisateurs de compétitions sportives, leur permettant de demander de telles données³⁴. Toutefois, il semble très douteux que l'on puisse en conclure que le régime proposé – qui prévoit également que les données à caractère personnel en question ne seront communiquées qu'à la demande préalable du donneur d'ordre ou de l'employeur – soit acceptable au regard de l'article 22 de la Constitution.

L'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution et l'article 8 de la CEDH n'excluent pas une ingérence de l'autorité publique dans le droit au respect de la vie privée, mais ils exigent que cette ingérence soit prévue dans une disposition législative suffisamment précise, réponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi. Ces dispositions engendrent en outre l'obligation positive pour l'autorité publique de prendre des mesures visant à garantir un respect effectif de la vie privée et familiale, même dans le cadre des relations entre individus³⁵.

Consécutivement à l'article 37/2, proposé, de la loi du 12 avril 1965, chaque donneur d'ordre et chaque employeur pourra vérifier si un employeur donné est connu pour l'un des faits mentionnés aux 1^o à 4^o de cette disposition. Dans ce cadre, il n'est pas requis que la partie qui demande les données fasse valoir un quelconque intérêt à cet effet, de sorte que ces données peuvent être partagées avec un cercle très large d'acteurs. Il ne ressort pas suffisamment de la mention, figurant dans les développements, selon laquelle « [s]i un employeur déterminé est connu des services d'inspection pour avoir gravement enfreint la législation sociale, il convient en outre d'en informer les donneurs d'ordre et les employeurs avant qu'ils ne signent un contrat avec lui » qu'une publication aussi large soit nécessaire pour atteindre l'objectif du législateur.

³³ C.C., 19 janvier 2005, n° 16/2005, B.6.1 et B.6.2.

³⁴ Avis C.E. 56.658/3 du 23 octobre 2014 sur un avant-projet devenu le décret du 19 décembre 2014 'houdende aanpassing van het Antidopingdecreet van 25 mei 2012 aan de Code 2015', observation 6.3.3 (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2014-15, n° 161/1).

³⁵ CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon e.a. c. Pays-Bas*, § 31; C.C., 30 mars 2023, n° 56/2023, B.3.4.

Cela est d'autant plus vrai que le point de contact pourra également communiquer s'il est connu que l'employeur concerné fait l'objet de « poursuites pénales » ou non, sans même qu'il soit nécessaire à cet égard qu'il y ait une condamnation. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la présomption d'innocence, garantie par l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH, devait également être prise en compte lors de l'appréciation de la portée du droit au respect de la vie privée ³⁶.

11.6. Les auteurs de la proposition de loi seraient bien avisés de préciser davantage ou de compléter le régime inscrit à l'article 11 de la proposition, compte tenu des observations qui précèdent.

Article 14

12. L'article 334, § 1^{er}, proposé, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 énonce que la liste visée dans cette disposition « remplace les critères visés à l'article 333 ». L'article 333 de la loi-programme concernée contient les critères généraux qui déterminent la relation de travail. L'article 334, § 1^{er}, actuel, de la loi-programme dispose que la liste que le Roi peut établir « complète les critères visés à l'article 333 ».

Contrairement à ce qui est le cas jusqu'à présent, les critères généraux définis à l'article 333 de la loi-programme ne s'appliqueront donc plus aux secteurs, professions, catégories de professions ou activités professionnelles pour lesquels le Roi établit une liste de critères spécifiques.

Outre le fait que, pour fixer des critères spécifiques, le Roi devra dans tous les cas tenir compte du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, il faudra veiller à la cohérence interne du régime à modifier. Plus particulièrement, on veillera à la cohérence avec les articles 332, alinéa 2, et 334, § 2, deuxième phrase, de la loi-programme ³⁷.

À la lumière de ce qui précède, le régime proposé doit être soumis à un examen complémentaire et, le cas échéant, être complété ou adapté.

³⁶ CEDH, 20 septembre 2018, *Jishkariani c. Géorgie*, § 41.

