



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.654/3
van 19 december 2022

avis 69.654/3
du 19 décembre 2022

over

sur

een wetsvoorstel 'houdende de
terbeschikkingstelling van
personeel omwille van
motieven 'passend werk' en
persoonlijke ontwikkeling'
(*Parl.St.* Kamer 2019-20,
nr. 55-0587/001)

une proposition de loi
'organisant la mise à
disposition du personnel pour
motif d'emploi convenable ou
de développement personnel'
(*Doc. Parl.*, Chambre,
2019-20, n° 55-0587/001)

Op 18 juni 2021 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 de terbeschikkingstelling van personeel omwille van motieven 'passend werk' en persoonlijke ontwikkeling' (*Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0587/001).

Het voorstel is door de derde kamer onderzocht op 6 december 2022. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Barbara SPEYBROUCK, eerste 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 19 december 2022.

*

Le 18 juin 2021, 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 'organisant la mise à disposition du personnel pour motif d'emploi convenable ou de développement personnel' (*Doc. Parl.*, Chambre, 2019-20, n° 55-0587/001).

La proposition a été examinée par la troisième chambre le 6 décembre 2022. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Inge VOS, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Les rapports ont été présentés par Barbara SPEYBROUCK, premier auditeur.

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 19 décembre 2022.

*

STREKKING VAN HET WETSVOORSTEL

1. Het om advies voorgelegde wetsvoorstel strekt ertoe in een bijkomende uitzondering te voorzien op het algemene verbod op terbeschikkingstelling van werknemers ten behoeve van gebruikers.¹ De terbeschikkingstelling van zowel contractuele als statutaire werknemers wordt mogelijk gemaakt omwille van de motieven “passend werk” of “persoonlijke ontwikkeling” (artikel 2 van het voorstel).

Artikel 3 van het voorstel houdt de definities van de gebruikte begrippen in.

Artikel 4 van het voorstel voegt een artikel 32*ter* in in de wet van 24 juli 1987 ‘betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers’. Het bepaalt de voorwaarden, de nadere regels en de gevolgen van de tijdelijke terbeschikkingstelling van contractuele werknemers. De terbeschikkingstelling zal mogelijk zijn omwille van het motief “passend werk” of het motief “persoonlijke ontwikkeling” (paragraaf 1). Alleen werknemers die reeds minimum twee jaar in dienst zijn bij hun huidige werknemer komen in aanmerking (paragraaf 2). De werkgever aan wie de werknemer tijdelijk ter beschikking wordt gesteld (hierna de TBS-werkgever) is verantwoordelijk voor de toepassing van de bepalingen van de wetgeving inzake de reglementering en de bescherming van de arbeid (paragraaf 3). De TBS-partnerovereenkomst dient de voorwaarden en de duur van de terbeschikkingstelling, alsook de aard van de opdracht te regelen (paragraaf 4). Tijdens de terbeschikkingstelling blijft de oorspronkelijke overeenkomst gelden, maar de TBS-werkgever wordt hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de sociale bijdragen, alsook voor de lonen, vergoedingen en voordelen (paragraaf 5). Die lonen, vergoedingen en voordelen mogen niet lager zijn dan diegene die de werknemers van de TBS-werkgever voor dezelfde functies ontvangen (paragraaf 5 *in fine*). Tot slot bepaalt artikel 4 van het voorstel de gevolgen wanneer de TBS-werkgever arbeid laat uitvoeren door werknemers die te zijner beschikking worden gesteld in strijd met de bepalingen van het voorgestelde artikel 4 (paragraaf 6).

Artikel 5 van het voorstel regelt op analoge wijze de voorwaarden, de nadere regels en de gevolgen van de tijdelijke terbeschikkingstelling van statutaire werknemers.

De artikelen 6 tot 9 van het voorstel bepalen dat de vraag tot terbeschikkingstelling kan uitgaan van de werknemer en bevatten nadere regels over deze vraag.

De artikelen 10 tot 14 van het voorstel bepalen dat de vraag tot terbeschikkingstelling ook kan uitgaan van de werkgever en bevatten nadere regels over deze vraag.

De artikelen 15 tot 17 van het voorstel bepalen de rol die de erkende instelling voor loopbaanbegeleiding daarbij speelt.

¹ Artikelen 31 tot 32*bis* van de wet van 24 juli 1987 ‘betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers’.

Vervolgens bepalen de artikelen 18 en 19 van het voorstel de aard, de duurtijd en de inhoud van de voorafgaandelijk te sluiten TBS-partnerovereenkomst en TBS-arbeidsovereenkomst. Deze kunnen hoogstens voor twee jaar worden aangegaan, maar zij kunnen onbeperkt worden verlengd met telkens hoogstens twee jaar. Ook een erkend uitzendbureau kan optreden als TBS-werkgever; deze gaat dan een gebruiksovereenkomst aan met een TBS-gebruiker. Er is geen cumulverbod voor een uitzendbedrijf om tegelijkertijd als TBS-werkgever en als erkende instelling voor loopbaanbegeleiding op te treden.

Tot slot legt artikel 20 van het voorstel aan de werkgever of werknemer aan wie de vraag of het aanbod tot terbeschikkingstelling wordt gedaan, een plicht tot constructief meewerken op. Het biedt daarenboven de mogelijkheid voor de benadeelde partij om bij schending van deze plicht zich te wenden tot de arbeidsrechtbank.

Artikel 21 bepaalt de datum van inwerkingtreding van het op 15 oktober 2019 ingediende voorstel van wet op 1 januari 2020.

BEVOEGDHEID

2. Het voorstel strekt ertoe de terbeschikkingstelling van werknemers omwille van het motief “passend werk” of “persoonlijke ontwikkeling” te regelen, zowel in de private als in de publieke sector.

2.1. Voor zover het wetsvoorstel toepasselijk is in de private sector, valt het binnen de bevoegdheid van de federale wetgever inzake het arbeidsrecht (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’).

De regeling van de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers is immers aan te merken als een regeling van arbeidsbescherming die aan de federale overheid is voorbehouden als onderdeel van het arbeidsrecht,² behoudens de nuanceringen die aangebracht zijn in het kader van de Zesde Staatshervorming in artikel 6, § 1, IX, 13°, en artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.³

2.2. Voor zover het wetsvoorstel echter toepasselijk is in de publieke sector, meer bepaald doordat het in artikel 5 een complementaire regeling inhoudt voor de terbeschikkingstelling van statutaire werknemers, dient ermee rekening te worden gehouden dat de federale overheid niet bevoegd is voor de hele publieke sector.

² GwH 14 juni 2012, nr. 75/2012, B.11.

³ Overeenkomstig artikel 6, § 1, IX, 13°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn de gewesten bevoegd voor het vaststellen van de voorwaarden volgens dewelke gebruik kan worden gemaakt van uitzendarbeid in het kader van tewerkstellingsprojecten en overeenkomstig artikel 87, § 4, van diezelfde bijzondere wet zijn de gemeenschappen en gewesten bevoegd de procedures, voorwaarden en regels vast te leggen volgens welke een beroep kan worden gedaan op uitzendarbeid in onder meer de diensten van de gemeenschappen en de gewesten, evenwel onverminderd artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, van diezelfde bijzondere wet. Deze nuanceringen zijn *in casu* niet van toepassing.

Sinds de inwerkingtreding van de Zesde Staatshervorming zijn de gemeenschappen en de gewesten, overeenkomstig artikel 87, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, immers volledig bevoegd geworden om het administratief en geldelijk statuut van hun personeel vast te stellen, met uitzondering van de pensioenregeling.⁴

Daarnaast kan, onder meer, ook worden gewezen op de bevoegdheid van de gewesten voor het vaststellen van het administratief en geldelijk statuut van de ondergeschikte besturen, overeenkomstig artikel 6, § 1, VIII, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, en op de bevoegdheid van de gemeenschappen voor het vaststellen van het administratief en geldelijk statuut van het onderwijzend personeel en van het personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (respectievelijk de artikelen 127, § 1, eerste lid, 2°, en 130, § 1, eerste lid, 3°, van de Grondwet, en artikel 5, § 1, II, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980).