³⁷ L'article 332, alinéa 2, de la loi-programme s'énonce comme suit : « Les éléments visés à l'alinéa 1^{er} sont appréciés sur la base des critères généraux tels que définis à l'article 333 et, le cas échéant, des critères spécifiques d'ordre juridique ou socio-économique déterminés conformément à la procédure d'avis du chapitre V ». La formulation de cette disposition repose sur l'hypothèse que les critères spécifiques ne remplacent pas les critères généraux, mais les complètent. La même observation s'applique à l'article 334, § 2, deuxième phrase, de la loi-programme, qui prévoit que les critères spécifiques ne peuvent déroger aux critères (généraux) déterminés à l'article 333 de cette loi.

Article 15

13. L'article 335, alinéa 1^{er}, proposé, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 dispose que le Roi ne peut exercer « la compétence visée à l'article 334 » qu'après avoir recueilli l'avis du Comité de direction du Service d'information et de recherche sociale, tel que prévu à l'article 6 du Code pénal social ou à défaut du Conseil national du travail, ainsi que du Conseil supérieur des indépendants et des PME. Selon l'alinéa 2 de l'article 335 proposé, « [c]et organe détermine les critères spécifiques mentionnés à l'article 334, § 1^{er}, après avis des commissions paritaires concernées »³⁸.

Dès lors que l'article 334, § 1^{er}, tant en vigueur que proposé, de la loi-programme concernée attribue au Roi la compétence de fixer les critères spécifiques, l'article 335, alinéa 2, proposé ne peut pas prévoir que « [c]et organe » détermine les critères spécifiques.

Si l'intention est que l'organe en question ne puisse donner l'avis visé à l'alinéa 1^{er} qu'après que l'avis des commissions paritaires concernées a été recueilli, le texte de la disposition proposée doit l'indiquer.

Si, par contre, l'intention était que l'organe visé fixe bel et bien les critères spécifiques, il s'agirait d'une délégation de pouvoirs réglementaires illicite et ce régime ne pourrait pas se concrétiser. En effet, selon la jurisprudence constante de la section de législation, l'attribution d'un pouvoir réglementaire à un organisme public, tel que le comité de direction du Service d'information et de recherche sociale, n'est en principe pas conforme aux principes généraux de droit public en ce qu'il est ainsi porté atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et qu'un contrôle parlementaire direct fait défaut. En outre, les garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de publication, de contrôle préventif exercé par le Conseil d'État, section de législation, et de rang précis dans la hiérarchie des normes, sont absentes. Pareilles délégations ne se justifient dès lors que dans la mesure où elles sont très limitées et ont un caractère non politique, en raison de leur portée secondaire ou principalement technique. Les organismes qui doivent appliquer la réglementation concernée doivent être soumis à cet égard tant à un contrôle juridictionnel qu'à un contrôle politique. Indépendamment de la question de savoir si le Conseil national du travail et le Conseil supérieur des indépendants et des PME peuvent être considérés comme des organismes publics, il ne s'agit de toute façon pas, en l'espèce, d'une délégation ayant une portée secondaire ou principalement technique.

³⁸ Les textes français et néerlandais tant de l'alinéa 1^{er} que de l'alinéa 2 de l'article 335 proposé ne concordent pas tout à fait, dès lors que, selon le texte néerlandais, il suffit que l'avis ait été demandé, tandis que le texte français suggère que l'avis doit avoir effectivement été donné. Comp. avec l'actuel article 335, alinéa 1^{er} (« na advies » et « après avis ») ou avec l'article 337/1, § 2, alinéa 1^{er}, actuellement en vigueur (« nadat het advies werd ingewonnen » et « après avoir demandé l'avis »), de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006.

Article 16

14. Différents alinéas de l'article 337/1, § 2, proposé, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 font état de « la liste prévue au paragraphe 1^{er} ». Par souci de clarté, mieux vaudrait préciser chaque fois qu'il s'agit de la « liste de relations de travail » à laquelle le chapitre concerné s'applique et non, par exemple, de la liste de critères spécifiques que le Roi peut établir en application de l'article 334, § 1^{er}, proposé de la même loi (article 14 de la proposition de loi) ³⁹.