De voorgestelde regeling kan dan ook slechts doorgang vinden voor zover ze op een bevoegdheidsconforme wijze wordt geïnterpreteerd. De Raad van State beveelt aan tijdens de parlementaire bespreking uitdrukkelijk deze bevoegdheidsconforme interpretatie te bevestigen.

Slechts op grond van een samenwerkingsovereenkomst met de gemeenschappen en gewesten zou de regeling kunnen worden uitgebreid tot de terbeschikkingstelling van statutaire werknemers die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en gewesten ressorteren.

3. Een van belangrijke aspecten van het voorstel is dat het voorziet in het verplicht optreden van “erkend[e] instelling[en] voor loopbaanbegeleiding”. Artikel 3, 3°, van het voorstel definieert deze als “de regionale dienst voor arbeidsbemiddeling en/of beroepsopleiding en/of loopbaanbegeleiding of een door de regionale dienst voor arbeidsbemiddeling en beroepsopleiding erkende of gemandateerde dienst voor loopbaanbegeleiding met een brede expertise in het adviseren en begeleiden van mensen in loopbaanoriëntatie of heroriëntatie”.

3.1. Luidens artikel 8 van het voorstel heeft een werknemer, die vraagt om ter beschikking te worden gesteld van een TBS-werkgever, het recht zich te laten bijstaan door een erkende instelling voor loopbaanbegeleiding. Zonder de uitoefening van dit recht kan geen TBS-arbeidsovereenkomst worden gesloten. In artikel 12 van het voorstel wordt in hetzelfde recht voorzien voor de werknemer ingeval het aanbod tot terbeschikkingstelling wordt gedaan door de werkgever.

De artikelen 15 tot 17 van het voorstel bepalen de rol van de erkende instelling voor loopbaanbegeleiding. Deze instelling “adviseert en ondersteunt” de werknemer bij een aanvraag of aanbod tot terbeschikkingstelling, “toetst” een aanbod of vraag tot terbeschikkingstelling “aan het welzijn van de werknemer”, “bewaakt de kwaliteit van het

⁴ Artikel 87, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 is van overeenkomstige toepassing op de Duitstalige Gemeenschap (artikel 54, eerste lid, van de wet van 31 december 1983 ‘tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap’), op het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest (artikel 40, § 1, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse Instellingen’) en op de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, de Franse Gemeenschapscommissie en de Vlaamse Gemeenschapscommissie (artikel 79, § 1, van de voornoemde bijzondere wet van 12 januari 1989).

proces” tussen het ogenblik van een aanvraag of aanbod tot het ogenblik waarop de TBS-partnerovereenkomst wordt gesloten en kan aan de werknemer ook “aanvullende diensten verlenen” voorafgaand aan een aanvraag of aanbod, alsook tijdens de uitvoering van de TBS-arbeidsovereenkomst.

Artikel 18 van het voorstel bepaalt dat de erkende instelling voor loopbaanbegeleiding partij is bij de TBS-partnerovereenkomst en dat één van de essentiële elementen van die overeenkomst is “de certificatie door een erkende instelling voor loopbaanbegeleiding dat de werknemer de nodige begeleiding heeft gekregen”.

3.2. In zoverre de voorgestelde regeling taken en verplichtingen oplegt aan de erkende instellingen voor loopbaanbegeleiding, zoals deze zijn gedefinieerd in artikel 3, 3°, gaat het voorstel de bevoegdheid van de federale wetgever te buiten.

De autonomie waarover de federale overheid en de gemeenschappen of de gewesten in het kader van hun eigen bevoegdheidssfeer beschikken, staat in beginsel immers eraan in de weg dat een overheid een dienst die onder een andere overheid ressorteert, zonder het akkoord van die laatste, ertoe dwingt zijn medewerking te verlenen aan de uitvoering van het beleid van de eerste overheid. Daaruit vloeit voort dat het in beginsel niet aan de federale wetgever staat opdrachten toe te vertrouwen aan organen die onder de bevoegdheden van de gemeenschappen of de gewesten vallen, of verplichtingen te hunnen laste te leggen⁵.

De voorgestelde regeling kan dan ook geen doorgang vinden zonder dat voorafgaandelijk met de gewesten een samenwerkingsovereenkomst wordt gesloten.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Overeenstemming met richtlijn 1999/70/EG

4.1. Uit artikel 19, derde lid, 1° en 3°, van het wetsvoorstel blijkt dat de duur van een TBS-arbeidsovereenkomst nooit langer dan 24 maanden mag bedragen, doch dat ze een onbeperkt aantal malen kan worden verlengd, althans zolang er nog een geldende TBS-partnerovereenkomst lopende is. Uit artikel 18, derde en vierde lid, van het voorstel blijkt dat een TBS-partnerovereenkomst maximum voor twee jaar kan worden aangegaan, doch dat ook deze onbeperkt, telkens voor maximum twee jaar, kan worden verlengd.

De vraag rijst of deze bepalingen in overeenstemming zijn met het EU-recht, meer bepaald met richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 ‘betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor

⁵ GwH 28 februari 2019, nr. 36/2019, B.8.2-B.8.3. Zie o.m. ook adv.RvS 64.122/1 van 12 oktober 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 21 december 2018 ‘betreffende de Brusselse verzekeringsinstellingen in het domein van de gezondheidszorg en de hulp aan personen’, opmerking 6.3 (*Parl.St. Br.Parl.* 2018-19, nr. B-139/1, 41-42), adv.RvS 70.026/1/2/3 van 28 september 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 18 mei 2022 ‘houdende diverse bepalingen inzake gezondheid’, opmerking bij artikel 75 (*Parl.St. Kamer* 2021-22, nr. 55-2320/001, 598-599) en adv.RvS 71.165/1 van 20 april 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 oktober 2022 ‘houdende diverse arbeidsbepalingen’, opmerking 37 (*Parl.St. Kamer* 2021-22, nr. 55-2810/001, 295-296).

bepaalde tijd' die misbruiken van arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur beoogt tegen te gaan.

4.2. Richtlijn 1999/70/EG bepaalt in clause 5 “Maatregelen ter voorkoming van misbruik”:

“1. Teneinde misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen, voeren de lidstaten, na raadpleging van de sociale partners overeenkomstig de nationale wetgeving, collectieve overeenkomsten of gebruiken, en/of de sociale partners, wanneer er geen gelijkwaardige wettelijke maatregelen ter voorkoming van misbruik bestaan, op een wijze die rekening houdt met de behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers, een of meer van de volgende maatregelen in:

a) vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen;

b) vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd;

c) vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd.

2. De lidstaten, na raadpleging van de sociale partners, en/of, waar nodig, de sociale partners bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd:

a) als ‘opeenvolgend’ worden beschouwd;

b) geacht worden voor onbepaalde tijd te gelden.”

4.3. Uit deze clause volgt dat voor zover er in het nationale recht geen “gelijkwaardige wettelijke maatregelen ter voorkoming van misbruiken” bestaan en voor zover er noch een maximale totale duur (clause 5, punt 1, b)), noch een maximaal aantal verlengingen (clause 5, punt 1, c)) op bindende wijze is vastgesteld, moet worden onderzocht in hoeverre de verlenging van dergelijke arbeidsovereenkomsten kan worden gerechtvaardigd op basis van een “objectieve reden” in zin van clause 5, punt 1, sub a). Daarover stelde het Hof van Justitie van de Europese Unie het volgende:

“45 Volgens de vaste rechtspraak moet het begrip ‘objectieve reden’ aldus worden opgevat dat het ziet op precieze en concrete omstandigheden welke een bepaalde activiteit kenmerken, zodat zij kunnen rechtvaardigen dat in die bijzondere context gebruik wordt gemaakt van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Die omstandigheden kunnen met name voortvloeien uit de bijzondere aard van de taken waarvoor dergelijke overeenkomsten zijn gesloten, en uit de inherente kenmerken ervan, of, in voorkomend geval, uit het nastreven van een rechtmatige doelstelling van sociaal beleid van een lidstaat (reeds aangehaalde arresten *Angelidaki e.a.*, punt 96 en *Kücük*, punt 27).

46 Daarentegen zou een nationale bepaling waarbij via een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling in het algemeen en op abstracte wijze de mogelijkheid wordt gecreëerd om gebruik te maken van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, niet voldoen aan de in het vorige punt van het onderhavige arrest gepreciseerde vereisten (reeds aangehaalde arresten *Angelidaki e.a.*, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en *Kücük*, punt 28).

47 Uit een dergelijke louter formele bepaling kunnen namelijk geen objectieve en transparante criteria worden afgeleid om na te gaan of de vernieuwing van dergelijke overeenkomsten beantwoordt aan een werkelijke behoefte, geschikt is om de nagestreefde doelstelling te bereiken, en daartoe noodzakelijk is. Deze bepaling brengt dus een reëel risico van misbruik van dit type overeenkomsten met zich, zodat het in strijd is met de doelstelling en het nuttig effect van de raamovereenkomst (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Angelidaki* e.a., punten 98 en 100 en aldaar aangehaalde rechtspraak en *Kçük*, punt 29).⁶

4.4. Gelet op het ontbreken in het nationale recht van gelijkwaardige wettelijke maatregelen om misbruiken tegen te gaan en gelet ook op het ontbreken in het voorstel van enige bepaling over de maximale totale duur en het maximum aantal verlengingen van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd,⁷ rijst de vraag welke “objectieve reden” ter verantwoording hiervan kan worden aangevoerd.

Noch de toelichting bij het voorstel, noch de verklaring hierover van de gemachtigde verstrekken ter zake duidelijkheid. De gemachtigde verklaarde slechts het volgende:

“De basisregel is inderdaad tijdelijk en met een maximum van 2 jaar. Anderzijds zou een rigide toepassing van deze basisregel na 2 jaar kunnen leiden tot abrupte beëindigingen van TBS-overeenkomsten waar noch de betrokken werknemer en betrokken werkgevers baat bij hebben. We denken hier bijvoorbeeld aan een ambtenaar die 5 jaar voor pensioendatum een totaal andere job in de privé op zich neemt. In eerste instantie is dit voor 2 jaar maar de betrokken ambtenaar geeft aan dat hij niet 3 jaar voor zijn pensioendatum wenst over te gaan van zijn ambtenarenstatuut naar een contractuele tewerkstelling in de privé. Belangrijk om mee te geven is dat (a) alle partijen akkoord moeten gaan om de samenwerking na 2 jaar te verlengen; (b) de verlenging (...) steeds beperkt wordt in de tijd met een max. van 2 jaar/verlenging; (c) de erkende instelling voor loopbaanbegeleiding dient steeds mee haar akkoord te geven bij een verlenging van de partnerovereenkomst. De voorwaarde dat alle partijen moeten akkoord gaan met een verlenging zorgt ervoor dat een automatische verlenging (zonder reflectie) van TBS uitgesloten is.”

Het gegeven dat alle partijen, inclusief de werknemer, akkoord moeten gaan om de terbeschikkingstelling te handhaven, alsook het gegeven dat bij gebrek aan akkoord van de werknemer, deze weer zijn betrekking opneemt van voor de terbeschikkingstelling, houden ongetwijfeld een bepaalde waarborg in tegen misbruiken. Dit neemt echter niet weg dat het, in het algemeen en op abstracte wijze, mogelijk wordt gemaakt om gebruik te maken van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, zonder dat het voor de Raad van State duidelijk is door welke “precieze en concrete omstandigheden welke een bepaalde activiteit kenmerken” dit wordt verantwoord, meer bepaald door welke omstandigheden die voortvloeien “uit de bijzondere aard van de taken waarvoor dergelijke overeenkomsten zijn gesloten, en uit de

⁶ HvJ 13 maart 2014, C-190/13, *Antonio Márquez Samohano t. Universitat Pompeu Fabra*, ECLI:EU:C:2014:146, punten 45 tot 47, over een prejudiciële vraag betreffende een regeling in het Spaanse recht, op grond waarvan de universiteiten opeenvolgende, met geassocieerde docenten gesloten arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen vernieuwen, zonder dat enige beperking geldt voor de maximumduur en het aantal vernieuwingen van die overeenkomsten. Zie ook GwH 28 april 2016, nr. 55/2016, B.14.2.

⁷ Overeenkomstig artikel 18, vijfde lid, punt 6, van het voorstel wordt de “geplande duur en verlengingsbepalingen” van de TBS-arbeidsovereenkomsten opgenomen in de TBS-partnerovereenkomst.

inherente kenmerken ervan, of, in voorkomend geval, uit het nastreven van een rechtmatige doelstelling van sociaal beleid van een lidstaat”.

4.5. Het komt de indieners van het voorstel toe hetzij alsnog een dergelijke verantwoording te bieden, hetzij de maximale duur en/of het maximaal aantal verlengingen te beperken.

B. Overeenstemming met richtlijn 2008/104/EG

5.1. Op grond van artikel 19, vierde lid, van het voorstel kan een werkgever een werknemer ook ter beschikking stellen van een erkend uitzendbureau, die dan als TBS-werkgever optreedt en op zijn beurt een gebruiksovereenkomst sluit met een TBS-gebruiker⁸, overeenkomstig de wetgeving van toepassing op uitzendarbeid.

Uit de in opmerking 4.1 besproken – en bekritiseerde – regeling volgt dat ook het uitzendbureau voor een onbeperkt aantal malen, telkens voor twee jaar, als TBS-werkgever kan optreden zonder dat een maximumduur is bepaald. Voor zover dit impliceert dat er ook een onbeperkt aantal gebruiksovereenkomsten met dezelfde TBS-gebruiker, telkens voor twee jaar, kunnen worden gesloten, eveneens zonder maximumduur, rijst de vraag of dit in overeenstemming is met richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 ‘betreffende uitzendarbeid’ (hierna: de Uitzendrichtlijn).

5.2. Artikel 5, lid 5, van de Uitzendrichtlijn bepaalt:

“De lidstaten nemen passende maatregelen overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk, met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van dit artikel, met name voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen. Zij stellen de Commissie van dergelijke maatregelen in kennis.”

In arrest C-681/18 van 14 oktober 2020⁹ heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie voor recht gezegd dat:

“[a]rtikel 5, lid 5, eerste volzin, van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (...) aldus [moet] worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale wettelijke regeling die geen grenzen stelt aan het aantal achtereenvolgende opdrachten van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming, en die voor het rechtmatige gebruik van de terbeschikkingstelling van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet de voorwaarde stelt dat er technische redenen of redenen in verband met vereisten op het gebied van de productie, de organisatie of vervanging van personeelsleden bestaan. Daarentegen moet deze bepaling ook aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een lidstaat geen enkele maatregel neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen, en dat een nationale regeling in geen enkele maatregel voorziet die

⁸ Het begrip “TBS-gebruiker” wordt in artikel 3, 7°, van het voorstel gedefinieerd als “de werkgever bij (...) wie de ter beschikking gestelde werknemer gaat werken met tussenkomst van een TBS-uitzendbureau die handelt als TBS-werkgever”.