15. L'article 337/1, § 2, alinéa 4, proposé, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 fait référence au « délai imparti » dans lequel un « avis conforme et unanime » ⁴⁰ doit avoir été remis. Or, contrairement à l'article 337/1, § 2, alinéa 3, actuellement en vigueur, de la loi-programme, qui renvoie au délai défini à l'article 337/1, § 2, alinéa 2, le paragraphe proposé ne contient pas de définition similaire d'un délai ⁴¹. Le texte proposé sera adapté sur ce point.

Article 17

16. Conformément à l'article 337/2, § 1^{er}, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006, les relations de travail visées à l'article 337/1 « sont présumées jusqu'à preuve du contraire, être exécutées dans les liens d'un contrat de travail, lorsque de l'analyse de la relation de travail il apparaît que plus de la moitié des critères [énumérés dans ce paragraphe] sont remplis ».

L'article 337/2, § 2, de la loi-programme concernée s'énonce actuellement comme suit :

« Lorsqu'il apparaît que plus de la moitié des critères, visés au paragraphe 1^{er} ne sont pas remplis, la relation de travail est présumée de manière réfragable être un contrat d'indépendant.

Cette présomption peut être renversée par toutes voies de droit et notamment sur la base des critères généraux fixés dans la présente loi ».

L'article 17 de la proposition vise à remplacer, à l'alinéa 2 de ce paragraphe, les mots « notamment sur la base des critères généraux fixés dans la présente loi » par les mots « , sauf par les critères généraux fixés dans la présente loi ».

³⁹ L'article 337/1, § 1^{er}, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 ne fait pas mention d'une « liste » en tant que telle, mais énumère un certain nombre de relations de travail.

⁴⁰ Le texte néerlandais vise sans doute un « eensluidend en eenparig advies ». Comp. avec l'article 337/1, § 2, alinéa 3, actuel, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006.

⁴¹ L'article 337/1, § 2, alinéa 2, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 s'énonce comme suit : « Ces trois organes doivent donner leurs avis dans un délai de quatre mois après la demande faite par le Ministre chargé de l'Emploi, le Ministre des Affaires sociales ou le Ministre compétent pour le statut social des travailleurs indépendants ».

La modification proposée implique que les critères généraux ne trouvent plus à s'appliquer uniquement à l'égard des relations de travail – qui concernent un certain nombre de secteurs et activités spécifiques – visées à l'article 337/1 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006. À la lumière du principe constitutionnel d'égalité, pareille exclusion, par exemple, pourrait être justifiée si le législateur démontre que les critères mentionnés à l'article 337/2, § 1^{er}, de la loi-programme coïncident déjà avec les critères généraux ou les concrétisent. En l'état actuel de la législation, le législateur a toutefois estimé que les critères généraux peuvent justement être utilisés pour renverser la présomption contenue à l'article 337/2, § 1^{er}. Les développements de la proposition de loi n'apportent aucun éclaircissement à ce sujet.

Au regard de ce qui précède, l'article 17 de la proposition doit par conséquent faire l'objet d'un examen complémentaire.

Article 18

17. Dans le texte néerlandais de la phrase liminaire de l'article 18 de la proposition de loi, on remplacera les mots « en diverse bepalingen » par les mots « en andere bepalingen ».

18. L'alinéa à ajouter à l'article 186 de la loi du 12 août 2000 'portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses' (article 18, 4°, de la proposition de loi) dispose que les demandes d'autorisation et les employeurs qui souhaitent constituer un groupement d'employeurs, ainsi que l'autorisation à cet effet, sont mentionnés sur le site Web du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale. À cet égard, il est renvoyé à l'observation formulée au point 11.2.