⁹ HvJ 14 oktober 2020, C-681/18, *JH t. KG*, ECLI:EU:C:2020:823.

voorkomt dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd om de bepalingen van richtlijn 2008/104 in haar geheel te omzeilen”.

Het Hof oordeelt enerzijds dat lidstaten op grond van de Uitzendrichtlijn weliswaar niet verplicht zijn om het aantal uitzendingen bij dezelfde inlener te maximeren, maar anderzijds dat het nemen van geen enkele maatregel om de tijdelijkheid van uitzendarbeid te waarborgen en langdurige terbeschikkingstelling bij dezelfde inlener ter omzeiling van de Uitzendrichtlijn tegen te gaan, wél in strijd is met (het doel van) de Uitzendrichtlijn. Daarbij lijkt het Hof als doel een vast dienstverband met de inlener, en niet met het uitzendbureau (de uitlener), voor ogen te staan (in lijn met artikel 6 van de Uitzendrichtlijn). Lidstaten dienen derhalve passende maatregelen te nemen om de tijdelijkheid van uitzendarbeid te waarborgen en omzeiling dan wel misbruik te voorkomen, aldus het Hof.

Het Hof benadrukt dat, als uitzendkrachten op basis van achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlener werken voor een periode die langer is dan wat redelijkerwijs als ‘tijdelijk’ kan worden aangemerkt, dit een aanwijzing kan zijn dat de bepalingen van de Uitzendrichtlijn worden omzeild dan wel misbruikt, tenzij sprake is van een objectieve verklaring voor de langdurige terbeschikkingstelling bij dezelfde inlener. Het Hof overweegt hierbij uitdrukkelijk dat achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlener, zonder objectieve verklaring, de kern van de Uitzendrichtlijn omzeilen en misbruik van uitzendarbeid vormen. Volgens het Hof tasten zij het door de Uitzendrichtlijn bereikte evenwicht tussen flexibiliteit voor werkgevers en zekerheid voor werknemers aan, door deze zekerheid te ondermijnen. Het Hof gaat niet in op de vraag wat redelijkerwijs als ‘tijdelijk’ kan worden gezien en wat als objectieve verklaring kan worden aangemerkt. Bovendien gaat het Hof niet in op de maatregelen die lidstaten zouden moeten nemen om omzeiling dan wel misbruik te voorkomen.

5.3. Het komt de indieners van het voorstel toe hetzij een objectieve verklaring te bieden voor mogelijk achtereenvolgende opdrachten voor een lange duur bij dezelfde gebruiker, hetzij de maximale duur en/of het maximaal aantal verlengingen te beperken.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 5

6. Artikel 5 van het voorstel maakt de terbeschikkingstelling van statutaire werknemers mogelijk. Voor zover het van toepassing is op de “ambtenaren bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen”, in de zin van artikel 107, tweede lid, van de Grondwet, gaat het de bevoegdheid van de federale wetgevende macht te buiten.

Volgens vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof¹⁰ en de Raad van State¹¹, komt het immers op grond van artikel 107, tweede lid, van de Grondwet, *juncto* artikel 37 van de Grondwet in beginsel aan de Koning toe om het statuut van deze federale ambtenaren te bepalen.

Om in overeenstemming te zijn met de vermelde artikelen van de Grondwet dient de terbeschikkingstelling van deze federale ambtenaren afhankelijk te worden gemaakt van de door de Koning te bepalen regels.

7. Artikel 5, § 6, van het voorstel bepaalt dat wanneer de TBS-werkgever door het ter beschikking gestelde statutaire personeelslid arbeid laat uitvoeren in strijd met het bepaalde van dat artikel, de TBS-werkgever en die werknemer beschouwd worden als verbonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur.

Het is onduidelijk hoe dit moet worden begrepen.

In zoverre het inhoudt dat door het omzetten naar een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur, de periode van het ter beschikking stellen een einde neemt, is het onduidelijk of in dat geval ook de statutaire aanstelling, die overeenkomstig artikel 5, § 5, blijft gelden tijdens de periode van het ter beschikking stellen, eindigt.

In zoverre de voorgestelde bepaling impliceert dat de statutaire aanstelling een einde neemt, dient erop te worden gewezen dat het wat de in artikel 107, tweede lid, van de Grondwet bedoelde ambtenaren betreft, niet aan de federale wetgever toekomt te bepalen wanneer hun statutaire aanstelling een einde neemt.

In zoverre de voorgestelde bepaling niet inhoudt dat de statutaire aanstelling een einde neemt, zou dit impliceren dat het personeelslid gebonden zou zijn door zowel een statutaire aanstelling als door een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur. Dit laatste is echter onverzoenbaar met de statutaire aanstelling.

8. Ten slotte lijkt het aangewezen ook voor de TBS-gebruiker die de werknemer in strijd met de bepalingen tewerkstelt, in een sanctie te voorzien in het voorgestelde artikel 32*ter*, § 6, van de wet van 24 juli 1987 voor de contractuele werknemers respectievelijk artikel 5, § 6, van het voorstel voor de statutaire werknemers.

Artikel 12

9. Uit artikel 12, tweede en laatste lid, volgt dat bij een terbeschikkingstelling op vraag van de werkgever, de kosten van de bijstand door een erkende dienst voor loopbaanbegeleiding ten laste van de werkgever vallen.

¹⁰ GwH 10 juli 2002, nr. 129/2002, B.6.2 tot B.6.4; GwH 2 oktober 2002, nr. 138/2002, B.5.3; GwH 2 juni 2004, nr. 99/2004, B.6.2; GwH 15 juli 2021, nr. 107/2021, B.6.2.

¹¹ RvS 31 mei 1994, nr. 47.689, *Leclercq*; RvS 16 september 2002, nr. 110.257, *Debrulle*.

Wie de kosten draagt bij de terbeschikkingstelling op vraag van de werknemer, wordt in de artikelen 6 tot 9 van het voorstel daarentegen niet bepaald. In de toelichting wordt gesteld dat de werknemer in principe die kosten draagt, tenzij de werkgever ertoe bereid is die kosten (geheel of gedeeltelijk) te dragen of de regionale overheid voorziet in een tussenkomst. Het lijkt aangewezen dat principe op te nemen in het voorstel zelf, zodat daarover geen rechtsonzekerheid heerst.

Artikel 19

10. In artikel 19, derde lid, punt 4, dient eveneens te worden bepaald dat ook de oorspronkelijke statutaire aanstelling of de lopende schorsing van die aanstelling wordt hernomen bij het einde van de TBS-arbeidsovereenkomst.

11. Waar in artikel 19, laatste lid, van het voorstel aan het erkend uitzendbureau wordt toegelaten om zowel op te treden als TBS-werkgever en als erkende instelling voor loopbaanbegeleiding, dient op de rol van de erkende instelling voor loopbaanbegeleiding zoals vastgesteld in de artikelen 15 en 16 van het voorstel te worden gewezen.

In de toelichting wordt daarover het volgende gesteld:

“De kerntaak van deze instelling is het ondersteunen van de werknemer in het reflectieproces naar ‘passend werk’ of ‘persoonlijke ontwikkeling’. Achter de vraag van de werknemer of het voorstel van de werkgever hangt meestal een heel specifieke problematiek. Het is essentieel de motieven van de werknemer of aanbiedende werkgever te kennen om een kwalitatieve begeleiding te kunnen bieden. Het welzijn van de werknemer moet bewaakt worden. Ook de werkgever die ter beschikking stelt en de TBS-werkgever die de werknemer tijdelijk gaat tewerkstellen via een TBS-overeenkomst heeft alle belang bij een kwalitatieve begeleiding.