Articles 23 et 24

19. Les termes utilisés dans les articles 31^{ter}, § 2, alinéa 1^{er}, 7°, proposé, de la loi du 4 août 1996 'relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail' et 6, § 2, alinéa 1^{er}, 7°, proposé, de la loi-programme du 10 août 2015, s'écartent de ceux utilisés dans l'article 25, § 1^{er}, 6°, de la loi-programme du 26 décembre 2022⁴². Dans la mesure où les dispositions concernées ont une portée similaire, il est recommandé de tendre vers une législation plus claire et, partant, plus accessible par le biais d'une rédaction plus uniforme.

Articles 25 et 26

20. Les articles 25 et 26 de la proposition de loi visent à abroger les articles 13 et 14 de la loi du 23 mars 2019 'introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses'.

⁴² L'article 25, § 1^{er}, 6°, de la loi-programme du 26 décembre 2022 mentionne « les moments de l'enregistrement de l'arrivée au lieu de travail et du départ du lieu de travail ainsi que les intervalles de repos ».

Lors de l'élaboration de la loi du 23 mars 2019, le législateur a fait le choix clair et argumenté de remplacer le critère du siège réel par celui du siège statutaire pour déterminer le droit applicable à la société ⁴³. La rétrogradation prévue par la proposition de loi, visant à annuler l'application d'une réforme fondamentale dans un délai relativement court, ne favorise pas, en tout cas, la sécurité juridique.

En outre, la technique de l'abrogation n'est pas adéquate à l'égard de dispositions modificatives, comme tel est le cas en l'occurrence des dispositions que les articles 25 et 26 de la proposition de loi visent à abroger. Comme, par nature, pareilles dispositions épuisent leurs effets de manière instantanée dès leur entrée en vigueur, il n'est en effet en principe plus possible ensuite de les abroger, c'est-à-dire de les faire disparaître de l'ordonnancement juridique pour l'avenir ⁴⁴. Si l'on souhaite modifier à nouveau un acte modifié, il faut intervenir dans l'acte modifié même, en l'espèce dans les articles 109 et 110 de la loi du 16 juillet 2004 'portant le Code de droit international privé', et non dans la disposition modificative. Il n'est possible d'abroger une loi modificative que pour autant que celle-ci n'est pas encore entrée en vigueur, ce qui n'est pas le cas de la loi du 23 mars 2019 ⁴⁵.

21. Il faudra veiller à ce que les dispositions prescrivant l'utilisation du critère du siège statutaire soient modifiées en conséquence. Ainsi, la référence à l'« établissement principal », dans les articles 112 – concernant le transfert du siège statutaire – et 115 – concernant l'efficacité des décisions judiciaires étrangères – de la loi du 16 juillet 2004, a elle aussi été remplacée par les termes « siège statutaire » (articles 16 et 18 de la loi du 23 mars 2019), mais la proposition de loi ne prévoit pas la modification de ces dispositions.

À cet égard, les auteurs de la proposition de loi veilleront à ce que les modifications visées soient également transposées correctement dans d'autres dispositions législatives. Sous sa forme actuelle, la proposition de loi maintient ainsi tels quels, par exemple, les articles 2:146 à 2:148 du Code des sociétés et des associations du 23 mars 2019, qui consacrent eux aussi légalement la doctrine du siège statutaire.

⁴³ *Doc. parl.*, Chambre 2017-18, n° 54-3119/1, pp. 339 et suivantes.

⁴⁴ Voir à ce propos *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandations n°s 128 et 129, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

⁴⁵ Conformément à l'article 38 de la loi du 23 mars 2019, ses articles 13 et 14 sont entrés en vigueur le 1^{er} mai 2019.

Article 27

22. L'article 27 de la proposition de loi est quasi identique à la disposition sur laquelle la section de législation a déjà formulé un avis précédemment dans son avis 60.312/1 du 5 décembre 2016⁴⁶. Dans cet avis, la section de législation conclut en ces termes qu'il est fort douteux que la disposition concernée ne soit pas superflue et qu'elle doive être omise :

« 2.1. L'article 2, alinéa 1^{er}, du projet dispose qu'[a]ux fins de l'application, selon le cas, de l'article 6, § 2, a), de la loi du 14 juillet 1987 portant approbation de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, du Protocole et de deux Déclarations communes, faits à Rome le 19 juin 1980 et de l'article 8.2. du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), le travailleur, occupé dans le cadre d'une activité de transport en Belgique par un employeur qui n'y est pas établi, est considéré comme accomplissant habituellement son travail en Belgique ou à partir de la Belgique si, en tenant compte de l'ensemble des éléments caractérisant l'activité du travailleur, ce dernier s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur, en Belgique ou à partir de la Belgique'.