Die kwalitatieve begeleiding naar de werknemer kan heel breed zijn: een luisterend oor, talenten in kaart brengen, samen zoeken naar welk werk passend is, kandidaat-derde partijen zoeken en voorstellen, adviseren wat passende loon- en arbeidsvoorwaarden zijn, bemiddelen tussen beide werkgevers, enz.”

Gelet op deze taak, rijst de vraag of het toelaten aan een erkend uitzendbedrijf om tegelijkertijd op te treden als TBS-werkgever en als erkende instelling voor loopbaanbegeleiding, geen afbreuk zal doen aan de kwalitatieve begeleiding van de werknemer nu in dat geval het uitzendbureau zowel bij de TBS-partnerovereenkomst als bij de TBS-arbeidsovereenkomst partij is en daarenboven de gebruiksovereenkomst aangaat met de gebruiker.

Hierover ondervraagd, lichtte de gemachtigde toe:

“De erkenning als instelling voor loopbaanbegeleiding is in Vlaanderen verbonden aan strikte voorwaarden. Sommige erkende uitzendbedrijven bieden deze dienstverlening ook aan maar dan is in een afzonderlijke en onafhankelijke afdeling. Sowieso kan het uitzendkantoor nooit de rol van werkgever en loopbaanbegeleider voor dezelfde werknemer combineren. De loopbaanbegeleiding moet dus steeds door een onafhankelijke instelling gebeuren en de werknemers heeft steeds de keuze een andere erkende instelling voor loopbaanbegeleiding te kiezen dan diegene die door één van de betrokken werkgevers wordt voorgesteld.”

Het verdient aanbeveling de voorgestelde bepaling te herwerken, zodat duidelijk blijkt dat het uitzendbedrijf niet de rol van TBS-werkgever en loopbaanbegeleider kan combineren.

*

PORTÉE DE LA PROPOSITION DE LOI

1. La proposition de loi soumise pour avis a pour objet de prévoir une exception supplémentaire à l'interdiction générale de mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs¹. La mise à disposition de travailleurs tant contractuels que statutaires est rendue possible pour les motifs d'« emploi convenable » ou de « développement personnel » (article 2 de la proposition).

L'article 3 de la proposition contient les définitions des notions utilisées.

L'article 4 de la proposition insère un article 32^{ter} dans la loi du 24 juillet 1987 'sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs'. Il détermine les conditions, les modalités et les conséquences de la mise à disposition temporaire de travailleurs contractuels. La mise à disposition sera possible pour le motif d'« emploi convenable » ou pour le motif de « développement personnel » (paragraphe 1^{er}). Seuls les travailleurs qui sont déjà en service auprès de leur employeur actuel depuis minimum deux ans entrent en ligne de compte (paragraphe 2). L'employeur auprès de qui le travailleur est temporairement mis à disposition (ci-après : l'employeur MAD) est responsable de l'application des dispositions légales relatives à la réglementation et à la protection du travail (paragraphe 3). La convention de partenariat MAD doit régler les conditions et la durée de la mise à disposition, ainsi que la nature de la mission (paragraphe 4). Pendant la mise à disposition, le contrat initial continue à sortir ses effets, mais l'employeur MAD est solidairement responsable du paiement des cotisations sociales, ainsi que des rémunérations, indemnités et avantages (paragraphe 5). Ces rémunérations, indemnités et avantages ne peuvent être inférieurs à ceux dont bénéficient les travailleurs de l'employeur MAD exerçant les mêmes fonctions (fin du paragraphe 5). Enfin, l'article 4 de la proposition détermine les conséquences lorsque l'employeur MAD fait effectuer, par des travailleurs mis à sa disposition, du travail en contradiction avec les dispositions de l'article 4 proposé (paragraphe 6).

L'article 5 de la proposition règle de manière analogue les conditions, les modalités et les conséquences de la mise à disposition temporaire de travailleurs statutaires.

Les articles 6 à 9 de la proposition disposent que la demande de mise à disposition peut émaner du travailleur et contiennent des modalités relatives à cette demande.

Les articles 10 à 14 de la proposition disposent que la demande de mise à disposition peut également émaner de l'employeur et contiennent des modalités relatives à cette demande.

Les articles 15 à 17 de la proposition déterminent le rôle que joue l'organisme d'accompagnement de carrière agréé dans cette procédure.

Ensuite, les articles 18 et 19 de la proposition fixent la nature, la durée et le contenu de la convention de partenariat MAD et du contrat de travail MAD qui doivent être conclus au préalable. Ceux-ci peuvent être conclus pour deux ans maximum, mais peuvent être

¹ Articles 31 à 32^{bis} de la loi du 24 juillet 1987 'sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs'.

prolongés indéfiniment, chaque fois pour une durée maximum de deux ans. Une entreprise de travail intérimaire agréée peut également agir en qualité d'employeur MAD ; dans ce cas, elle devra conclure une convention d'utilisation avec l'utilisateur MAD. Aucune interdiction de cumul n'empêche une entreprise de travail intérimaire d'intervenir à la fois en qualité d'employeur MAD et d'organisme d'accompagnement de carrière agréé.

Enfin, l'article 20 de la proposition impose un devoir de collaboration constructive à l'employeur ou au travailleur auquel la demande ou l'offre de mise à disposition est adressée. Il offre en outre la possibilité à la partie lésée de saisir le tribunal du travail en cas de violation de cette obligation.

L'article 21 fixe la date d'entrée en vigueur de la proposition de loi, déposée le 15 octobre 2019, au 1^{er} janvier 2020.

COMPÉTENCE

2. La proposition a pour objet de régler la mise à disposition de travailleurs pour motif d'« emploi convenable » ou de « développement personnel » tant dans le secteur privé que public.

2.1. Dans la mesure où la proposition de loi s'applique au secteur privé, elle relève de la compétence du législateur fédéral en matière de droit du travail (article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles').

La réglementation du travail temporaire, du travail intérimaire et de la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs doit en effet être considérée comme un règlement de la protection du travail qui est réservé à l'autorité fédérale en tant qu'élément du droit du travail ², sauf les nuances apportées dans le cadre de la Sixième réforme de l'État à l'article 6, § 1^{er}, IX, 13°, et à l'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 ³.

2.2. Toutefois, dans la mesure où la proposition de loi s'applique au secteur public en ce que, plus précisément, son article 5 contient un dispositif complémentaire pour la mise à disposition de travailleurs statutaires, il y a lieu de tenir compte du fait que l'autorité fédérale n'est pas compétente pour l'ensemble du secteur public.

Depuis l'entrée en vigueur de la Sixième réforme de l'État, les communautés et les régions, conformément à l'article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980, sont en effet devenues

² C.C., 14 juin 2012, n° 75/2012, B.11.

³ Conformément à l'article 6, § 1^{er}, IX, 13°, de la loi spéciale du 8 août 1980, les régions sont compétentes pour fixer les conditions dans lesquelles il peut être fait usage du travail intérimaire dans le cadre des trajets de mise au travail, et conformément à l'article 87, § 4, de la même loi spéciale, les communautés et les régions sont compétentes pour déterminer les procédures, conditions et modalités selon lesquelles il peut y avoir recours au travail intérimaire au sein des services des communautés et des régions, entre autres, sans préjudice toutefois de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 12°, de cette même loi spéciale. Ces nuances ne s'appliquent pas en l'espèce.

pleinement compétentes pour fixer le statut administratif et pécuniaire de leur personnel, à l'exception des règles relatives aux pensions ⁴.

Par ailleurs, on peut aussi, entre autres, rappeler la compétence des régions pour fixer le statut administratif et pécuniaire des pouvoirs subordonnés, conformément à l'article 6, § 1^{er}, VIII, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980, et la compétence des communautés pour fixer le statut administratif et pécuniaire du personnel enseignant et du personnel des centres publics d'aide sociale (respectivement, les articles 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, et 130, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, de la Constitution, et l'article 5, § 1^{er}, II, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980).

La réglementation proposée ne peut donc se concrétiser que dans la mesure où elle est interprétée conformément aux règles répartitrices de compétences. Le Conseil d'État recommande de confirmer explicitement cette interprétation conforme aux règles répartitrices de compétences au cours des débats parlementaires.

Ce n'est que sur la base d'un accord de coopération avec les communautés et les régions que la réglementation pourrait être étendue à la mise à disposition de travailleurs statutaires relevant de la compétence des communautés et des régions.

3. Un des aspects importants de la proposition est que celle-ci prévoit l'intervention obligatoire d'« organisme[s] d'accompagnement de carrière agréé[s] ». L'article 3, 3^o, de la proposition définit cet organisme comme « le service régional de l'emploi et/ou de formation professionnelle et/ou d'accompagnement de carrière ou un organisme d'accompagnement de carrière agréé ou mandaté par le service régional de l'emploi et de la formation professionnelle et disposant d'une grande expertise dans le conseil et l'accompagnement de personnes en matière d'orientation ou de réorientation professionnelle ».

3.1. Selon l'article 8 de la proposition, un travailleur qui demande à être mis à la disposition d'un employeur MAD a le droit de se faire assister par un organisme d'accompagnement de carrière agréé. Sans l'exercice de ce droit, aucun contrat de travail MAD ne peut être conclu. L'article 12 de la proposition prévoit le même droit pour le travailleur lorsque l'offre de mise à disposition émane de l'employeur.

Les articles 15 à 17 de la proposition déterminent le rôle de l'organisme d'accompagnement de carrière agréé. Cet organisme « conseille et soutient » le travailleur en cas de demande ou d'offre de mise à disposition, « évalue » une offre ou une demande de mise à disposition « en fonction du bien-être du travailleur », « veille au bon déroulement de la procédure » dès l'introduction de la demande ou de l'offre jusqu'à ce qu'une convention de partenariat MAD soit conclue et peut également « proposer des services complémentaires » au travailleur préalablement à une demande ou une offre, ainsi que pendant l'exécution du contrat de travail MAD.

⁴ L'article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 est applicable par analogie à la Communauté germanophone (article 54, alinéa 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 'de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone'), à la Région de Bruxelles-Capitale (article 40, § 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises') ainsi qu'à la Commission communautaire commune, à la Commission communautaire française et à la Commission communautaire flamande (article 79, § 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 précitée).

L'article 18 de la proposition prévoit que l'organisme d'accompagnement de carrière agréé est partie à la convention de partenariat MAD et que l'un des éléments essentiels de cette convention est « l'attestation, délivrée par un organisme d'accompagnement de carrière agréé, certifiant que le travailleur a reçu l'accompagnement nécessaire ».

3.2. Dans la mesure où la réglementation proposée impose des missions et des obligations aux organismes d'accompagnement de carrière agréés, définis à l'article 3, 3°, la proposition excède la compétence du législateur fédéral.

En effet, l'autonomie dont disposent l'autorité fédérale et les communautés ou régions dans leur propre sphère de compétence s'oppose en principe à ce qu'une autorité impose à un service qui relève d'une autre autorité, sans l'accord de cette dernière, de collaborer à la mise en œuvre de la politique de la première autorité. Il en découle qu'il ne revient en principe pas au législateur fédéral de confier des missions à des organes qui relèvent des compétences des communautés ou des régions ou de mettre des obligations à leur charge ⁵.

Le dispositif en projet ne peut donc pas se concrétiser sans qu'un accord de coopération ait été conclu au préalable avec les régions.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Conformité avec la directive 1999/70/CE

4.1. Il ressort de l'article 19, alinéa 3, 1° et 3°, de la proposition de loi que la durée d'un contrat de travail MAD ne peut jamais excéder 24 mois, mais qu'il peut être prolongé un nombre indéfini de fois, aussi longtemps du moins qu'une convention de partenariat MAD valable est encore en cours. Il ressort de l'article 18, alinéas 3 et 4, de la proposition, qu'une convention de partenariat MAD peut être conclue pour une durée de deux ans maximum, mais qu'elle peut être prolongée indéfiniment, chaque fois pour deux ans maximum.

La question se pose de savoir si ces dispositions sont conformes au droit de l'UE, et plus précisément à la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 'concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée', qui vise à lutter contre les abus résultant de contrats de travail à durée déterminée.

⁵ C.C., 28 février 2019, n° 36/2019, B.8.2-B.8.3. Voir e.a. également l'avis C.E. 64.122/1 du 12 octobre 2018 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 21 décembre 2018 'relative aux organismes assureurs bruxellois dans le domaine des soins de santé et de l'aide aux personnes', observation 6.3 (*Doc. parl.*, Parl. Brux., 2018-19, n° B-139/1, pp. 41-42), l'avis C.E. 70.026/1/2/3 du 28 septembre 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 18 mai 2022 'portant des dispositions diverses urgentes en matière de santé', observation relative à l'article 75 (*Doc. parl.*, 2021-22, n° 55-2320/001, pp. 598-599) et l'avis C.E. 71.165/1 du 20 avril 2022 sur un avant-projet devenu la loi du 3 octobre 2022 'portant des dispositions diverses relatives au travail', observation 37 (*Doc. parl.*, Chambre, 2021-22, n° 55-2810/001, pp. 295-296).

4.2. La directive 1999/70/CE dispose en sa clause 5 « Mesures visant à prévenir l'utilisation abusive » :

« 1. Afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs, les États membres, après consultation des partenaires sociaux, conformément à la législation, aux conventions collectives et pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux, quand il n'existe pas des mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus, introduisent d'une manière qui tienne compte des besoins de secteurs spécifiques et/ou de catégories de travailleurs, l'une ou plusieurs des mesures suivantes :

a) des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail ;

b) la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs ;

c) le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail.

2. Les États membres, après consultation des partenaires sociaux et/ou les partenaires sociaux, lorsque c'est approprié, déterminent sous quelles conditions les contrats ou relations de travail à durée déterminée :

a) sont considérés comme 'successifs' ;

b) sont réputés conclus pour une durée indéterminée ».

4.3. Il découle de cette clause que pour autant qu'il n'existe pas de « mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus » et pour autant qu'aucune durée maximale totale (clause 5, point 1, b)), ni aucun nombre de renouvellements maximal (clause 5, point 1, c)) n'aient été fixés de manière contraignante, il faut examiner dans quelle mesure le renouvellement de tels contrats de travail peut être justifié sur la base d'une « raison objective » au sens de la clause 5, point 1, a). À cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé ce qui suit :

« 45 Selon la jurisprudence, la notion de 'raison objective' doit être entendue comme visant des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée et, partant, de nature à justifier dans ce contexte particulier l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs. Ces circonstances peuvent résulter notamment de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles de tels contrats ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre (arrêts précités *Angelidaki e.a.*, point 96 et jurisprudence citée, ainsi que *Kücük*, point 27).

46 En revanche, une disposition nationale qui se bornerait à autoriser, de manière générale et abstraite, par une norme législative ou réglementaire, le recours à des contrats de travail à durée déterminée successifs ne serait pas conforme aux exigences précisées au point précédent du présent arrêt (arrêts précités *Angelidaki e.a.*, point 97 et jurisprudence citée, ainsi que *Kücük*, point 28).