L'article 2, alinéa 2, du projet énumère des éléments qui doivent (notamment) être pris en considération pour déterminer le lieu à partir duquel le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations⁴⁷.

2.2. L'article 6 précité de la loi du 14 juillet 1987, qui correspond sur le fond à l'article 6 de la Convention 'sur la loi applicable aux obligations contractuelles', faite à Rome le 19 juin 1980 (ci-après : 'la Convention de Rome'), s'énonce comme suit :

« § 1^[er]. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.

§ 2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi :

a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou

b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable'.

⁴⁶ Avis C.E. 60.312/1 du 5 décembre 2016 sur un avant-projet de loi 'régulant certaines modalités de détermination de la loi applicable au contrat de travail des travailleurs occupés dans le cadre d'une activité de transport', obs. 2.1. à 5.2.

⁴⁷ *Note de bas de page 2 de l'avis cité* : Ces éléments n'apparaissent pas dans le dispositif de l'arrêt *Heiko Koelzsch* mais uniquement dans le considérant 49 de cet arrêt.

Cet article 6 fait partie du chapitre 2 'Dispositions immédiatement applicables' de la loi du 14 juillet 1987. À cet égard l'exposé des motifs du projet devenu la loi du 14 juillet 1987 précisait ce qui suit ⁴⁸ :

'Le projet de loi se divise en trois chapitres. Le premier concerne l'approbation de la Convention ; le deuxième contient les règles qui sont introduites dans notre droit [...].

Quant à l'article premier, celui-ci entrera en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Belgique selon les dispositions prévues à l'article 29. [...]

Cette Convention n'est pas encore entrée en vigueur'.

2.3. L'article 8, paragraphes 1 et 2, du règlement (CE) n° 593/2008 s'énonce comme suit :

'1. Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays'.

2.4. La Convention de Rome est applicable, en ce qui concerne la Belgique, aux contrats de travail conclus jusqu'au 16 décembre 2009 inclus. Le règlement n° 593/2008 s'applique aux contrats de travail conclus à partir du 17 décembre 2009 ⁴⁹.

2.5. L'arrêt *Heiko Koelzsch* précité porte sur l'article 6 de la Convention de Rome. Dans son appréciation, la Cour de justice a cependant aussi considéré que '[p]ar ailleurs, [l'] interprétation se concilie également avec le libellé de la nouvelle disposition sur les règles de conflit relatives aux contrats individuels de travail, introduite par le règlement n° 593/2008, qui n'est pas applicable en l'espèce *ratione temporis*' ⁵⁰.

3. Il convient d'examiner comment le dispositif en projet s'articule avec les dispositions auxquelles le projet tend à donner une interprétation contraignante pour leur application. À cet égard, il y a lieu de faire une distinction entre les dispositions du règlement n° 593/2008, d'une part, et celles de la loi du 14 juillet 1987, d'autre part.

⁴⁸ Note de bas de page 3 de l'avis cité : Doc. parl., Sénat, 1985-86, n° 362/1, p. 2.

⁴⁹ Note de bas de page 4 de l'avis cité : L'article 29 du règlement dispose : « Le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne. Il est applicable à partir du 17 décembre 2009, à l'exception de l'article 26, qui s'applique à partir du 17 juin 2009. [...] ».

Voir également : C.J. 15 mars 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch*, 6.

L'exposé des motifs du projet, indique erronément au point 1.1 que le règlement s'applique aux contrats conclus à partir du 18 décembre 2009.

⁵⁰ Note de bas de page 5 de l'avis cité : C.J. 15 mars 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch*, 46.

Règlement n° 593/2008

4.1. Conformément à l'article 288, deuxième alinéa, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, un règlement est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans chaque État membre. Sauf dans les cas où le règlement laisse une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne son exécution, cette applicabilité directe signifie qu'il n'est pas nécessaire que les États membres interviennent pour en intégrer les dispositions dans leur ordre juridique interne.

La Cour de justice a souligné à plusieurs reprises que la transposition d'un règlement en droit national crée une 'équivoque en ce qui concerne [...] la nature juridique des dispositions applicables' et que l'ambiguïté [lire : ambiguïté] quant à l'effet direct des dispositions réglementaires, qui compromettrait 'l'application simultanée et uniforme [de celles-ci] dans l'ensemble de la Communauté' est contraire au Traité⁵¹. La Cour constitutionnelle a elle aussi confirmé que '[c]ompte tenu de leur effet direct, il n'appartient pas aux États membres de transposer les prescriptions contenues dans un règlement européen'⁵².

Selon l'article 19, paragraphe 3, b), du Traité sur l'Union européenne, la Cour de justice est compétente pour statuer 'à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions'.

Les arrêts de la Cour de justice lient en premier lieu la juridiction qui a posé la question préjudicielle, mais d'autres juridictions nationales sont également, en principe, tenues de suivre l'interprétation donnée par la Cour de justice⁵³.

En ce qui concerne la transposition d'un règlement européen en droit national, la Cour de justice a en outre jugé que 'la compétence de la Cour [...] reste entière nonobstant toute disposition législative nationale qui prétendrait transformer en droit national une règle de droit communautaire'⁵⁴.

Par ailleurs, les normes de droit européen priment en principe le droit interne⁵⁵. Par conséquent, l'application du régime en projet devra de toute façon être écartée s'il s'avère que cette disposition est contraire à l'article 8 du règlement n° 593/2008, tel que la Cour de justice l'a interprété. Même si le projet a été établi en vue d'intégrer la jurisprudence de la Cour de justice, on ne peut en effet exclure que cette jurisprudence continuera à évoluer, à être précisée ou nuancée à l'avenir.

4.2. Il résulte de ce qui précède que dans la mesure où le régime en projet vise, pour l'application de l'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 593/2008, à interpréter d'une manière contraignante la portée d'une notion utilisée dans cette disposition, ce régime n'ajoute rien d'essentiel à l'ordre juridique existant. De plus, il revient uniquement au législateur européen et, le cas échéant, à la Cour de justice d'interpréter d'une manière contraignante une disposition de droit européen, et non au législateur belge. Même si la

⁵¹ Note de bas de page 6 de l'avis cité : C.J., 7 février 1973, 39/72, *Commission c. Italie*, 16-17. Voir aussi : C.J., 10 octobre 1973, 34/73, *Variola*, 11; C.J., 2 février 1977, 50/76, *Amsterdam Bulb*, 4-7.

⁵² Note de bas de page 7 de l'avis cité : C.C., 27 juillet 2011, n° 142/2011, B.6.1.

⁵³ Note de bas de page 8 de l'avis cité : K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 244-246. Les auteurs mentionnent un « *erga omnes, as opposed to merely inter partes, effect* ».

⁵⁴ Note de bas de page 9 de l'avis cité : C.J., 10 octobre 1973, 34/73, *Variola*, 11.

⁵⁵ Note de bas de page 10 de l'avis cité : C.J. 15 juillet 1964, 6/64, *Costa c. Enel*; C.J. 9 mars 1978, 106/77, *Simmenthal*.

disposition interprétative introduite par ce dernier correspond à l'interprétation que la Cour de justice a donnée à cette disposition, il est déconseillé de reproduire une telle interprétation en droit belge sous la forme d'une disposition impérative, dès lors que ce procédé est source d'ambiguïté quant à la nature juridique de la disposition concernée.

En conclusion, dans la mesure où la disposition en projet concerne l'application de l'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 593/2008, elle doit être omise du projet.