47 En effet, une telle disposition, de nature purement formelle, ne permet pas de dégager des critères objectifs et transparents aux fins de vérifier si le renouvellement de tels contrats répond effectivement à un besoin véritable, est de nature à atteindre l'objectif poursuivi et est nécessaire à cet effet. Cette disposition comporte donc un risque réel d'entraîner un recours abusif à ce type de contrats et n'est, dès lors, pas compatible avec

l'objectif et l'effet utile de l'accord-cadre (voir, en ce sens, arrêts précités *Angelidaki e.a.*, précité, points 98 et 100 ainsi que jurisprudence citée, et *Kçük*, point 29) »⁶.

4.4. Compte tenu de l'absence, en droit national, de mesures légales équivalentes visant à lutter contre les abus et compte tenu également de l'absence, dans la proposition, de toute disposition portant sur la durée maximale totale et sur le nombre maximal de renouvellements de contrats de travail à durée déterminée⁷, la question se pose de savoir quelles « raisons objectives » peuvent être invoquées à titre de justification.

Ni les développements de la proposition, ni la déclaration à ce sujet du délégué n'apportent de clarté sur ce point. Le délégué a uniquement déclaré ce qui suit :

« De basisregel is inderdaad tijdelijk en met een maximum van 2 jaar. Anderzijds zou een rigide toepassing van deze basisregel na 2 jaar kunnen leiden tot abrupte beëindigingen van TBS-overeenkomsten waar noch de betrokken werknemer en betrokken werkgevers baat bij hebben. We denken hier bijvoorbeeld aan een ambtenaar die 5 jaar voor pensioendatum een totaal andere job in de privé op zich neemt. In eerste instantie is dit voor 2 jaar maar de betrokken ambtenaar geeft aan dat hij niet 3 jaar voor zijn pensioendatum wenst over te gaan van zijn ambtenarenstatuut naar een contractuele tewerkstelling in de privé. Belangrijk om mee te geven is dat (a) alle partijen akkoord moeten gaan om de samenwerking na 2 jaar te verlengen; (b) de verlenging (...) steeds beperkt wordt in de tijd met een max. van 2 jaar/verlenging; (c) de erkende instelling voor loopbaanbegeleiding dient steeds mee haar akkoord te geven bij een verlenging van de partnerovereenkomst. De voorwaarde dat alle partijen moeten akkoord gaan met een verlenging zorgt ervoor dat een automatische verlenging (zonder reflectie) van TBS uitgesloten is ».

La circonstance que toutes les parties, y compris le travailleur, doivent marquer leur accord pour maintenir la mise à disposition, ainsi que la circonstance qu'en l'absence d'accord du travailleur, ce dernier reprend son emploi ayant précédé la mise à disposition contiennent sans aucun doute une certaine garantie contre les abus. Il n'en demeure pas moins que, d'une manière générale et abstraite, il est permis, ce faisant, d'utiliser des contrats de travail à durée déterminée successifs sans que le Conseil d'État aperçoive clairement quelles « circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée » le justifient, plus précisément quelles circonstances résultant « de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles de tels contrats ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre ».

4.5. Les auteurs de la proposition devront soit fournir encore une telle justification, soit limiter la durée maximale et/ou le nombre maximal de renouvellements.

⁶ C.J.U.E., 13 mars 2014, C-190/13, *Antonio Márquez Samohano c. Universitat Pompeu Fabra*, ECLI:EU:C:2014:146, points 45 à 47, sur une question préjudicielle relative à un régime dans le droit espagnol, en vertu duquel les universités peuvent renouveler des contrats de travail à durée déterminée successifs conclus avec des enseignants associés, sans aucune limitation quant à la durée maximale et au nombre de renouvellements de ces contrats. Voir également C.C., 28 avril 2016, n° 55/2016, B.14.2.

⁷ Conformément à l'article 18, alinéa 5, point 6, de la proposition, la « durée prévue et les modalités de prolongation » des contrats de travail MAD sont inscrits dans la convention de partenariat MAD.

B. Conformité avec la directive 2008/104/CE

5.1. Sur la base de l'article 19, alinéa 4, de la proposition, un employeur peut également mettre un travailleur à la disposition d'une entreprise de travail intérimaire agréée, qui intervient, dans ce cas, en qualité d'employeur MAD, et qui, à son tour, conclut une convention d'utilisation avec un utilisateur MAD⁸, conformément à la législation applicable au travail intérimaire.

Il découle du dispositif examiné – et critiqué – dans l'observation 4.1 que l'entreprise de travail intérimaire peut également agir en qualité d'employeur MAD pour un nombre illimité de fois, chaque fois pour une durée de deux ans, sans qu'une durée maximale soit fixée. Dans la mesure où il en résulte qu'un nombre illimité de conventions d'utilisation peuvent également être conclues avec le même utilisateur MAD, chaque fois pour une durée de deux ans, elles aussi sans durée maximale, la question se pose de savoir si ce procédé se concilie avec la directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 'relative au travail intérimaire' (ci-après : la directive « Travail intérimaire »).

5.2. L'article 5, paragraphe 5, de la directive « Travail intérimaire » dispose que :

« Les États membres prennent les mesures nécessaires, en conformité avec le droit national ou les pratiques en vigueur dans le pays, en vue d'éviter le recours abusif à l'application du présent article et, en particulier, l'attribution de missions successives dans le but de contourner les dispositions de la présente directive. Ils informent la Commission des mesures prises ».

Dans son arrêt C-681/18 du 14 octobre 2020⁹, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que :

« [l']article 5, paragraphe 5, première phrase, de la directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 novembre 2008, relative au travail intérimaire, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation nationale qui ne limite pas le nombre de missions successives qu'un même travailleur intérimaire peut accomplir auprès de la même entreprise utilisatrice et qui ne subordonne pas la licéité du recours au travail intérimaire à l'indication des raisons de caractère technique ou tenant à des impératifs de production, d'organisation ou de remplacement justifiant ce recours. En revanche, cette disposition doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à ce qu'un État membre ne prenne aucune mesure afin de préserver la nature temporaire du travail intérimaire ainsi qu'à une réglementation nationale qui ne prévoit aucune mesure en vue d'éviter l'attribution de missions successives d'un même travailleur intérimaire auprès de la même entreprise utilisatrice dans le but de contourner les dispositions de la directive 2008/104 dans son ensemble ».

La Cour juge, d'une part, que les États membres ne sont certes pas tenus sur la base de la directive « Travail intérimaire » de maximiser le nombre de missions intérimaires auprès du même utilisateur, mais, d'autre part, que l'absence de toute mesure visant à garantir le

⁸ La notion d'« utilisateur MAD » est définie à l'article 3, 7°, de la proposition comme étant « l'employeur chez qui le travailleur mis à disposition va travailler par l'intermédiaire d'une entreprise de travail intérimaire MAD agissant en qualité d'employeur MAD ».

⁹ C.J.U.E., 14 octobre 2020, C-681/18, *JH c. KG*, ECLI:EU:C:2020:823.

caractère temporaire du travail intérimaire et à empêcher la mise à disposition de longue durée auprès du même utilisateur en vue de contourner la directive « Travail intérimaire », est bel et bien contraire à (l'objectif de) cette directive. À cet égard, la Cour semble avoir à l'esprit comme objectif un emploi permanent avec l'utilisateur, et non avec l'entreprise de travail intérimaire (le prêteur) (dans le droit fil de l'article 6 de la directive « Travail intérimaire »). Selon la Cour, les États membres doivent donc prendre les mesures adéquates en vue de garantir le caractère temporaire du travail intérimaire et de prévenir tout contournement ou abus.