Loi du 14 juillet 1987

5.1. L'article 6, § 2, a), de la loi du 14 juillet 1987, qui correspond sur le fond à l'article 6, paragraphe 2, a), de la Convention de Rome, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

En ce qui concerne la Belgique, la Convention de Rome proprement dite est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. L'article 17 dispose que celle-ci 's'applique dans un État contractant aux contrats conclus après son entrée en vigueur pour cet État'.

En vertu du Premier Protocole 'concernant l'interprétation par la Cour de justice de la [C]onvention de 1980', qui est entré en vigueur le 1^{er} août 2004, la Cour de justice est également 'compétente pour statuer sur l'interprétation' de la Convention de Rome de 1980.

L'article 98, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code de droit international privé (ci-après : Code DIP), qui est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004, dispose que '[l]e droit applicable aux obligations contractuelles est déterminé par la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue à Rome le 19 juin 1980'⁵⁶.

5.2. Il découle de ce qui précède qu'en ce qui concerne l'application de l'article 6, § 2, a), de la loi du 14 juillet 1987, la disposition en projet ne pourrait plus être considérée comme pertinente, que pour autant qu'elle porte sur des contrats qui ont été conclus avant l'application de la Convention de Rome, dès lors que pour les contrats conclus sous son empire, c'est de toute façon l'interprétation que la Cour de justice a donnée à l'article 6, paragraphe 2, de la Convention de Rome qui s'applique et qu'il n'est pas nécessaire de transposer cette interprétation en droit belge.

La question se pose toutefois de savoir si l'article 6, § 2, a), de la loi du 14 juillet 1987, dans la mesure où il s'applique aux contrats de travail conclus avant l'application de la Convention de Rome, pourrait être interprété d'une autre manière que l'article 6, paragraphe 2, a), de cette Convention, étant donné que les dispositions sont identiques et que le législateur avait expressément l'intention d'anticiper par le biais de ces dispositions l'entrée en vigueur de la Convention de Rome en les faisant déjà entrer en vigueur à une date antérieure dans l'ordre juridique belge. Il faut considérer que ce n'est pas le cas. Par conséquent, il n'est pas non plus nécessaire de prévoir un régime pour les contrats conclus avant l'application de la Convention de Rome.

⁵⁶ *Note de bas de page 11 de l'avis cité* : En ce qui concerne la référence, notamment, à la Convention de Rome, les travaux préparatoires du Code DIP ont précisé de manière générale ce qui suit : « Pour les matières régies par une convention universaliste, le code comprend, dans les chapitres appropriés, une disposition de renvoi. Le procédé (utilisé par exemple pour les obligations contractuelles ou pour les accidents de la circulation routière) ne permet pas seulement d'attirer l'attention du praticien du droit. Il a une portée plus que déclaratoire car il peut signifier que, si la convention venait à disparaître en tant qu'instrument international en raison de dénonciation ou de non-reconduction, sa substance continuerait de faire partie du droit positif. La ratification ultérieure d'une convention universaliste dans une matière couverte par la codification aura pour conséquence de nécessiter l'abrogation des dispositions correspondantes du code. Le procédé est également en harmonie avec le caractère universaliste des conventions en cause, qui pèsent directement sur le contenu de la codification ». (*Doc. parl.*, Sénat, SE, 2003, n° 3-27/1, p. 11).

En conclusion, la disposition en projet, dans la mesure où elle porte sur l'application de l'article 6, § 2, a), de la loi du 14 juillet 1987, est superflue.

Si l'auteur du projet estime que, nonobstant ce qui précède, il est néanmoins préférable de maintenir la disposition en projet, dans la mesure où elle porte sur l'application de l'article 6, § 2, a), de la loi du 14 juillet 1987, il est recommandé d'en limiter explicitement le champ d'application dans le sens indiqué ci-dessus ».

Les conclusions formulées dans l'avis précité s'appliquent également à l'égard de l'article 27 de la proposition de loi soumise ce jour pour avis.

Article 28

23. L'article 28 de la proposition vise à doubler les minima et les maxima des sanctions de niveau 2, 3 et 4 prévus aux alinéas 3 à 5 de l'article 101 du Code pénal social. Ce doublement s'applique tant à l'amende pénale, qu'à l'amende administrative et, en ce qui concerne la sanction de niveau 4, à l'emprisonnement. Selon les développements, « [l']objectif est de prévoir des sanctions plus dissuasives afin de mieux protéger les travailleurs ».

La disposition proposée soulève toutefois de sérieuses questions au regard du principe de la proportionnalité des peines, qui implique que ces dernières soient proportionnelles à la gravité de l'infraction. Par le passé, la section de législation a déjà observé que le législateur, tout autant que le juge, doit avoir égard au principe de proportionnalité des peines ⁵⁷.

Selon la Cour constitutionnelle, le principe de la proportionnalité des peines « fait également partie intégrante de notre système juridique qui, en règle, permet au juge de choisir la peine entre un minimum et un maximum, de tenir compte de circonstances atténuantes et d'ordonner le sursis et la suspension du prononcé, le juge pouvant ainsi individualiser la peine dans une certaine mesure, en infligeant celle qu'il estime proportionnée à l'ensemble des éléments de la cause » ⁵⁸.

La Cour constitutionnelle a observé que, bien que l'« appréciation de la gravité d'une infraction et de la sévérité avec laquelle l'infraction peut être punie relève du pouvoir d'appréciation du législateur », et qu'en s'interrogeant sur la proportionnalité des sanctions pénales instaurées, elle apprécie les « cas dans lesquels le choix du législateur aboutit à traiter de manière manifestement déraisonnable des infractions comparables ou à produire des effets disproportionnés, eu égard aux objectifs poursuivis par le législateur » ⁵⁹.

Le principe de la proportionnalité des peines s'applique aux sanctions aussi bien pénales qu'administratives ⁶⁰.

⁵⁷ Voir e.a. l'avis C.E. 60.893/3 du 27 mars 2017 sur un avant-projet de 'Code pénal – Livre Premier', obs. 12.

⁵⁸ C.C., 22 décembre 2022, n° 170/2022, B.24.2.

⁵⁹ C.C., 20 octobre 2022, n° 134/2022, B.10.2.

⁶⁰ C.C., 18 février 2016, n° 25/2016, B.23.2.

La modification proposée implique que les sanctions, que le législateur a fixées par le passé pour toutes les infractions pour lesquelles le livre 2 du Code pénal social a prévu une sanction de niveau 2, 3 ou 4, sont doublées. Avant de procéder à une telle majoration importante et uniforme, le législateur doit toutefois s'assurer que, dans tous ces cas, la proportionnalité entre la gravité de l'infraction spécifique et la peine prévue est maintenue.

À cet égard, le législateur devra notamment tenir compte du fait que nombre de dispositions pénales du livre 2 du Code pénal social prévoient un multiplicateur, qui multiplie l'amende par le nombre de personnes concernées, par exemple le nombre de travailleurs concernés ⁶¹, renforçant encore l'effet du doublement visé. Les amendes pénales et administratives seront en tout état de cause majorées en application du régime relatif aux décimes additionnels ⁶², tandis que si, lorsque les sanctions concernées sont infligées, on peut tenir compte de circonstances atténuantes et l'amende peut être réduite au-dessous du montant minimum porté par la loi, ce montant ne peut toutefois être inférieur à 40 pour-cent du montant minimum prescrit ⁶³, ce qui implique que les effets de la modification proposée ne pourront pas être atténués pleinement lors de la fixation concrète de la peine.

Au regard de ce qui précède, mieux vaudrait encore soumettre l'article 28 de la proposition à un examen complémentaire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

⁶¹ Conformément à l'article 103, alinéa 2, du Code pénal social, l'amende multipliée ne peut excéder les montants multipliés par cent.

⁶² Loi du 5 mars 1952 'relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales' et article 102 du Code pénal social.

⁶³ Article 110 du Code pénal social.