La Cour souligne que, si des travailleurs intérimaires travaillent pour le même utilisateur sur la base de missions successives pendant une période plus longue que celle qui peut raisonnablement être qualifiée de 'temporaire', il peut s'agir là d'un indice que les dispositions de la directive « Travail intérimaire » sont contournées ou font l'objet d'un usage abusif, à moins qu'il n'existe une explication objective à la mise à disposition de longue durée auprès du même utilisateur. À cet égard, la Cour considère expressément que les missions successives attribuées à un travailleur intérimaire auprès du même utilisateur, sans explication objective, contournent le cœur même de la directive « Travail intérimaire » et constituent un abus du travail intérimaire. Selon la Cour, elles portent atteinte à l'équilibre réalisé par cette directive « Travail intérimaire » entre la flexibilité pour les employeurs et la sécurité pour les travailleurs en sapant cette dernière. La Cour n'aborde pas la question de savoir ce qui peut raisonnablement être qualifié de 'temporaire' et ce qui peut être considéré comme une explication objective. En outre, la Cour n'examine pas les mesures que les États membres devraient prendre pour prévenir le contournement ou l'abus.

5.3. Il appartient aux auteurs de la proposition soit de donner une explication objective aux éventuelles missions successives de longue durée auprès du même utilisateur, soit de limiter la durée maximale et/ou le nombre maximum de renouvellements.

EXAMEN DU TEXTE

Article 5

6. L'article 5 de la proposition permet la mise à disposition de travailleurs statutaires. Dans la mesure où il s'applique « aux emplois d'administration générale et de relation extérieure », au sens de l'article 107, alinéa 2, de la Constitution, il excède la compétence du pouvoir législatif fédéral.

En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle¹⁰ et du Conseil d'État¹¹, il revient en principe au Roi, en vertu de l'article 107, alinéa 2, de la Constitution, combiné avec l'article 37 de la Constitution, de fixer le statut de ces agents fédéraux.

¹⁰ C.C., 10 juillet 2002, n° 129/2002, B. 6.2 à B.6.4 ; C.C., 2 octobre 2002, n° 138/2002, B.5.3 ; C.C., 2 juin 2004, n° 99/2004, B.6.2 ; C.C., 15 juillet 2021, n° 107/2021, B.6.2.

¹¹ C.E., 31 mai 1994, n° 47.689, *Leclercq* ; C.E., 16 septembre 2002, n° 110.257, *Debrulle*.

Pour être conforme aux articles précités de la Constitution, la mise à disposition de ces agents fédéraux doit être soumise aux règles à déterminer par le Roi.

7. L'article 5, § 6, de la proposition dispose que lorsque l'employeur MAD fait exécuter des travaux par le membre du personnel statutaire mis à sa disposition en violation du prescrit de cet article, l'employeur MAD et ce travailleur sont considérés comme engagés dans les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée.

On n'aperçoit pas clairement comment il faut interpréter cette disposition.

Dans la mesure où elle implique que la conversion en un contrat de travail à durée indéterminée met un terme à la période de mise à disposition, on aperçoit mal si, dans ce cas, la désignation statutaire, qui conformément à l'article 5, § 5, reste d'application pendant la durée de la mise à disposition, prend fin elle aussi.

Dans la mesure où la disposition proposée implique que la désignation statutaire prend fin, il convient de relever qu'en ce qui concerne les agents visés à l'article 107, alinéa 2, de la Constitution, il ne revient pas au législateur fédéral de déterminer quand la désignation des fonctionnaires statutaires concernés prend fin.

Dans la mesure où la disposition proposée n'emporte pas que la désignation statutaire prend fin, il en résulterait que le membre du personnel serait lié à la fois par une désignation statutaire et par un contrat de travail à durée indéterminée, ce qui ne se concilie toutefois pas avec la désignation statutaire.

8. Enfin, il semble indiqué, y compris à l'égard de l'utilisateur MAD qui emploie le travailleur en violation des dispositions, d'inscrire une sanction, respectivement, dans l'article 32^{ter}, § 6, proposé, de la loi du 24 juillet 1987 pour les travailleurs contractuels et dans l'article 5, § 6, de la proposition pour les travailleurs statutaires.

Article 12

9. Il résulte de l'article 12, alinéa 2 et dernier alinéa, qu'en cas de mise à disposition à la demande de l'employeur, les coûts de l'assistance par un service (lire : organisme) d'accompagnement de carrière agréé sont à charge de l'employeur.

En revanche, les articles 6 à 9 de la proposition ne prévoient pas qui supporte les coûts en cas de mise à disposition à la demande du travailleur. Les développements indiquent que le travailleur supporte en principe ces coûts, à moins que l'employeur ne soit disposé à les prendre à sa charge (en tout ou en partie) ou que l'autorité régionale ne prévoie une intervention. Il paraît opportun d'inscrire ce principe dans la proposition même afin d'exclure toute insécurité juridique à ce sujet.

Article 19

10. À l'article 19, alinéa 3, point 4, il convient également de prévoir que la désignation statutaire initiale ou la suspension en cours de celle-ci se poursuit à la fin du contrat de travail MAD.

11. Là où l'article 19, dernier alinéa, de la proposition autorise l'entreprise de travail intérimaire agréée d'agir à la fois en qualité d'employeur MAD et d'organisme d'accompagnement de carrière agréé, il convient de souligner le rôle de l'organisme d'accompagnement de carrière agréé, défini aux articles 15 et 16 de la proposition.

Les développements indiquent à ce sujet ce qui suit :

« La tâche essentielle de cet organisme est de soutenir le travailleur dans sa réflexion sur la notion d'emploi convenable ou de développement personnel. La demande ou la proposition de mise à disposition formulée respectivement par le travailleur ou l'employeur est généralement le reflet d'une problématique très spécifique. Pour pouvoir offrir un accompagnement de qualité, il est essentiel de connaître les motifs qui sous-tendent la démarche du travailleur ou de l'employeur. Il faut veiller à garantir le bien-être du travailleur. L'employeur qui met le travailleur à disposition et l'employeur MAD chez qui celui-ci travaillera temporairement dans le cadre d'un contrat de travail MAD ont, eux aussi, tout intérêt à ce qu'un accompagnement de qualité soit mis en place.

Cet accompagnement de qualité du travailleur peut être très vaste : une oreille attentive, l'analyse des talents, l'identification, en concertation avec le travailleur, de ce qui peut être considéré comme un emploi convenable, la recherche et la présentation de candidats-tiers, des conseils visant à définir des conditions de travail et de rémunération convenables, la médiation entre les deux employeurs, etc. ».

Compte tenu de cette tâche, la question se pose de savoir si le fait de permettre à une entreprise de travail intérimaire agréée d'agir à la fois en qualité d'employeur MAD et d'organisme d'accompagnement de carrière agréé n'affectera pas l'accompagnement qualitatif du travailleur, puisque, dans ce cas, l'entreprise de travail intérimaire est à la fois partie à la convention de partenariat MAD et au contrat de travail MAD et qu'elle conclut en outre la convention d'occupation avec l'utilisateur.

Interrogé sur ce point, le délégué a répondu :

« De erkenning als instelling voor loopbaanbegeleiding is in Vlaanderen verbonden aan strikte voorwaarden. Sommige erkende uitzendbedrijven bieden deze dienstverlening ook aan maar dan is in een afzonderlijke en onafhankelijke afdeling. Sowieso kan het uitzendkantoor nooit de rol van werkgever en loopbaanbegeleider voor dezelfde werknemer combineren. De loopbaanbegeleiding moet dus steeds door een onafhankelijke instelling gebeuren en de werknemers heeft steeds de keuze een andere erkende instelling voor loopbaanbegeleiding te kiezen dan diegene die door één van de betrokken werkgevers wordt voorgesteld ».

Il est recommandé de remanier la disposition proposée afin qu'il apparaisse clairement que l'entreprise de travail intérimaire ne peut pas combiner le rôle d'employeur MAD et d'accompagnateur de carrière.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE