



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 75.261/1
van 13 februari 2024

avis 75.261/1
du 13 février 2024

over

sur

een voorontwerp van wet
‘houdende bepalingen
betreffende sekswerk onder
arbeidsovereenkomst’

un avant-projet de loi ‘portant
des dispositions en matière du
travail du sexe sous contrat de
travail’

Op 27 december 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Werk verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘houdende bepalingen betreffende sekswerk onder arbeidsovereenkomst’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 2 februari 2024. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Annelies D’ESPALLIER, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES en Ilse ANNÉ, griffiers.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Annelies D’ESPALLIER, staatsraad.

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

*

Le 27 décembre 2023, le Conseil d’État, section de législation, a été invité par le Ministre du Travail à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘portant des dispositions en matière du travail du sexe sous contrat de travail’.

L’avant-projet a été examiné par la première chambre le 2 février 2024. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Brecht STEEN et Annelies D’ESPALLIER, conseillers d’État, Michel TISON, assesseur, et Greet VERBERCKMOES et Ilse ANNÉ, greffiers.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l’avis a été vérifiée sous le contrôle de Annelies D’ESPALLIER, conseiller d’État.

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

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2.1. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot regeling van sekswerk onder arbeidsovereenkomst.

De ontworpen regeling houdt verband met artikel 433*quater*/1 van het Strafwetboek, dat werd ingevoerd bij de wet van 21 maart 2022 ‘houdende wijzigingen aan het Strafwetboek en inzake de bevoegdheid om in rechte op te treden met betrekking tot het seksueel strafrecht’. De genoemde bepaling bestraft het misdrijf van pooierschap, dat als volgt wordt omschreven:

“Het pooierschap bestaat, onverminderd de toepassing van artikel 433*quinquies*, uit een van de volgende daden gepleegd tegen een meerderjarig persoon:

- het organiseren van de prostitutie van een ander met als doel het bekomen van een voordeel, behalve in de gevallen die de wet bepaalt;
- het bevorderen, ertoe aanzetten, aanmoedigen of vergemakkelijken van prostitutie met als doel het, rechtstreeks of onrechtstreeks, bekomen van een abnormaal economisch voordeel of elk ander abnormaal voordeel;
- maatregelen nemen om het verlaten van de prostitutie te verhinderen of te bemoeilijken.

(...)”

De werkgever die in overeenstemming met de bepalingen van het voorontwerp en de uitvoeringsbesluiten ervan over een erkenning beschikt en één of meerdere sekswerkers tewerkstelt op grond van een arbeidsovereenkomst voor sekswerkers, pleegt niet het misdrijf bedoeld in artikel 433*quater*/1, eerste lid, eerste streepje, van het Strafwetboek (artikel 12 van het voorontwerp). Artikel 12 van het voorontwerp kan met andere woorden beschouwd worden als een geval dat de wet bepaalt, in de zin van artikel 433*quater*/1, eerste lid, eerste streepje, van het Strafwetboek.

2.2. Hoofdstuk 1 van het voorontwerp bevat algemene bepalingen. Hoofdstuk 2 betreft arbeidsrechtelijke aspecten van sekswerk onder arbeidsovereenkomst. Hoofdstuk 3 handelt over de verplichting in hoofde van de werkgever tot aanstelling van een vertrouwenspersoon. Hoofdstuk 4 regelt de voorafgaande erkenningsplicht voor werkgevers die sekswerkers tewerkstellen. Hoofdstuk 5 beschrijft de principes inzake het toezicht op de aan te nemen wet. Hoofdstuk 6 bevat

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

wijzigingen aan het Sociaal Strafwetboek. Hoofdstuk 7 bestaat uit slotbepalingen die betrekking hebben op de evaluatie van de regeling en de inwerkingtreding ervan.

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. Het voorontwerp haalt sekswerk onder de daar bepaalde voorwaarden uit het toepassingsgebied van artikel 433*quater*/1, eerste lid, eerste streepje, van het Strafwetboek, dat “pooierschap” strafbaar stelt.

Evenwel is België partij bij de Overeenkomst ‘ter bestrijding van de handel in mensen en van de exploitatie van de prostitutie’, en het Slotprotocol, ondertekend op 21 maart 1950, te New York, waarvan artikel 1 als volgt luidt:

“The Parties to the present Convention agree to punish any person who, to gratify the passions of another:

(1) Procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person;

(2) Exploits the prostitution of another person, even with the consent of that person.”

Om nadere toelichting verzocht omtrent de verhouding tussen de voornoemde overeenkomst en het voorontwerp verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Deze vraag werd voorgelegd aan de bevoegde FOD Justitie. Hierna volgt het antwoord dat werd opgesteld door de beleidscel van de Minister van Justitie:

La relation de la Convention avec le droit belge a été examinée dans le cadre de la réforme du droit pénal sexuel en 2022. A cet égard, il est avant tout important de souligner que la Belgique continue de soutenir la lutte mondiale contre la traite des êtres humains et la prostitution forcée ou l’abus de la prostitution.

Le Chapitre IIIbis/1 tel qu’inséré dans le Code pénal réformé vise spécifiquement à lutter contre les abus de la prostitution, ce qui rejoint totalement la philosophie de la Convention. En effet, comme le titre de la Convention signée en 1950 l’indique, il s’agit d’une convention qui a pour but la lutte contre la traite des êtres humains et de l’exploitation de la prostitution d’autrui. Plus particulièrement, l’article 433*quater*/1 du Code pénal réformé prévoit expressément une infraction en cas de proxénétisme et permet de poursuivre les proxénètes qui exploiteraient la prostitution d’autrui.”

Anders dan in dit antwoord wordt gesuggereerd en anders dan opgenomen in latere internationale rechtsinstrumenten die veel meer de nadruk leggen op gedwongen prostitutie en uitbuiting,² lijkt de betrokken overeenkomst uit te gaan van de zienswijze dat elke vorm van

² Zie bijvoorbeeld:

- artikel 6 van het Verdrag ‘inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen’, opgemaakt te New York op 18 december 1979, (CEDAW), op grond waarvan de Staten die partij zijn bij dit verdrag, alle passende maatregelen, nemen waaronder wetgevende, ter bestrijding van alle vormen van handel in vrouwen en van het exploiteren van prostitutie van vrouwen;

- de definitie van “mensenhandel” in artikel 4, a), van het Verdrag van de Raad van Europa ‘ter bestrijding van mensenhandel’, gedaan te Warschau op 16 mei 2005;

- de omschrijving van “uitbuiting” in artikel 2, lid 3, van richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 ‘inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad’.

prostitutie een aantasting vormt van de menselijke waardigheid. In de aanhef van de overeenkomst wordt immers overwogen dat “prostitution and the accompanying evil of the traffic in persons for the purpose of prostitution are incompatible with the dignity and worth of the human person and endanger the welfare of the individual, the family and the community”.

De stellers van het voorontwerp dienen de verhouding en de verenigbaarheid tussen deze overeenkomst en het voorontwerp aan een verder onderzoek te onderwerpen. Het onderzoek dat de afdeling Wetgeving hierna voert, gebeurt onder dit voorbehoud.

4. Diverse onderdelen, waaronder artikel 7, § 3, en 15, vierde lid, van het voorontwerp verwijzen naar specifieke overheidsdiensten.

Artikel 37 van de Grondwet staat eraan in de weg dat de wetgever bepaalde uitvoeringstaken rechtstreeks aan de administratie opdraagt. Het staat immers aan de uitvoerende macht om de werkwijze en de organisatie van haar diensten te regelen. Dientengevolge dienen de met de uitvoering van wetsebepalingen belaste organen in beginsel op een generieke wijze te worden aangewezen. Een alternatief bestaat erin om de Koning te machtigen tot het laten uitvoeren ervan door diensten van de federale uitvoerende macht die de Koning aanwijst.

De tekst van het voorontwerp zal, waar nodig, in het licht van voorgaande opmerking moeten worden aangepast.

5. Het voorontwerp regelt, in het bijzonder in artikel 14, een verwerking van persoonsgegevens.

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

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 bevoegde wetgever vastgesteld zijn.³

Bijgevolg moeten de “essentiële elementen” van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband zijn de afdeling Wetgeving en het Grondwettelijk Hof 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

³ 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.

doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.⁴

Hieromtrent ondervraagd verklaarde de gemachtigde dat “le projet de loi doit encore être complété par une disposition fixant ces éléments essentiels”.

Rekening houdend met het voorgaande, moet het voorontwerp verder worden aangevuld met de thans ontbrekende essentiële elementen, waaronder inzonderheid de bewaartermijn van de gegevens.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

6. Artikel 2, tweede lid, van het voorontwerp bepaalt dat voor de toepassing van de wet het woord “sekswerker” gemeenslachtig wordt gehanteerd.

Een dergelijke bepaling is in een normatieve tekst overbodig, aangezien een begrip in beginsel geacht wordt geen beperking op het vlak van geslacht in te houden.⁵ Zo merkte de afdeling Wetgeving in advies 71.496/3 van 20 juni 2022 op dat het vanzelf spreekt “dat met de term ‘de werknemer’ naast mannelijke ook vrouwelijke, transgender en non-binaire personen worden bedoeld”.⁶ Bovendien dreigt verwarring te ontstaan wanneer een dergelijke bepaling niet voorkomt in andere normatieve teksten of van andere begrippen niet wordt verduidelijkt dat zij gemeenslachtig worden gehanteerd.

⁴ 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). Zie ook GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1 en GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2; GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.74.1.

⁵ Zie o.m. adv.RvS 58.653/2 van 11 januari 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Franse Gemeenschap van 10 maart 2016 ‘instituant le Comité Femmes et Sciences’, art. 5 (*Parl.St.* Fr.Parl. 2015-16, nr. 241/1); adv.RvS 58.227/4 van 21 oktober 2015 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 18 november 2015 ‘betreffende de regularisatie van de inschrijving van de bromfietsen en lichte vierwieler en tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 juli 2001 betreffende de inschrijving van voertuigen’, art. 8; adv.RvS 58.752/2 van 13 januari 2016 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering van de Franse Gemeenschap van 17 februari 2016 ‘portant création du Conseil de coordination et des Conseils de zone de l’enseignement de promotion sociale de la Communauté française’, observations générales, opm. 1; adv.RvS 65.293/4 van 14 maart 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering van de Franse Gemeenschap van 2 mei 2019 ‘fixant le régime d’autorisation et de subvention des crèches, des services d’accueil d’enfants et des (co)accueillant(e)s d’enfants indépendant(e)s’, observations générales, opm. 7; adv.RvS 71.141/4 van 30 maart 2022 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 12 mei 2022 ‘houdende diverse wijzigingen inzake de selectie van het Rijkspersoneel’, art. 18; adv.RvS 72.505/2 van 19 december 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 13 juli 2023 ‘voor de preventie en de bestrijding van feminicides en gendergerelateerde dodingen’, slotopmerkingen, 3° (*Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 3400/1, 115).

⁶ Adv.RvS 71.496/3 van 20 juni 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 15 november 2022 ‘tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen en van de wet van 16 december 2002 houdende oprichting van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen’, opm. 6 (*Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 2813/1).

Het strekt dan ook tot aanbeveling het tweede lid van artikel 2 weg te laten.

Artikel 4

7. Artikel 4 van het voorontwerp bevat het verbod om minderjaren “tewerk te stellen of te laten tewerkstellen als sekswerker”.

Gevraagd om toe te lichten wat onder “te laten tewerkstellen” moet worden verstaan en hoe zich dat onderscheidt van het “tewerkstellen”, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“De uitdrukking is geïnspireerd op gelijkaardige bepalingen in het kader van het verbod op kinderarbeid (artikel 7.1 van de Arbeidswet), waar de wet eveneens gewag maakt van een verbod op ‘arbeid doen of laten verrichten’. Eventueel kan een formulering worden overwogen die nog nauwer hierbij aansluit, bv. door te bepalen dat het verboden is om minderjarigen arbeid of werkzaamheden als sekswerker te doen of te laten verrichten.”

Met dat voorstel kan worden ingestemd.

Artikel 5

8.1. De eerste zin van artikel 5, eerste lid, van het voorontwerp bepaalt dat sekswerk niet “kan (...) worden uitgevoerd in het kader van een overeenkomst voor tewerkstelling van studenten”.

De overeenkomst voor tewerkstelling van studenten wordt geregeld in titel VII van de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’. Overeenkomstig artikel 121 van voornoemde wet is de overeenkomst die tussen een werkgever en een student wordt gesloten, in beginsel een van de types arbeidsovereenkomsten “zoals die door deze wet zijn geregeld” en ten aanzien waarvan titel VIII enkele specifieke voorschriften bevat, die onder meer betrekking hebben op de inhoud van het geschrift waarin de overeenkomst moet worden vastgelegd en de proeftijd.

Overeenkomstig artikel 130ter van de wet van 3 juli 1978 behouden de “studenten beoogd in deze titel (...) ten aanzien van de verschillende regelingen inzake sociale zekerheid, hun hoedanigheid van personen ten laste.”

Gevraagd naar de precieze draagwijdte van de uitsluiting, bevestigde de gemachtigde dat de zo-even geciteerde bepaling uit het voorontwerp niet tot doel heeft om louter de toepassing van titel VII van de wet van 3 juli 1978 uit te sluiten wanneer een student een arbeidsovereenkomst voor sekswerk aangaat – waardoor er wel een dergelijke arbeidsovereenkomst tot stand zou komen, zij het zonder dat de specifieke bepalingen van die titel toepassing vinden. Daarentegen is het wel de bedoeling om die categorie van werknemers volledig uit te sluiten van het toepassingsgebied van de ontworpen wet:

“De uitsluiting heeft tot doel ervoor te zorgen dat personen die het hoofdstatuut van student hebben nooit een arbeidsovereenkomst voor sekswerk kunnen afsluiten. Diegene die student is valt onder het toepassingsgebied van de wetgeving betreffende overeenkomst voor tewerkstelling van studenten, die verplicht moet worden toegepast.”

Met het oog op de duidelijkheid en de rechtszekerheid lijkt het aangewezen om de draagwijdte van de ontworpen regeling verder te verduidelijken.

8.2. De definitie van het begrip “student”, en dus ook het toepassingsgebied van titel VII, wordt niet uitdrukkelijk geregeld in de wet van 3 juli 1978.

Evenwel volgt uit artikel 122 van die wet dat de Koning “op voorstel van de bevoegde paritaire comités en na advies van de Nationale Arbeidsraad of, bij ontstentenis van voorstellen van paritaire comités, op voorstel van de Nationale Arbeidsraad, sommige categorieën studenten, hetzij zonder meer, hetzij mits bepaalde regelen uit het toepassingsgebied van deze wet [kan uit]sluiten”. Aan die bepaling is uitvoering gegeven bij het koninklijk besluit van 14 juli 1995 ‘waarbij sommige categorieën van studenten uit het toepassingsgebied van Titel VII van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten worden gesloten’.

Aangezien ten aanzien van die categorieën van studenten titel VII van de wet van 3 juli 1978 geen toepassing vindt, lijkt te moeten worden aangenomen dat het voor hen wel mogelijk is een arbeidsovereenkomst voor sekswerk aan te gaan, die de werkgever de bescherming biedt ten aanzien van de in artikel 433*quater*/1, eerste lid, eerste streepje, van het Strafwetboek omschreven strafbaarstelling.

In de memorie van toelichting wordt omtrent de uitsluiting van studenten het volgende opgemerkt:

“De overeenkomst voor tewerkstelling van studenten die wordt geregeld door titel VII van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten biedt een beschermend statuut aan studenten die occasioneel geconfronteerd worden met de arbeidsmarkt en die nog geen ervaring hebben op deze markt. Op grond van de welzijnswetgeving is het verboden om jongeren, waartoe ook student-werknemers worden gerekend, arbeid te laten verrichten die als gevaarlijk wordt beschouwd (artikel X.3-2, 1°, sub e) en artikel X.3-8 van de Codex Welzijn op het werk). Dit is onder meer het geval voor arbeid die mogelijke blootstelling meebrengt aan biologische agentia van de groepen 3 en 4, zoals bv. HIV, hepatitis B en C (artikel X.3-8, tweede lid, 1° en punt A van de bijlage X.3-1 van de Codex Welzijn op het werk). Bijgevolg wordt, gezien de specifieke aard van het sekswerk, de tewerkstelling van studenten uitdrukkelijk uitgesloten binnen het toepassingsgebied van deze wet.”

Het is aangewezen om de ontworpen regeling aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen inzake de specifieke invulling van het begrip “student”. In het bijzonder rijst immers de vraag of de afbakening van het toepassingsgebied, wat studenten betreft, berust op een voldoende duidelijk en pertinent criterium, rekening houdend met het zo-even vermelde koninklijk besluit van 14 juli 1995.

Zo volgt, bij wijze van voorbeeld, uit artikel 1, eerste lid, 2°, en tweede lid, van dat besluit dat “de studenten die zijn ingeschreven in een avondschool of die onderwijs met beperkt leerplan volgen” worden uitgesloten van het toepassingsgebied van titel VII van de wet van 3 juli 1978, maar dat “studenten die enkel deeltijds onderwijs of een deeltijdse vorming volgen, (...) aan de bepalingen van Titel VII van de wet van 3 juli 1978 onderworpen [blijven] gedurende de perioden van de schoolvakanties”. Het hier genoemde onderscheid is gebaseerd op criteria die hun oorsprong vinden in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht en te dezen rijst de vraag

of die, in het licht van de doelstellingen van het voorontwerp, relevant zijn in de context van het voorontwerp en van artikel 433*quater*/1, eerste lid, van het Strafwetboek.

8.3. De wetgever beschikt over een zekere beleidsvrijheid om bepaalde categorieën van personen uit te sluiten van de ontworpen regeling.

Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie sluit immers niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

Vastgesteld moet worden dat het voorontwerp beoogt sekswerk onder arbeidsovereenkomst te reguleren en in dat kader diverse maatregelen bevat die tot bescherming van de sekswerker strekken. Zoals in de memorie van toelichting wordt bevestigd geldt deze regeling niet ten aanzien van zelfstandige sekswerkers. De categorieën van personen die worden uitgesloten van de arbeidsovereenkomst voor sekswerk, zoals studenten, zullen er mogelijk voor kiezen om die activiteit als zelfstandige te verrichten zodat ze bijgevolg niet van de beschermende maatregelen kunnen genieten waarin het voorontwerp voorziet.⁷ Het strekt tot aanbeveling om de memorie van toelichting aan te vullen met een bijkomende verantwoording op dat punt, waarbij in het bijzonder rekening wordt gehouden met de doelstelling van de ontworpen regeling.

9. Artikel 5, eerste lid, van het voorontwerp bepaalt dat sekswerk evenmin kan “worden uitgevoerd in het kader van een flexi-jobarbeidsovereenkomst, noch in de hoedanigheid van gelegenhedswerknemer.”

De flexi-jobarbeidsovereenkomst is geregeld in de wet van 16 november 2015 ‘houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken’. Wat betreft de gelegenhedswerkers wordt in de memorie van toelichting verwezen naar “het statuut van gelegenhedswerknemer zoals bedoeld in de socialezekerheidswetgeving (bv. extra's in de horeca)”. Met het oog op de rechtszekerheid strekt het tot aanbeveling om minstens in de memorie van toelichting te verduidelijken welke regeling wordt bedoeld.

10. Artikel 5, tweede lid, van het voorontwerp bevat een specifieke regeling voor sekswerk “in de vorm van huisarbeid”. Titel VI van de wet van 3 juli 1978 regelt de overeenkomst voor tewerkstelling van huisarbeiders. Artikel 119.1, § 1, van die wet bepaalt dat die titel “de tewerkstelling [regelt] van huisarbeiders die tegen loon arbeid verrichten onder het gezag van een werkgever, in hun woonplaats of op elke andere door hen gekozen plaats, zonder dat zij onder het toezicht of de rechtstreekse controle van deze werkgever staan. (...)”.

⁷ Zoals ook in de memorie van toelichting wordt opgemerkt kunnen de “personen die sekswerkers als ‘schijnzelfstandigen tewerkstellen’, (...) geen aanspraak maken op de rechtvaardiging waarin voorzien wordt door artikel 433*quater*/1, eerste lid, eerste streepje van het Strafwetboek”.

De gemachtigde bevestigde dat het begrip “huisarbeid” in het voorontwerp dezelfde draagwijdte heeft als in artikel 119.1, § 1, van de wet van 3 juli 1978.

In de commentaar bij artikel 5 in de memorie van toelichting wordt het volgende opgemerkt:

“In uitvoering van een arbeidsovereenkomst voor sekswerker kunnen sekswerkers hetzij worden tewerkgesteld in de lokalen van de werkgever, hetzij buiten de inrichting van de werkgever (bv. escortbureaus), doch in beide gevallen dienen specifieke maatregelen te worden genomen om de veiligheid en het welzijn van de werknemers te waarborgen. Om die reden is huisarbeid enkel toegestaan voor zover de sekswerker daartoe vrijwillig bereid is en op voorwaarde dat daaromtrent in de schoot van een paritair comité een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst wordt afgesloten waarin minstens een aantal door de wet opgesomde punten wordt geregeld. (...)”

Gevraagd of, rekening houdend met de zo-even vermelde definities, er in het geval van escortbureaus sprake zal zijn van huisarbeid, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Escortbureaus vallen niet onder het begrip huisarbeid wanneer de sekswerker zijn of haar arbeid verricht op een door de klant gekozen locatie of op een door de werkgever aangewezen of ter beschikking gestelde locatie. Daarentegen zal er wel sprake zijn van huisarbeid als de sekswerker de klant bij zich thuis ontvangt of in een door de sekswerker zelf gekozen plaats.”

Ter wille van de duidelijkheid van de ontworpen bepalingen, is het zinvol om deze precisering op te nemen in de memorie van toelichting.

11. In artikel 5, derde lid, schrijve men dat het akkoord moet worden “gegeven” in plaats van “gesloten”.

Artikel 9

12. In geval van intrekking van de erkenning, zoals bedoeld in hoofdstuk 4 van het voorontwerp, heeft de werknemer recht “op een opzeggingsvergoeding ten laste van de werkgever zoals bedoeld in artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’.”

Artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 betreft de opzeggingsvergoeding in geval van de beëindiging van een arbeidsovereenkomst gesloten voor onbepaalde tijd. Zoals in de memorie van toelichting wordt bevestigd, sluit artikel 5 van het voorontwerp weliswaar bepaalde types arbeidsovereenkomsten uit, maar “blijft [het] uiteraard wel mogelijk om een arbeidsovereenkomst voor sekswerker voor bepaalde tijd of voor deeltijdse arbeid af te sluiten”.

Gevraagd of het effectief de bedoeling is dat de regeling vervat in artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 ook wordt toegepast wanneer de sekswerker verbonden is met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“De intrekking van de erkenning leidt ertoe dat de werkgever niet langer op legale wijze sekswerkers kan tewerkstellen, hetgeen ertoe leidt dat aan de dienstbetrekking onmiddellijk een einde moet worden gesteld. Om die reden bevestigt het artikel 9 dat de sekswerker in voorkomend geval recht heeft op een opzeggingsvergoeding. Het is niet de

bedoeling om hierbij af te wijken van de bestaande regelingen van de wet van 3 juli 1978. Overeenkomstig die wet wordt de opzeggingsvergoeding van een werknemer die wordt tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vastgesteld overeenkomstig artikel 39 en wordt de opzeggingsvergoeding van een werknemer die wordt tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van artikel 40. De betrokken bepaling uit het wetsontwerp dient dus te worden aangevuld met ofwel een verwijzing naar dat artikel 40, ofwel kan als alternatief worden geopteerd voor een formulering waarin wordt gesteld dat “de werknemer recht heeft op een opzeggingsvergoeding ten laste van de werkgever overeenkomstig de bepalingen van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.”

Met een dergelijke wijziging kan worden ingestemd.

Hoofdstuk 4

13.1. Hoofdstuk 4 van het voorontwerp betreft de voorafgaande erkenningsplicht voor werkgevers die sekswerkers tewerkstellen. Het voorontwerp bevat bijgevolg een regeling die onder het toepassingsgebied valt van de dienstenrichtlijn.⁸

Hoofdstuk III van die richtlijn betreft de vrijheid van vestiging van de dienstverrichters. Artikel 9 van de dienstenrichtlijn bepaalt dat de lidstaten de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk stellen van een vergunningstelsel, tenzij aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- “a) het vergunningstelsel heeft geen discriminerende werking jegens de betrokken dienstverrichter;
- b) de behoefte aan een vergunningstelsel is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
- c) het nagestreefde doel kan niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.”

De gemachtigde verklaarde omtrent de verenigbaarheid van de erkenningsplicht met deze bepaling het volgende:

“Wat de niet-discriminerende werking betreft, kan worden geantwoord dat het vergunningsstelsel voor iedereen geldt, ongeacht nationaliteit en dus ook voor eigen inwoners.

De dwingende reden van algemeen belang worden toegelicht in de Memorie van Toelichting en houden verband met de noodzaak om te voorzien in een bijzondere bescherming van sekswerkers, die een beroep uitoefenen dat bijzondere risico's met zich meebrengt onder meer op het vlak van veiligheid, gezondheid, mogelijke uitbuiting of geweld en gevaar op mensenhandel. De voorafgaande erkenningsplicht is absoluut noodzakelijk met het oog op het voorkomen van misbruik of uitbuiting van sekswerkers,

⁸ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’.

alsook om ervoor te zorgen dat sekswerk in een veilige en hygiënische omgeving wordt verricht.”

Overeenkomstig artikel 10 van de richtlijn moeten vergunningstelsels gebaseerd zijn op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen (lid 1). De criteria zijn overeenkomstig lid 2 van dat artikel:

- “a) niet-discriminatoire;
- b) gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
- c) evenredig met die reden van algemeen belang;
- d) duidelijk en ondubbelzinnig;
- e) objectief;
- f) vooraf openbaar bekendgemaakt;
- g) transparant en toegankelijk”.

Volgens de gemachtigde is aan al deze voorwaarden voldaan “doordat de criteria voor erkenning en behoud van de erkenning duidelijk, ondubbelzinnig en transparant worden opgesomd in artikel 14 en 17 van het wetsontwerp. Deze criteria zijn niet-discriminatoire geformuleerd en zijn gerechtvaardigd omwille van een dwingende reden van algemeen belang en evenredig aan dat belang (cfr. antwoord op vorige vraag)”.

Het voorontwerp geeft niettemin aanleiding tot de hiernavolgende opmerkingen voor wat de verenigbaarheid met de bepalingen van de dienstenrichtlijn inzake de vrijheid van vestiging betreft.

13.2. Artikel 14, 4°, van het voorontwerp bepaalt dat de bestuurders van de rechtspersoon die als werkgever optreedt niet mogen “veroordeeld zijn als dader, mededader of medeplichtige, in België of in het buitenland” op grond van één van de in die bepaling opgesomde misdrijven. Teneinde die voorwaarde te kunnen controleren “dienen de bestuurders aan de erkennende instantie een uittreksel uit het strafregister op grond van artikel 596, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering voor te leggen dat maximaal drie maanden oud is”.

Met het oog op het niet-discriminatoire karakter van dit criterium, strekt het tot aanbeveling te verduidelijken hoe die bepaling moet worden toegepast ten aanzien van buitenlandse bestuurders.

13.3. Wat de krachtens artikel 10, lid 2, d), van de dienstenrichtlijn vereiste duidelijkheid en ondubbelzinnigheid betreft van de voorwaarde vervat in artikel 17, 6°, van het voorontwerp, kan worden gewezen op de opmerkingen onder randnummers 20.1 tot 20.4.

14.1. Artikel 15 van de dienstenrichtlijn bevat aan evaluatie onderworpen eisen die aan dienstverrichters worden gesteld. Dergelijke eisen betreffen onder meer “eisen die van de dienstverrichter verlangen dat hij een bepaalde rechtsvorm heeft” (artikel 15, lid 2, b)). Overeenkomstig lid 3 van dat artikel moet worden nagegaan of dergelijke eisen niet-discriminatoire, noodzakelijk en evenredig zijn.

Artikel 14, 1°, van het voorontwerp bepaalt dat de werkgever “een rechtspersoon [moet] zijn die de rechtsvorm heeft van hetzij een besloten vennootschap, eenpersoonsvennootschappen uitgezonderd, hetzij een coöperatieve vennootschap, hetzij een

VZW. Natuurlijke personen kunnen in geen geval een dergelijke erkenning bekomen”. Het betreft bijgevolg een eis met betrekking tot de rechtsvorm van de dienstverrichter.

Hieromtrent om nadere toelichting verzocht verwees de gemachtigde naar de volgende passage uit de memorie van toelichting:

“Enkel rechtspersonen die de rechtsvorm hebben van hetzij een besloten vennootschap (eenpersoonsvennootschappen uitgezonderd), hetzij een coöperatieve vennootschap, hetzij een VZW kunnen een erkenning verkrijgen. In geen geval kan een erkenning worden gegeven aan een natuurlijke persoon. Aangezien de wet het organiseren van de prostitutie van een ander mogelijk maakt, is het van belang om de rechtsvorm van de werkgever te regelen. Rechtspersonen bieden betere garanties op het gebied van organisatie, financiële stabiliteit en verantwoordelijkheden jegens werknemers en derden. Om die reden is het uitgesloten om een erkenning te verlenen aan een werkgever die de hoedanigheid heeft van een natuurlijke persoon. Wat betreft het type onderneming dat erkenning kan aanvragen, heeft de wetgever zich willen richten op specifieke rechtsvormen om enerzijds in te spelen op het bestaande sociale weefsel en anderzijds om de leden en de nagestreefde doelstellingen duidelijk te kunnen identificeren. In dit verband zij eraan herinnerd dat erkende werkgevers zich er in hun statuten toe moeten verbinden de rechten en vrijheden van de sekswerkers te eerbiedigen. Deze vennootschapsvormen zijn het meest geschikt omdat ze het de inspectiediensten makkelijker maken om de na te leven voorwaarden te controleren, vermits ze een zekere transparantie mogelijk maken, met name omdat de verschillende bestuurders bekend zijn.”

Het ligt niet voor de hand dat de bedoelde rechtspersonen steeds betere garanties bieden op het vlak van “organisatie, financiële stabiliteit en verantwoordelijkheden jegens werknemers en derden”. Het strekt tot aanbeveling om deze voorwaarde aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen en, indien deze voorwaarde wordt behouden, in de memorie van toelichting een omstandige en concrete verantwoording in het licht van artikel 15, lid 2, b), van de dienstenrichtlijn op te nemen.⁹

14.2. Omtrent het al dan niet discriminatoire karakter van de voorwaarde in artikel 14, 1°, van het voorontwerp verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Buitenlandse rechtspersonen met een gelijke benaming of met een gelijkaardige invulling als diegene die worden vermeld in artikel 14, 1°, komen inderdaad ook in aanmerking om te voldoen aan de in artikel 14, 1° vervatte voorwaarde. De equivalentie zal in concreto moeten worden beoordeeld door de bevoegde administraties in het kader van de erkenningsprocedure. De beoordeling van de equivalentie zal voornamelijk moeten gebeuren op basis van de belangrijkste kenmerken van de buitenlandse rechtspersoon, waaronder met name de structuur, de vorm en het opzet van de rechtspersoonlijkheid en de draagwijdte van de aansprakelijkheid.”

Het verdient aanbeveling duidelijker uit het voorontwerp te doen blijken dat ook buitenlandse rechtspersonen met een gelijkaardige rechtsvorm aan de in artikel 14, 1°, vervatte voorwaarde kunnen voldoen.

14.3. Volledigheidshalve wordt de aandacht gevestigd op artikel 15, lid 7, van de dienstenrichtlijn, op grond waarvan de lidstaten de Commissie in kennis stellen van alle nieuwe

⁹ In het andere geval zal mogelijk ook de definitie van “werkgever” in artikel 2, 2°, moeten worden aangepast.

wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die nieuwe eisen bedoeld in lid 2 bevatten en voldoen aan de voorwaarden van lid 3, alsmede van de redenen voor die eisen.

15.1. Hoofdstuk IV van de dienstenrichtlijn betreft het vrij verkeer van diensten. Zoals in overweging 77 van de dienstenrichtlijn wordt toegelicht, vindt deze regeling toepassing wanneer een marktdeelnemer niet is gevestigd in de lidstaat waar hij de dienst verricht.

Een dergelijke situatie lijkt zich ook in de context van het sekswerk onder arbeidsovereenkomst te kunnen voordoen, bijvoorbeeld indien een in een andere lidstaat gevestigde onderneming via digitale communicatie escortdiensten aanbiedt in België, waarbij sekswerkers die in België wonen in België het sekswerk verrichten, zonder dat de onderneming over een vestiging in België beschikt. De gemachtigde verklaarde daaromtrent het volgende:

“In principe is deze hypothese denkbaar (doch in de praktijk waarschijnlijk weinig of niet voorkomend) en zal deze onderneming voor haar werkzaamheden in België over een erkenning moeten beschikken conform de Belgische wetgeving indien zij op een legale wijze sekswerkers in België wil tewerkstellen. Indien dat niet zo is, dan blijft het pooierschap in casu strafbaar in België, zoals op dit moment trouwens nog steeds het geval is onder de huidige stand van de wetgeving.”

Artikel 16, lid 1, van de dienstenrichtlijn bevat de algemene principes inzake het recht van dienstverrichters om diensten te verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij gevestigd zijn. De eisen die door de lidstaten ten aanzien van de toegang en de uitoefening van een dienstactiviteit op het grondgebied worden gesteld, moeten niet-discriminatoir, noodzakelijk en evenredig zijn.

Artikel 16, lid 2, van de dienstenrichtlijn luidt als volgt:

“De lidstaten stellen geen beperkingen aan het vrij verrichten van diensten door een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter door de volgende eisen te stellen:

a) een verplichting voor de dienstverrichter een vestiging op hun grondgebied te hebben;

(...)”

Artikel 16, lid 3, van de dienstenrichtlijn luidt als volgt:

“De lidstaat waarnaar de dienstverrichter zich begeeft, wordt niet verhinderd om, in overeenstemming met lid 1, eisen aan het verrichten van een dienstactiviteit te stellen als deze gerechtvaardigd zijn om redenen in verband met de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu. Ook wordt die lidstaat niet verhinderd om in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht zijn voorschriften inzake de arbeidsvoorwaarden toe te passen, waaronder die welke zijn neergelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten.”

15.2. Artikel 14, 2°, van het voorontwerp bepaalt dat de werkgever een maatschappelijke zetel of bedrijfszetel in België moet hebben.

Over het begrip “bedrijfszetel” verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Het begrip bedrijfszetel verwijst in de praktijk naar een exploitatiezetel, wat moet worden opgevat als iedere fysieke vestigingseenheid of centrum van activiteit met enige standvastigheid waaraan de werknemer gehecht is.”

Gevraagd om de verenigbaarheid van artikel 14, 2°, van het voorontwerp met artikel 16, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn toe te lichten verklaarde de gemachtigde het volgende:

“De vereiste van artikel 14, 2° om in België een vestiging te hebben is gerechtvaardigd om redenen die verband houden met de openbare orde en de openbare veiligheid, alsook omwille van de gezondheid en veiligheid van sekswerkers. Het verbod op pooierschap is immers van openbare orde, gelet op de strafbaarstelling op grond van artikel 433quater/1 van het Strafwetboek. In de gevallen en onder de voorwaarden die de wet bepaalt, kan de prostitutie van een ander evenwel worden georganiseerd. De voorwaarden die het wetsontwerp in dit verband voorziet, hebben voor een groot stuk betrekking op het werken in een veilige fysieke en psychische omgeving. De gezondheids- en veiligheidsvereisten die in dat verband worden gesteld zijn plaatsgebonden (o.m. minimale kamerafmetingen, het hebben van een alarmknop, enz...) en moeten controleerbaar zijn, niet alleen voor de bevoegde inspectiediensten maar ook voor socio-medische organisaties en professionele verenigingen van sekswerkers. Bovendien moet in het kader van de erkenningsprocedure ook voorafgaand overleg worden gevoerd met minstens de procureur des Konings en met het arbeidsauditoraat bevoegd voor de plaats of de plaatsen waar een vestigingseenheid is gelegen waarvoor de aanvraag tot erkenning is ingediend. In die logica is het noodzakelijk en evenredig om te eisen dat een werkgever die wenst erkend te worden in België een vestiging heeft.”

De door de gemachtigde aangevoerde verantwoording kan niet zonder meer worden bijgetreden.

Net omdat de verenigbaarheid met de bepaling inzake het vrij verkeer van diensten zich slechts opdringt wanneer de diensten worden verricht zonder een inrichting op het grondgebied van de lidstaat waar de dienst wordt verricht, zijn bepalingen van het voorontwerp met betrekking tot die inrichting in beginsel zonder voorwerp. In die gevallen kan geen verantwoording worden gevonden in eisen die gelden ten aanzien van de inrichting, aangezien die niet bestaat.

Dat neemt uiteraard niet weg dat de wetgever, ook in het geval van vrij verkeer van diensten, bepaalde “gezondheids- en veiligheidsvereisten die (...) plaatsgebonden zijn” oplegt aan de dienstverrichters, voor zover deze kunnen worden ingepast in artikel 16, lid 1 en 3, van de dienstenrichtlijn. Overigens bevat het voorontwerp reeds dergelijke voorwaarden die gelden, los van de eigen inrichting van de werkgever. Artikel 17, 5°, van het voorontwerp bepaalt bijvoorbeeld dat de werkgever ervoor moet zorgen “dat elke kamer van de inrichting waar sekswerk verricht wordt uitgerust is met een alarmknop, alsook ervoor [moet] zorgen dat de sekswerker over een mobiele alarmknop beschikt, die hem onmiddellijk in verbinding stelt met de referentiepersoon, wanneer de sekswerker buiten de lokalen van de inrichting arbeidsprestaties verricht”. Wanneer de werkgever niet over een inrichting op het grondgebied beschikt en het sekswerk per definitie op een andere plaats wordt verricht, zal bijgevolg een mobiele alarmknop beschikbaar moeten worden gesteld.

Wat de stelling van de gemachtigde betreft dat “in het kader van de erkenningsprocedure ook voorafgaand overleg [moet] worden gevoerd met minstens de procureur des Konings en met het arbeidsauditoraat bevoegd voor de plaats of de plaatsen waar een

vestigingseenheid is gelegen waarvoor de aanvraag tot erkenning is ingediend” komt het voor dat de wetgever de bevoegde personen of diensten kan aanwijzen waarmee het in artikel 16 bedoelde overleg moet worden gepleegd wanneer de erkenningsaanvraag geen betrekking heeft op een in België gevestigde fysieke inrichting.

Voor het overige lijkt het voorontwerp geen voorwaarden te bevatten waarvoor het beschikken over een inrichting in België noodzakelijk is.

Ongeacht of een vereiste zoals dat van artikel 16, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn op grond van lid 3 van dat artikel kan worden gerechtvaardigd, moet in elk geval worden vastgesteld dat de in artikel 14, 2°, vervatte eis dat de werkgever een maatschappelijke zetel of een bedrijfszetel in België moet hebben, niet voldoet aan de vereisten van noodzakelijkheid en evenredigheid zoals voorzien in artikel 16, lid 1, derde alinea, b) en c).

Het voorontwerp moet op dat punt worden aangepast.

Artikel 13

16. Artikel 13 van het voorontwerp bepaalt dat de erkenning kan worden geschorst of ingetrokken “door de bevoegde Ministers”. Indien daarmee wordt bedoeld op “de ministers bevoegd voor Justitie en voor Werk, daartoe gezamenlijk optredend”, die overeenkomstig artikel 15 bevoegd zijn om de erkenning te verlenen, moet dat duidelijker uit de tekst van die bepaling blijken.

17. Indien het de bedoeling is dat de bevoegde ministers of de rechterlijke instanties de erkenning kunnen schorsen of intrekken wanneer “de modaliteiten vastgesteld door de Koning” nog niet zijn bepaald, moet zulks duidelijker blijken uit de formulering van die bepaling, namelijk door te bepalen dat de Koning “de nadere regels” ter zake “kan vaststellen”.

Te dezen lijkt het eveneens aangewezen de mogelijkheid van schorsing of intrekking van de erkenning door arbeidsrechtbanken en -hoven, zoals bedoeld in artikel 13 van het voorontwerp, verder te preciseren en te verduidelijken. Wanneer het bijvoorbeeld de bedoeling zou zijn om arbeidsrechtbanken en -hoven uit te rusten met de mogelijkheid om de schorsing en erkenning op te leggen bij wijze van bijkomende straf, lijkt het aangewezen om zulks meer omstandig en minstens in een afzonderlijke bepaling te regelen, eventueel in het Sociaal Strafwetboek.

18. Uit de formulering van artikel 13 blijkt dat de erkenning “kan” worden geschorst of ingetrokken. In de memorie van toelichting wordt bevestigd dat de betrokken overheden “in dit verband over een zekere appreciatiemarge [beschikken]. Het feit dat een werkgever geen schriftelijke arbeidsovereenkomst heeft, is immers niet zo ernstig als een werkgever die minderjarigen in dienst heeft.”

Gevraagd wat in die context de draagwijdte is van het gegeven dat de betrokken ministers “ambtshalve” kunnen overgaan tot de schorsing of intrekking, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Ambtshalve betekent dat de bevoegde ministers de mogelijkheid hebben om de erkenning te schorsen, dan wel in te trekken, indien zij vaststellen dat de werkgever op enigerlei wijze in gebreke blijft om één of meerdere bepalingen van de wet na te leven, zelfs zonder dat hierover enige klacht is neergelegd bij de bevoegde inspectiediensten.”

Het begrip “ambtshalve” lijkt ten onrechte de indruk te kunnen wekken dat tot de schorsing of intrekking moet worden overgegaan of dat bepaalde procedurele waarborgen, zoals de hoorplicht, niet moeten worden nageleefd. Indien de stellers van het voorontwerp niettemin in artikel 13 tot uiting willen laten komen dat de betrokken ministers na een klacht of op eigen initiatief kunnen optreden, verdient het aanbeveling zulks duidelijker te verwoorden.

Artikel 17

19. Artikel 17 van het voorontwerp bevat een opsomming van voorwaarden die “[t]ijdens de erkenningsperiode (...), naast de erkenningsvoorwaarden van artikel 14 en op straffe van intrekking van de erkenning” moeten worden nageleefd.

Zoals uit de formulering en de bespreking van artikel 13 blijkt, kan de erkenning worden ingetrokken of geschorst en beschikken de betrokken ministers, en de arbeidshoven en -rechtbanken, ter zake over een appreciatiemarge.

Gevraagd of de intrekking de enige mogelijke sanctie is, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Aan de werkgever die één van de voorwaarden van artikel 17 niet naleeft kan door de bevoegde ministers een termijn worden gelaten om zich in orde te stellen, waarna tot de intrekking van de erkenning zal worden beslist indien de werkgever na die termijn nog steeds in gebreke blijft.”

Gelet op artikel 13 van het voorontwerp, lijkt de zinsnede “en op straffe van intrekking van de erkenning” in de inleidende zin van artikel 17 van het voorontwerp geen meerwaarde te hebben. Ter wille van de duidelijkheid dient het voorontwerp op dit punt te worden aangepast.

20.1. Artikel 17, 6°, van het voorontwerp bepaalt dat de werkgever “de toegang tot de lokalen [moet] waarborgen voor socio-medische organisaties die onafhankelijk van de werkgever werken en die gericht zijn op het welzijn van de werknemers, alsook voor de professionele verenigingen van sekswerkers, met inbegrip van de representatieve werknemersorganisaties”.

Het kan niet worden uitgesloten dat de bedoelde lokalen van de inrichting van de werkgever, geheel of gedeeltelijk, lokalen omvatten die de bescherming genieten op grond van het recht op eerbiediging van de woning, vervat in artikel 8 van het EVRM en in de artikelen 15 en 22 van de Grondwet.

Zo merkte het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 116/2017 het volgende op:¹⁰

“B.5.1. Het recht op eerbiediging van de woning betreft niet alleen particuliere woningen, maar is ook van toepassing op voor beroeps- of handelsdoeleinden gebruikte lokalen (EHRM, 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS* e.a. t. Noorwegen, § 104; 27 september 2005, *Petri Sallinen* e.a. t. Finland, § 70; 28 april 2005, *Buck* t. Duitsland, § 31; 16 december 1992, *Niemietz* t. Duitsland, §§ 30-31). De inmenging door de wetgever kan echter verdergaan wanneer het gaat om professionele of commerciële lokalen of activiteiten (EHRM, 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS* e.a. t. Noorwegen, § 104; 16 december 1992, *Niemietz* t. Duitsland, § 31).

De in het geding zijnde bepalingen verplichten natuurlijke personen of rechtspersonen ertoe om in het kader van een fiscale visitatie vrije toegang te verlenen tot de ruimten waar de economische activiteit wordt uitgeoefend, wat een inmenging vormt in het recht op eerbiediging van de woning (zie in dezelfde zin : EHRM, 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS* e.a. t. Noorwegen, § 106).

B.5.2. Het recht op de eerbiediging van het privéleven omvat het recht voor het individu om buiten zijn intieme kring relaties aan te knopen en te ontwikkelen, ook op het professionele of commerciële vlak (EHRM, 23 maart 2006, *Vitiello* t. Italie, § 47; 16 december 1992, *Niemietz* t. Duitsland, § 29). Daarenboven hebben natuurlijke personen en rechtspersonen rechtmatige belangen om de bescherming van de privacy van de individuen die voor hen werken, te waarborgen. Met deze belangen moet rekening worden gehouden bij de beoordeling of de overheidsinmenging gerechtvaardigd is (EHRM, 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS* e.a. t. Noorwegen, § 107).”

De zo-even vermelde bepalingen van de Grondwet en het EVRM vereisen dat elke overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en de woning wordt voorgeschreven in een voldoende precieze wettelijke bepaling, beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig is met de daarin nagestreefde wettige doelstelling.¹¹ In dat kader dienen de betrokken personen de jurisdictionele waarborgen te genieten die voortvloeien uit artikel 6 EVRM en artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.¹²

Het is overigens om die redenen dat de sociaal inspecteurs, die in beginsel op elk ogenblik en zonder verwittiging vrije toegang hebben tot de arbeidsplaatsen, zich slechts in specifieke gevallen en in beginsel na inachtneming van procedurele waarborgen, toegang kunnen verschaffen tot bewoonde ruimten.¹³

Wat de zo-even vermelde grondwetsbepalingen betreft, geldt bovendien een formeel legaliteitsbeginsel, hetgeen inhoudt dat er voor het beperken van de betrokken rechten en vrijheden steeds een specifiek optreden van de wetgever nodig is.

20.2. Het voorontwerp bevat in elk geval geen regeling met bijkomende waarborgen voor bewoonde lokalen of sluit die lokalen niet uit van het toepassingsgebied van artikel 17.

¹⁰ GwH 12 oktober 2017, nr. 116/2017, B.5.1-B.5.2.

¹¹ GwH 12 oktober 2017, nr. 116/2017, B.3.2.

¹² GwH 22 april 2021, nr. 60/2021, B.9.1-B.9.3; GwH 27 juni 2019, nr. 102/2019, B.3.2-B.3.4.

¹³ Artikel 24 van het Sociaal Strafwetboek.

Daarnaast wordt het toegangsrecht, zonder uitdrukkelijke beperkingen of procedurele waarborgen, toegekend aan (personen van) organisaties die niet met de uitoefening van het overheidsgezag belast zijn. Op hen rusten bijgevolg, anders dan bijvoorbeeld het geval is voor sociale inspecteurs, geen verplichtingen waaraan zij zich bij de uitoefening van het toegangsrecht moeten houden.

Verder zijn de betrokken organisaties en verenigingen op zeer algemene wijze omschreven, waardoor er onduidelijkheid kan bestaan over de vraag of een bepaalde organisatie of vereniging zich al dan niet op het toegangsrecht kan beroepen en bijgevolg of de werkgever de toegang kan weigeren zonder zich bloot te stellen aan de in artikel 13 bedoelde sancties.

Overeenkomstig artikel 17, tweede lid, tweede streepje, stelt de Koning weliswaar bijkomende voorwaarden vast die minimaal “de verplichtingen inzake aanplakking van gegevens betreffende (...) de contactgegevens van de representatieve werknemersorganisaties en steunorganisaties (...)” bevatten, maar het is niet duidelijk of en in welke mate daarmee tegemoet kan worden gekomen aan deze onduidelijkheid.

20.3. Gevraagd om de draagwijdte van het toegangsrecht en desgevallend de verhouding tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers en eventueel de gebruikers toe te lichten, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Het toegangsrecht is niet aan beperkingen onderworpen, met dien verstande dat dit recht uiteraard enkel geldt voor organisaties die de hoedanigheid hebben van socio-medische organisatie die onafhankelijk van de werkgever werkt en die gericht is op het welzijn van de werknemers of de hoedanigheid hebben van professionele vereniging van sekswerkers, met inbegrip van de representatieve werknemersorganisaties.

Het toegangsrecht dient uiteraard met redelijkheid te worden uitgeoefend en in samenspraak met de werkgever. De bedoeling van het toegangsrecht bestaat erin om de betrokken organisaties toe te laten te verifiëren of de materiële werkomstandigheden, en met name de vereisten op het vlak van veiligheid, gezondheid en hygiëne, worden nageleefd.”

Hoewel het toegangsrecht enerzijds “niet aan beperkingen onderworpen” zou zijn, stelt de gemachtigde anderzijds dat het met redelijkheid en in samenspraak met de werkgever moet worden uitgeoefend. Die laatste voorwaarden blijken alvast niet uit de tekst van het voorontwerp. Uit de toelichting blijkt verder niet hoe de vereiste hoedanigheid van de betrokken organisaties op voldoende zekere wijze door de werkgever kan worden vastgesteld.

20.4. Artikel 17, 6°, moet bijgevolg in het licht van al de voorgaande opmerkingen aan een grondig bijkomend onderzoek worden onderworpen en desgevallend worden aangepast.

Artikel 20

21. Het ontworpen artikel 122/3, 2°, van het Sociaal Strafwetboek voorziet in de bestraffing met een sanctie van niveau 3 van de werkgever, zijn aangestelde of zijn lasthebber die in strijd met de aan te nemen wet “niet minstens één vertrouwenspersoon aanduidt die behoort tot het personeel van de werkgever indien de werkgever vijf of meer werknemers tewerkstelt”.

Artikel 10, tweede lid, van het voorontwerp bepaalt echter dat minstens één vertrouwenspersoon tot het personeel van de werkgever behoort “indien die werkgever 20 of meer werknemers tewerkstelt”.

De betrokken bepalingen dienen op elkaar te worden afgestemd.

Artikel 24

22. Het ontworpen artikel 186/2, eerste lid, 3°, van het Sociaal Strafwetboek voorziet in de bestraffing met een sanctie van niveau 2 van de werkgever, zijn aangestelde of zijn lasthebber die, in strijd met de aan te nemen wet, “niet de nodige maatregelen heeft getroffen opdat de arbeidsovereenkomst voor sekswerker te allen tijde ter beschikking van de met het toezicht belaste ambtenaren en beambten wordt gehouden.”

Luidens de memorie van toelichting heeft het ontworpen artikel tot doel “om inbreuken op de verplichtingen van artikel 6 van het wetsontwerp te bestraffen”.

Het is echter niet duidelijk op welke verplichtingen het ontworpen artikel 186/2, eerste lid, 3°, van het Sociaal Strafwetboek betrekking heeft. Alvast artikel 6 van het voorontwerp bevat geen dergelijke verplichting.

Het voorontwerp moet op dit punt worden aangepast.

*

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 L'AVANT-PROJET

2.1. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de régler le travail du sexe sous contrat de travail.

Le régime en projet est lié à l'article 433^{quater}/1 du Code pénal, qui a été inséré par la loi du 21 mars 2022 'modifiant le Code pénal et relative à la compétence d'estimer en justice en ce qui concerne le droit pénal sexuel'. Cette disposition punit l'infraction de proxénétisme, qui est définie comme suit :

« Le proxénétisme consiste, sans préjudice de l'application de l'article 433^{quinquies}, en l'un des actes suivants commis à l'encontre d'un majeur :

- organiser la prostitution d'autrui dans le but d'en retirer un avantage, sauf dans les cas prévus par la loi ;

- promouvoir, inciter, favoriser ou faciliter la prostitution dans le but de retirer, directement ou indirectement, un avantage anormal économique ou tout autre avantage anormal ;

- prendre des mesures pour empêcher ou rendre plus difficile l'abandon de la prostitution.

[...] ».

L'employeur qui dispose d'un agrément conformément aux dispositions de l'avant-projet et de ses arrêtés d'exécution et qui occupe un ou plusieurs travailleurs du sexe dans le cadre d'un contrat de travail de travailleur du sexe, ne commet pas l'infraction visée à l'article 433^{quater}/1, alinéa 1^{er}, premier tiret, du Code pénal (article 12 de l'avant-projet). En d'autres termes, l'article 12 de l'avant-projet peut être considéré comme un cas prévu par la loi, au sens de l'article 433^{quater}/1, alinéa 1^{er}, premier tiret, du Code pénal.

2.2. Le chapitre 1^{er} de l'avant-projet contient des dispositions générales. Le chapitre 2 concerne les aspects du travail du sexe sous contrat de travail qui touchent au droit du travail. Le chapitre 3 traite de l'obligation dans le chef de l'employeur de désigner une personne de confiance. Le chapitre 4 règle l'obligation d'obtenir un agrément préalable pour les employeurs occupant des travailleurs du sexe. Le chapitre 5 définit les principes relatifs à la surveillance de la loi à adopter. Le chapitre 6 contient des modifications du Code pénal social. Le chapitre 7 se compose de dispositions finales relatives à l'évaluation du régime et à son entrée en vigueur.

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. L'avant-projet distrait, selon les conditions qu'il fixe, le travail du sexe du champ d'application de l'article 433*quater*/1, alinéa 1^{er}, premier tiret, du Code pénal, qui incrimine le « proxénétisme ».

Or, la Belgique est partie à la Convention 'pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui' et au Protocole de clôture, signés à New York, le 21 mars 1950, dont l'article premier s'énonce comme suit :

« Les Parties à la présente Convention conviennent de punir toute personne qui, pour satisfaire les passions d'autrui :

1) [e]mbauche, entraîne ou détourne en vue de la prostitution une autre personne, même consentante ;

2) [e]xploite la prostitution d'une autre personne, même consentante ».

Invité à préciser comment l'avant-projet s'articule avec la convention précitée, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Deze vraag werd voorgelegd aan de bevoegde FOD Justitie. Hierna volgt het antwoord dat werd opgesteld door de beleidscel van de Minister van Justitie:

La relation de la Convention avec le droit belge a été examinée dans le cadre de la réforme du droit pénal sexuel en 2022. A cet égard, il est avant tout important de souligner que la Belgique continue de soutenir la lutte mondiale contre la traite des êtres humains et la prostitution forcée ou l'abus de la prostitution.

Le Chapitre IIIbis/1 tel qu'inséré dans le Code pénal réformé vise spécifiquement à lutter contre les abus de la prostitution, ce qui rejoint totalement la philosophie de la Convention. En effet, comme le titre de la Convention signée en 1950 l'indique, il s'agit d'une convention qui a pour but la lutte contre la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui. Plus particulièrement, l'article 433*quater*/1 du Code pénal réformé prévoit expressément une infraction en cas de proxénétisme et permet de poursuivre les proxénètes qui exploiteraient la prostitution d'autrui ».

Contrairement à ce qui est suggéré dans cette réponse et contrairement à ce qui figure dans des instruments juridiques internationaux ultérieurs qui mettent beaucoup plus l'accent sur la prostitution forcée et l'exploitation ², la convention en question semble partir du principe que toute forme de prostitution constitue une atteinte à la dignité humaine. Le préambule de la convention considère en effet que « la prostitution et le mal qui l'accompagne, à savoir la traite des

² Voir, à titre d'exemple :

- l'article 6 de la Convention 'sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes', faite à New York le 18 décembre 1979, (CEDAW), en vertu duquel les États parties prennent toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour supprimer, sous toutes leurs formes, le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes ;

- la définition de « traite des êtres humains » à l'article 4, a), de la Convention du Conseil de l'Europe 'sur la lutte contre la traite des êtres humains', faite à Varsovie le 16 mai 2005 ;

- la définition d'« exploitation » à l'article 2, paragraphe 3, de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 'concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil'.

êtres humains en vue de la prostitution, sont incompatibles avec la dignité et la valeur de la personne humaine et mettent en danger le bien-être de l'individu, de la famille et de la communauté ».

Les auteurs de l'avant-projet devront réexaminer l'articulation entre cette convention et l'avant-projet ainsi que la compatibilité de ceux-ci. La section de législation a procédé à l'examen ci-après sous cette réserve.

4. Diverses parties, dont les articles 7, § 3, et 15, alinéa 4, de l'avant-projet, visent des services publics spécifiques.

L'article 37 de la Constitution s'oppose à ce que le législateur attribue directement certaines missions d'exécution à l'administration. Il appartient, en effet, au pouvoir exécutif de régler le fonctionnement et l'organisation de ses services. Il s'ensuit que les organes chargés de l'exécution des dispositions légales doivent en principe être désignés d'une manière générique. Une alternative consiste à habiliter le Roi à faire exécuter ces missions par des services du pouvoir exécutif fédéral qu'il désigne.

Au besoin, il conviendra d'adapter le texte de l'avant-projet à la lumière de l'observation ci-dessus.

5. L'avant-projet règle, en particulier à l'article 14, un traitement de données à caractère personnel.

Conformément à l'article 22 de la Constitution, le respect du principe de légalité formelle s'applique à tout traitement de données à caractère personnel et, plus généralement, à toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée.

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 l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les « éléments essentiels » sont fixés préalablement par le législateur compétent ³.

Par conséquent, les « éléments essentiels » du traitement de données à caractère personnel doivent être fixés dans la loi elle-même. À cet égard, le Conseil d'État, section de législation, et la Cour constitutionnelle considèrent que, quelle que soit la nature de 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 ⁴.

³ 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.

⁴ 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,

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré que « le projet de loi doit encore être complété par une disposition fixant ces éléments essentiels ».

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de compléter encore l'avant-projet par les éléments essentiels qui font actuellement défaut, dont plus particulièrement le délai de conservation des données.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

6. L'article 2, alinéa 2, de l'avant-projet dispose que pour l'application de la loi, les termes « travailleur du sexe » sont utilisés de manière épïcène.

Une telle disposition est superflue dans un texte normatif, dès lors qu'en principe une notion est supposée n'impliquer aucune restriction en ce qui concerne le genre ⁵. Ainsi, la section de législation a observé dans l'avis 71.496/3 du 20 juin 2022 qu'il est évident « que le terme 'le travailleur' vise également, outre les personnes de sexe masculin, les personnes de sexe féminin, les personnes transgenres et les personnes non binaires » ⁶. En outre, cela risque de prêter à confusion si une telle disposition n'apparaît pas dans d'autres textes normatifs ou s'il n'est pas précisé pour d'autres notions qu'elles sont utilisées de manière épïcène.

Il est donc recommandé d'omettre l'alinéa 2 de l'article 2.

Article 4

7. L'article 4 de l'avant-projet prévoit l'interdiction « d'occuper ou de faire occuper des mineurs comme travailleur du sexe ».

n° 55-1951/001, p. 119). Voir aussi C.C., 10 mars 2022, n° 33/2022, B.13.1 et C.C., 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.11.2 ; C.C., 16 février 2023, n° 26/2023, B.74.1.

⁵ Voir, entre autres, l'avis C.E. 58.653/2 du 11 janvier 2016 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 10 mars 2016 'instituant le Comité Femmes et Sciences', art. 5 (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2015-16, n° 241/1) ; l'avis C.E. 58.227/4 du 21 octobre 2015 sur un projet devenu l'arrêté royal du 18 novembre 2015 'relatif à la régularisation des immatriculations des cyclomoteurs et des quadricycles légers et modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 2001 relatif à l'immatriculation de véhicules', art. 8 ; l'avis C.E. 58.752/2 du 13 janvier 2016 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 février 2016 'portant création du Conseil de coordination et des Conseils de zone de l'enseignement de promotion sociale de la Communauté française', observations générales, obs. 1 ; l'avis C.E. 65.293/4 du 14 mars 2019 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 2 mai 2019 'fixant le régime d'autorisation et de subvention des crèches, des services d'accueil d'enfants et des (co)accueillant(e)s d'enfants indépendant(e)s', observations générales, obs. 7 ; l'avis C.E. 71.141/4 du 30 mars 2022 sur un projet devenu l'arrêté royal du 12 mai 2022 'portant diverses modifications en matière de sélection des agents de l'Etat', art. 18 ; l'avis C.E. 72.505/2 du 19 décembre 2022 sur un avant-projet devenu la loi du 13 juillet 2023 'sur la prévention et la lutte contre les féminicides, les homicides fondés sur le genre et les violences', observations finales, 3° (*Doc. parl.*, Chambre, 2022-23, n° 3400/1, p. 115).

⁶ Avis C.E. 71.496/3 du 20 juin 2022 sur un avant-projet devenu la loi du 15 novembre 2022 'portant modification de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et de la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes', obs. 6 (*Doc. parl.*, Chambre, 2021-22, n° 2813/1).

À la question de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par « faire occuper » et en quoi cela se différencie d'« occuper », le délégué a répondu comme suit :

« De uitdrukking is geïnspireerd op gelijkaardige bepalingen in het kader van het verbod op kinderarbeid (artikel 7.1 van de Arbeidswet), waar de wet eveneens gewag maakt van een verbod op 'arbeid doen of laten verrichten'. Eventueel kan een formulering worden overwogen die nog nauwer hierbij aansluit, bv. door te bepalen dat het verboden is om minderjarigen arbeid of werkzaamheden als sekswerker te doen of te laten verrichten ».

On peut se rallier à cette proposition.

Article 5

8.1. La première phrase de l'article 5, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet dispose que le travail du sexe « ne peut être effectué dans le cadre d'un contrat d'occupation d'étudiant ».

Le contrat d'occupation d'étudiants est réglé dans le titre VII de la loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail'. Conformément à l'article 121 de la loi précitée, le contrat conclu entre un employeur et un étudiant est, en principe, un des types de contrats de travail « tels qu'ils sont réglés par la présente loi » et pour lesquels le titre VIII contient quelques prescriptions spécifiques, qui concernent entre autres le contenu de l'écrit dans lequel le contrat est fixé et la période d'essai.

Conformément à l'article 130^{ter} de la loi du 3 juillet 1978, les « étudiants visés [dans ce] titre conservent, à l'égard des différents régimes de sécurité sociale, leur qualité de personnes à charge ».

Interrogé quant à la portée précise de l'exclusion, le délégué a confirmé que la disposition de l'avant-projet précitée n'a pas pour objet d'exclure seulement l'application du titre VII de la loi du 3 juillet 1978 lorsqu'un étudiant conclut un contrat de travail pour le travail du sexe – ce qui signifierait qu'un tel contrat de travail existerait, mais sans que les dispositions spécifiques de ce titre ne s'appliquent. En revanche, l'intention est bien d'exclure tout à fait cette catégorie de travailleurs du champ d'application de la loi en projet :

« De uitsluiting heeft tot doel ervoor te zorgen dat personen die het hoofdstatuut van student hebben nooit een arbeidsovereenkomst voor sekswerk kunnen afsluiten. Diegene die student is valt onder het toepassingsgebied van de wetgeving betreffende overeenkomst voor tewerkstelling van studenten, die verplicht moet worden toegepast ».

Dans un souci de clarté et de sécurité juridique, il paraît indiqué de préciser davantage la portée du régime en projet.

8.2. La loi du 3 juillet 1978 ne règle pas expressément la définition de la notion d'« étudiant », et donc pas non plus le champ d'application du titre VII.

Toutefois, il résulte de l'article 122 de cette loi que le Roi « peut, sur proposition des commissions paritaires compétentes et après avis du Conseil national du travail ou, à défaut de propositions des commissions paritaires, sur proposition du Conseil national du travail, exclure certaines catégories d'étudiants du champ d'application de la présente loi, soit purement et

simplement, soit moyennant certaines adaptations ». Il a été pourvu à l'exécution de cette disposition par l'arrêté royal du 14 juillet 1995 'excluant certaines catégories d'étudiants du champ d'application du Titre VII de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail'.

Le titre VII de la loi du 3 juillet 1978 ne s'appliquant pas à ces catégories d'étudiants, il semble devoir être admis qu'il leur est bel et bien possible de conclure un contrat de travail pour le travail du sexe qui confère à l'employeur la protection au regard de l'incrimination définie à l'article 433*quater*/1, alinéa 1^{er}, premier tiret, du Code pénal.

À propos de l'exclusion des étudiants, l'exposé des motifs observe ce qui suit :

« Le contrat d'occupation d'étudiant régi par le titre VII de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail offre un statut protecteur à l'étudiant confronté occasionnellement au marché de l'emploi et qui n'a pas encore d'expérience sur cette marche [lire : sur ce marché]. La législation en matière de bien-être au travail interdit d'occuper des jeunes, dont font partie les étudiants travailleurs, à des travaux considérés comme dangereux (article X.3-2, 1^o, sous e) et article X.3-8 du Code du bien-être au travail). Il s'agit notamment des travaux impliquant une exposition potentielle à des agents biologiques des groupes 3 et 4, tels que le VIH, l'hépatite B et C (article X.3 -8, alinéa 2, 1^o et point A de l'annexe X.3-1 du Code du bien-être au travail). Par conséquent, vu la spécificité du travail du sexe, il est expressément exclu d'occuper des étudiants dans le cadre de la présente loi ».

Il est recommandé de soumettre le régime en projet à un examen complémentaire en ce qui concerne l'interprétation spécifique de la notion d' « étudiant ». En effet, la question se pose en particulier de savoir si la délimitation du champ d'application, en ce qui concerne les étudiants, repose sur un critère suffisamment clair et pertinent, compte tenu de l'arrêté royal du 14 juillet 1995 susmentionné.

Ainsi, il découle par exemple de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, et alinéa 2, de cet arrêté que « les étudiants qui sont inscrits dans une école du soir ou qui suivent un enseignement à horaire réduit » sont exclus du champ d'application du Titre VII de la loi du 3 juillet 1978, mais que « les étudiants qui suivent uniquement un enseignement ou une formation à temps partiel restent soumis aux dispositions du Titre VII de la loi du 3 juillet 1978 pendant les périodes de vacances scolaires ». La distinction mentionnée ici repose sur des critères issus du droit du travail et du droit de la sécurité sociale, et la question se pose en l'espèce de savoir si, à la lumière des objectifs de l'avant-projet, ils sont pertinents dans le contexte de l'avant-projet et de l'article 433*quater*/1, alinéa 1^{er}, du Code pénal.

8.3. Le législateur dispose d'une certaine liberté d'action pour exclure certaines catégories de personnes du régime en projet.

En effet, le principe d'égalité et de non-discrimination n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Force est de constater que l'avant-projet vise à réguler le travail du sexe sous contrat de travail et que dans ce cadre, il contient diverses mesures ayant pour objet la protection du travailleur du sexe. Comme le confirme l'exposé des motifs, ce régime ne s'applique pas à l'égard des travailleurs du sexe indépendants. Les catégories de personnes exclues du contrat de travail pour le travail du sexe, telles que les étudiants, choisiront peut-être d'exercer cette activité à titre indépendant de sorte que, par conséquent, elles ne pourront pas bénéficier des mesures de protection prévues dans l'avant-projet⁷. Il est recommandé de compléter l'exposé des motifs par une justification complémentaire à cet égard, compte tenu plus particulièrement de l'objectif du régime en projet.

9. L'article 5, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet dispose que le travail du sexe « ne peut pas non plus être effectué dans le cadre d'un contrat de travail flexi-job, ni en tant que travailleur occasionnel ».

Le contrat de travail flexi-job est réglé par la loi du 16 novembre 2015 'portant des dispositions diverses en matière sociale'. En ce qui concerne les travailleurs occasionnels, l'exposé des motifs renvoie au « statut de travailleur occasionnel au sens de la législation sur la sécurité sociale (p.ex., les extras dans le secteur horeca) ». Dans un souci de sécurité juridique, il est recommandé de préciser, au moins dans l'exposé des motifs, de quel dispositif il s'agit.

10. L'article 5, alinéa 2, de l'avant-projet contient un régime spécifique pour le travail du sexe « sous forme de travail à domicile ». Le titre VI de la loi du 3 juillet 1978 règle le contrat d'occupation de travailleur à domicile. L'article 119.1, § 1^{er}, de cette loi dispose que ce titre « règle l'occupation des travailleurs à domicile qui, sous l'autorité de l'employeur, fournissent un travail contre rémunération, à leur domicile ou à tout autre endroit choisi par eux, sans qu'ils soient sous la surveillance ou le contrôle direct de cet employeur. [...] ».

Le délégué a confirmé que la notion de « travail à domicile » a la même portée dans l'avant-projet qu'à l'article 119.1, § 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978.

Le commentaire que consacre l'exposé des motifs à l'article 5 relève ce qui suit :

« En exécution d'un contrat de travail de travailleur du sexe, les travailleurs du sexe peuvent être occupés soit dans les locaux de l'employeur, soit en dehors de l'établissement de l'employeur (p.ex. les agences d'escorte), mais dans les deux cas, des mesures spécifiques doivent être prises pour assurer la sécurité et le bien-être des travailleurs. Pour cette raison, le travail à domicile n'est autorisé que dans la mesure où le travailleur du sexe est disposé à le faire volontairement et à condition qu'une convention collective conclue à cet égard au sein d'une commission paritaire soit rendue obligatoire par le Roi, réglant au moins certains points énumérés par la loi. [...] ».

À la question de savoir si, compte tenu des définitions précitées, il sera question de travail à domicile dans le cas des agences d'escorte, le délégué a répondu comme suit :

⁷ Ainsi qu'il est également relevé dans l'exposé des motifs, « les personnes qui occupent des travailleurs du sexe en qualité de 'faux indépendants' ne peuvent pas bénéficier de la cause de justification prévue par l'article 433quater/1, alinéa 1^{er}, 1^{er} tiret du Code pénal ».

« Escortbureaus vallen niet onder het begrip huisarbeid wanneer de sekswerker zijn of haar arbeid verricht op een door de klant gekozen locatie of op een door de werkgever aangewezen of ter beschikking gestelde locatie. Daarentegen zal er wel sprake zijn van huisarbeid als de sekswerker de klant bij zich thuis ontvangt of in een door de sekswerker zelf gekozen plaats ».

Dans un souci de clarté des dispositions en projet, il serait utile de reproduire cette précision dans l'exposé des motifs.

11. À l'article 5, alinéa 3, on écrira que l'accord doit être « donné » et non « conclu ».

Article 9

12. En cas de retrait de l'agrément visé au chapitre 4 de l'avant-projet, le travailleur a droit « à une indemnité compensatoire de préavis à charge de l'employeur telle que visée par l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ».

L'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 concerne le délai de préavis en cas de résiliation d'un contrat de travail conclu pour une durée indéterminée. Comme le confirme l'exposé des motifs, si l'article 5 de l'avant-projet exclut certains types de contrats de travail, « [i]l reste possible de conclure un contrat de travail du sexe pour une durée déterminée ou pour un travail à temps partiel ».

À la question de savoir si l'intention est effectivement que le régime inscrit à l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 s'applique aussi quand le travailleur du sexe est lié par un contrat de travail à durée déterminée, le délégué a répondu ce qui suit :

« De intrekking van de erkenning leidt ertoe dat de werkgever niet langer op legale wijze sekswerkers kan tewerkstellen, hetgeen ertoe leidt dat aan de dienstbetrekking onmiddellijk een einde moet worden gesteld. Om die reden bevestigt het artikel 9 dat de sekswerker in voorkomend geval recht heeft op een opzeggingsvergoeding. Het is niet de bedoeling om hierbij af te wijken van de bestaande regelingen van de wet van 3 juli 1978. Overeenkomstig die wet wordt de opzeggingsvergoeding van een werknemer die wordt tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vastgesteld overeenkomstig artikel 39 en wordt de opzeggingsvergoeding van een werknemer die wordt tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van artikel 40. De betrokken bepaling uit het wetsontwerp dient dus te worden aangevuld met ofwel een verwijzing naar dat artikel 40, ofwel kan als alternatief worden geopteerd voor een formulering waarin wordt gesteld dat “de werknemer recht heeft op een opzeggingsvergoeding ten laste van de werkgever overeenkomstig de bepalingen van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten ».

Une telle modification peut être admise.

Chapitre 4

13.1. Le chapitre 4 de l'avant-projet concerne l'obligation d'obtenir un agrément préalable pour les employeurs occupant des travailleurs du sexe. Par conséquent, l'avant-projet contient un régime qui relève du champ d'application de la directive services ⁸.

Le chapitre III de cette directive concerne la liberté d'établissement des prestataires. L'article 9 de la même directive dispose que les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies :

- « a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé ;
- b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ;
- c) l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle *a posteriori* interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle ».

À propos de la compatibilité de l'obligation d'agrément avec cette disposition, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Wat de niet-discriminerende werking betreft, kan worden geantwoord dat het vergunningsstelsel voor iedereen geldt, ongeacht nationaliteit en dus ook voor eigen inwoners.

De dwingende reden van algemeen belang worden toegelicht in de Memorie van Toelichting en houden verband met de noodzaak om te voorzien in een bijzondere bescherming van sekswerkers, die een beroep uitoefenen dat bijzondere risico's met zich meebrengt onder meer op het vlak van veiligheid, gezondheid, mogelijke uitbuiting of geweld en gevaar op mensenhandel. De voorafgaande erkenningsplicht is absoluut noodzakelijk met het oog op het voorkomen van misbruik of uitbuiting van sekswerkers, alsook om ervoor te zorgen dat sekswork in een veilige en hygiënische omgeving wordt verricht ».

Conformément à l'article 10 de la directive, les régimes d'autorisation doivent reposer sur des critères qui encadrent l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire (paragraphe 1). Conformément au paragraphe 2 de cet article, les critères sont :

- « a) non discriminatoires ;
- b) justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général ;
- c) proportionnels à cet objectif d'intérêt général ;
- d) clairs et non ambigus ;
- e) objectifs ;
- f) rendus publics à l'avance ;
- g) transparents et accessibles ».

⁸ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur'.

Selon le délégué, toutes ces conditions sont remplies « doordat de criteria voor erkenning en behoud van de erkenning duidelijk, ondubbelzinnig en transparant worden opgesomd in artikel 14 en 17 van het wetsontwerp. Deze criteria zijn niet-discriminatoir geformuleerd en zijn gerechtvaardigd omwille van een dwingende reden van algemeen belang en evenredig aan dat belang (cfr. antwoord op vorige vraag) ».

L'avant-projet donne néanmoins lieu aux observations qui suivent en ce qui concerne la compatibilité avec les dispositions de la directive services en matière de liberté d'établissement.

13.2. L'article 14, 4°, de l'avant-projet dispose que les administrateurs de la personne morale qui agit comme employeur ne peuvent pas « avoir été condamnés en tant qu'auteur, coauteur ou complice, en Belgique ou à l'étranger », au titre de l'une des infractions énumérées dans cette disposition. Afin de pouvoir vérifier cette condition, « les administrateurs doivent présenter à l'autorité qui délivre l'agrément un extrait de casier judiciaire datant de moins de trois mois, conformément à l'article 596, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle ».

Pour assurer le caractère non discriminatoire de ce critère, il est recommandé de préciser comment cette disposition doit s'appliquer à l'égard d'administrateurs étrangers.

13.3. En ce qui concerne la clarté et l'univocité de la condition contenue à l'article 17, 6°, de l'avant-projet, requises en vertu de l'article 10, paragraphe 2, d), de la directive services, on peut se référer aux observations formulées aux points 20.1 à 20.4.

14.1. L'article 15 de la directive services contient des exigences à évaluer qui sont imposées aux prestataires de services. Pareilles exigences concernent notamment « les exigences qui imposent au prestataire d'être constitué sous une forme juridique particulière » (article 15, paragraphe 2, b)). Conformément au paragraphe 3 de cet article, il faut vérifier si de telles exigences sont non discriminatoires, nécessaires et proportionnées.

L'article 14, 1°, de l'avant-projet dispose que l'employeur « est constitué comme personne morale ayant la forme légale soit d'une société à responsabilité limitée, à l'exclusion des sociétés unipersonnelles, soit d'une société coopérative, soit d'une ASBL. Les personnes physiques ne peuvent en aucun cas obtenir un tel agrément ». Il s'agit par conséquent d'une exigence relative à la forme juridique du prestataire de services.

Invité à donner des précisions à cet égard, le délégué a renvoyé au passage suivant de l'exposé des motifs :

« Seules les personnes morales ayant la forme juridique soit d'une société à responsabilité limitée (à l'exclusion des sociétés unipersonnelles), soit d'une société coopérative, soit d'une ASBL peuvent obtenir un agrément. En aucun cas, un agrément peut être accordé à une personne physique. Puisque la loi autorise l'organisation de la prostitution d'autrui, il est important de réglementer la forme juridique de l'employeur. Les personnes morales offrent de meilleures garanties en termes d'organisation, de stabilité financière et de responsabilités vis-à-vis des travailleurs et des tiers. C'est pourquoi l'agrément d'un employeur ayant le statut de personne physique est exclue. En ce qui concerne les types de société qui peuvent demander l'agrément, le législateur a entendu viser des formes juridiques spécifiques afin de répondre au tissu social existant d'une part

et de pouvoir identifier clairement les membres et les objectifs poursuivis d'autre part. En effet, pour rappel, les employeurs agréés doivent s'engager dans les statuts au respect des droits et libertés des travailleurs du sexe. Les formes de sociétés visées sont les plus adéquates en ce qu'elles permettent de faciliter le contrôle par les services d'inspection des conditions à respecter, étant donné qu'elles permettent une certaine transparence notamment parce que les différents administrateurs y sont connus ».

Il n'est pas évident que les personnes morales visées offrent toujours de meilleures garanties en termes « d'organisation, de stabilité financière et de responsabilités vis-à-vis des travailleurs et des tiers ». Il est recommandé de soumettre cette condition à un examen complémentaire et, si elle est maintenue, d'intégrer dans l'exposé des motifs une justification circonstanciée et concrète au regard de l'article 15, paragraphe 2, b), de la directive services ⁹.

14.2. À propos du caractère discriminatoire ou non de la condition prévue à l'article 14, 1°, de l'avant-projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Buitenlandse rechtspersonen met een gelijke benaming of met een gelijkaardige invulling als diegene die worden vermeld in artikel 14, 1°, komen inderdaad ook in aanmerking om te voldoen aan de in artikel 14, 1° vervatte voorwaarde. De equivalentie zal in concreto moeten worden beoordeeld door de bevoegde administraties in het kader van de erkenningsprocedure. De beoordeling van de equivalentie zal voornamelijk moeten gebeuren op basis van de belangrijkste kenmerken van de buitenlandse rechtspersoon, waaronder met name de structuur, de vorm en het opzet van de rechtspersoonlijkheid en de draagwijdte van de aansprakelijkheid ».

Il est recommandé de faire ressortir plus clairement de l'avant-projet que les personnes morales étrangères dotées d'une forme juridique analogue peuvent elles aussi remplir la condition contenue à l'article 14, 1°.

14.3. Dans un souci d'exhaustivité, l'attention est attirée sur l'article 15, paragraphe 7, de la directive services, en vertu duquel les États membres notifient à la Commission toute nouvelle disposition législative, réglementaire ou administrative qui prévoit de nouvelles exigences visées au paragraphe 2 et remplit les conditions prévues au paragraphe 3, ainsi que les raisons qui se rapportent à ces exigences.

15.1. Le chapitre IV de la directive services concerne la libre circulation des services. Comme le précise le considérant 77 de cette directive, ce régime trouve à s'appliquer lorsqu'un opérateur n'est pas établi dans l'État membre dans lequel il fournit le service.

Une telle situation semble également être susceptible de se présenter dans le contexte du travail du sexe sous contrat de travail, par exemple si une entreprise établie dans un autre État membre propose des services d'escorte en Belgique par l'intermédiaire de la communication numérique, les travailleurs du sexe qui résident en Belgique effectuant le travail du sexe en Belgique, sans que l'entreprise dispose d'un établissement en Belgique. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

⁹ Dans le cas contraire, la définition d' « employeur » figurant à l'article 2, 2°, devra éventuellement aussi être adaptée.

« In principe is deze hypothese denkbaar (doch in de praktijk waarschijnlijk weinig of niet voorkomend) en zal deze onderneming voor haar werkzaamheden in België over een erkenning moeten beschikken conform de Belgische wetgeving indien zij op een legale wijze sekswerkers in België wil tewerkstellen. Indien dat niet zo is, dan blijft het pooierschap in casu strafbaar in België, zoals op dit moment trouwens nog steeds het geval is onder de huidige stand van de wetgeving ».

L'article 16, paragraphe 1, de la directive services contient les principes généraux relatifs au droit des prestataires de fournir des services dans un État membre autre que celui dans lequel ils sont établis. Les exigences imposées par les États membres en matière d'accès et d'exercice d'une activité de service sur le territoire doivent être non discriminatoires, nécessaires et proportionnées.

L'article 16, paragraphe 2, de la directive services s'énonce comme suit :

« Les États membres ne peuvent pas restreindre la libre prestation de services par un prestataire établi dans un autre État membre en imposant l'une des exigences suivantes :

- a) l'obligation pour le prestataire d'avoir un établissement sur leur territoire ;
- (...) ».

L'article 16, paragraphe 3, de la directive services s'énonce comme suit :

« Les présentes dispositions n'empêchent pas l'État membre dans lequel le prestataire se déplace pour fournir son service d'imposer des exigences concernant la prestation de l'activité de service lorsque ces exigences sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement et conformément au paragraphe 1. Elles n'empêchent pas non plus cet État membre d'appliquer, conformément au droit communautaire, ses règles en matière de conditions d'emploi, y compris celles énoncées dans des conventions collectives ».

15.2. L'article 14, 2°, de l'avant-projet dispose que l'employeur doit avoir un siège social ou un siège d'exploitation qui se trouve en Belgique.

En ce qui concerne la notion de « siège d'exploitation », le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het begrip bedrijfszetel verwijst in de praktijk naar een exploitatiezetel, wat moet worden opgevat als iedere fysieke vestigingseenheid of centrum van activiteit met enige standvastigheid waaraan de werknemer gehecht is ».

Invité à préciser la compatibilité de l'article 14, 2°, de l'avant-projet avec l'article 16, paragraphe 2, a), de la directive services, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De vereiste van artikel 14, 2° om in België een vestiging te hebben is gerechtvaardigd om redenen die verband houden met de openbare orde en de openbare veiligheid, alsook omwille van de gezondheid en veiligheid van sekswerkers. Het verbod op pooierschap is immers van openbare orde, gelet op de strafbaarstelling op grond van artikel 433quater/1 van het Strafwetboek. In de gevallen en onder de voorwaarden die de wet bepaalt, kan de prostitutie van een ander evenwel worden georganiseerd. De voorwaarden die het wetsontwerp in dit verband voorziet, hebben voor een groot stuk betrekking op het werken in een veilige fysieke en psychische omgeving. De gezondheids- en veiligheidsvereisten die in dat verband worden gesteld zijn plaatsgebonden (o.m.

minimale kamerafmetingen, het hebben van een alarmknop, enz...) en moeten controleerbaar zijn, niet alleen voor de bevoegde inspectiediensten maar ook voor socio-medische organisaties en professionele verenigingen van sekswerkers. Bovendien moet in het kader van de erkenningsprocedure ook voorafgaand overleg worden gevoerd met minstens de procureur des Konings en met het arbeidsauditoraat bevoegd voor de plaats of de plaatsen waar een vestigingseenheid is gelegen waarvoor de aanvraag tot erkenning is ingediend. In die logica is het noodzakelijk en evenredig om te eisen dat een werkgever die wenst erkend te worden in België een vestiging heeft ».

On ne peut se rallier purement et simplement à la justification invoquée par le délégué.

C'est précisément parce que la compatibilité avec la disposition relative à la libre circulation des services ne s'impose que lorsque les services sont fournis en l'absence d'établissement sis sur le territoire de l'État membre dans lequel le service est fourni, que les dispositions de l'avant-projet relatives à cet établissement sont en principe sans objet. Dans ces cas, aucune justification ne peut être trouvée dans des exigences qui s'appliquent à l'établissement, puisque celui-ci n'existe pas.

Il n'en demeure évidemment pas moins que le législateur, également en cas de libre circulation des services, impose aux prestataires de services certaines exigences en matière de santé et de sécurité qui sont territoriales, pour autant que celles-ci puissent s'inscrire dans le cadre de l'article 16, paragraphes 1 et 3, de la directive services. Au demeurant, l'avant-projet contient déjà de telles conditions qui sont d'application, indépendamment du propre établissement de l'employeur. L'article 17, 5°, de l'avant-projet dispose par exemple que l'employeur doit veiller à ce que « chaque pièce de l'établissement où est effectué le travail du sexe soit équipée d'un bouton d'urgence, ainsi qu'à ce que le travailleur du sexe dispose d'un bouton d'urgence mobile, qui le relie immédiatement à la personne de référence, lorsque le travailleur du sexe effectue des prestations de travail en dehors des locaux de l'établissement ». Lorsque l'employeur ne dispose pas d'un établissement sur le territoire et que le travail du sexe est effectué par définition à un autre endroit, un bouton d'urgence mobile devra dès lors être mis à disposition.

En ce qui concerne la thèse du délégué selon laquelle « in het kader van de erkenningsprocedure ook voorafgaand overleg [moet] worden gevoerd met minstens de procureur des Konings en met het arbeidsauditoraat bevoegd voor de plaats of de plaatsen waar een vestigingseenheid is gelegen waarvoor de aanvraag tot erkenning is ingediend », il apparaît que le législateur peut désigner les personnes ou services compétents avec lesquels la concertation visée à l'article 16 doit avoir lieu lorsque la demande d'agrément ne concerne pas un établissement physique établi en Belgique.

Pour le reste, l'avant-projet ne semble contenir aucune condition imposant de disposer nécessairement d'un établissement en Belgique.

Indépendamment du fait qu'une exigence comme celle prévue à l'article 16, paragraphe 2, a), de la directive services peut être justifiée sur le fondement du paragraphe 3 de cet article, force est en tout état de cause de constater que l'exigence inscrite à l'article 14, 2°, selon laquelle l'employeur doit avoir un siège social ou un établissement qui se trouve en Belgique, ne

satisfait pas aux exigences de nécessité et de proportionnalité prévues à l'article 16, paragraphe 1, troisième alinéa, b) et c).

L'avant-projet devra être adapté sur ce point.

Article 13

16. L'article 13 de l'avant-projet dispose que l'agrément peut être suspendu ou retiré d'office « par les Ministres compétents ». Si l'on vise ainsi « les ministres qui ont la Justice et le Travail dans leurs attributions, agissant conjointement à cet effet » qui, conformément à l'article 15, sont compétents pour accorder l'agrément, il faudrait le faire ressortir plus clairement du texte de cette disposition.

17. Si l'intention est que les ministres compétents ou les autorités judiciaires puissent suspendre ou retirer l'agrément lorsque « les modalités fixées par le Roi » ne sont pas encore déterminées, cette intention doit ressortir plus clairement de la formulation de cette disposition, à savoir en énonçant que le Roi « peut fixer les modalités » en la matière.

En l'espèce, il semble également judicieux de préciser et de clarifier la possibilité de suspension ou de retrait de l'agrément par les tribunaux et cours du travail, visée à l'article 13 de l'avant-projet. Si, par exemple, l'intention était de doter les cours et tribunaux du travail de la possibilité d'imposer la suspension et le retrait à titre de peine accessoire, il semble judicieux de régler ce point d'une manière plus circonstanciée et à tout le moins dans une disposition distincte, éventuellement dans le Code pénal social.

18. Il ressort de la formulation de l'article 13 que l'agrément « peut » être suspendu ou retiré. L'exposé des motifs confirme que les autorités concernées « disposent d'une certaine marge d'appréciation à ce niveau. En effet, le fait qu'un employeur soit en défaut de disposer d'un contrat de travail écrit n'a pas la même gravité qu'un employeur qui occupe des mineurs ».

À la question de savoir quelle est, dans ce contexte, la portée du fait que les ministres concernés peuvent procéder « d'office » à la suspension ou au retrait, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Ambtshalve betekent dat de bevoegde ministers de mogelijkheid hebben om de erkenning te schorsen, dan wel in te trekken, indien zij vaststellen dat de werkgever op enigerlei wijze in gebreke blijft om één of meerdere bepalingen van de wet na te leven, zelfs zonder dat hierover enige klacht is neergelegd bij de bevoegde inspectiediensten ».

La notion « d'office » semble pouvoir donner l'impression, à tort, qu'il faut procéder à la suspension ou au retrait ou que certaines garanties procédurales, comme le droit d'être entendu, ne doivent pas être respectées. Si les auteurs de l'avant-projet veulent néanmoins faire ressortir de l'article 13 que les ministres compétents peuvent agir à la suite d'une plainte ou de leur propre initiative, il conviendrait de le formuler plus clairement.

Article 17

19. L'article 17 de l'avant-projet contient une énumération des conditions à respecter « [d]urant la période d'agrément, outre les conditions d'agrément prévues l'article 14, et sous peine de voir l'agrément retiré ».

Ainsi qu'il ressort de la formulation et du commentaire de l'article 13, l'agrément peut être retiré ou suspendu et les ministres concernés, ainsi que les cours et tribunaux du travail, disposent d'une marge d'appréciation en la matière.

À la question de savoir si le retrait est la seule sanction possible, le délégué a répondu en ces termes :

« Aan de werkgever die één van de voorwaarden van artikel 17 niet naleeft kan door de bevoegde ministers een termijn worden gelaten om zich in orde te stellen, waarna tot de intrekking van de erkenning zal worden beslist indien de werkgever na die termijn nog steeds in gebreke blijft ».

Eu égard à l'article 13 de l'avant-projet, le segment de phrase « et sous peine de voir l'agrément retiré » dans la phrase introductive de l'article 17 de l'avant-projet ne semble apporter aucune valeur ajoutée. Dans un souci de clarté, on adaptera l'avant-projet sur ce point.

20.1. L'article 17, 6°, de l'avant-projet dispose que l'employeur « doit garantir l'accès aux locaux aux organisations socio-médicales qui opèrent indépendamment de l'employeur et qui sont orientées sur le bien-être des travailleurs, ainsi qu'aux associations professionnelles des travailleurs du sexe, y compris les organisations représentatives des travailleurs ».

On ne peut exclure que les locaux visés de l'établissement de l'employeur comprennent, en tout ou en partie, des locaux qui bénéficient de la protection sur le fondement du droit au respect du domicile, inscrit à l'article 8 de la CEDH et aux articles 15 et 22 de la Constitution.

C'est ainsi que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 116/2017, a observé ce qui suit : ¹⁰

« B.5.1. Le droit au respect du domicile concerne non seulement les domiciles privés, mais s'applique également aux locaux utilisés à des fins professionnelles ou commerciales (CEDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a.* c. Norvège, § 104 ; 27 septembre 2005, *Petri Sallinen e.a.* c. Finlande, § 70 ; 28 avril 2005, *Buck* c. Allemagne, § 31 ; 16 décembre 1992, *Niemietz* c. Allemagne, §§ 30-31). L'ingérence du législateur peut par ailleurs être plus importante lorsqu'il s'agit de locaux ou d'activités professionnelles ou commerciales (CEDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a.* c. Norvège, § 104 ; 16 décembre 1992, *Niemietz* c. Allemagne, § 31).

Les dispositions en cause imposent aux personnes physiques ou morales, dans le cadre d'une visite fiscale, de donner libre accès aux locaux où l'activité économique se déroule, ce qui constitue une ingérence dans le droit au respect du domicile (voy. en ce sens CEDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a.* c. Norvège, § 106).

¹⁰ C.C., 12 octobre 2017, n° 116/2017, B.5.1-B.5.2.

B.5.2. Le droit au respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations au-delà de son cercle intime, y compris sur le plan professionnel ou commercial (CEDH, 23 mars 2006, *Vitiello* c. Italie, § 47 ; 16 décembre 1992, *Niemietz* c. Allemagne, § 29). De surcroît, les personnes physiques ou morales ont un intérêt légitime à assurer la protection de la vie privée des individus qui travaillent pour elles. Il convient de prendre en compte ces intérêts afin d'apprécier si l'ingérence des pouvoirs publics est justifiée (CEDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a.* c. Norvège, § 107) ».

Les dispositions précitées de la Constitution et de la CEDH exigent que toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et du domicile soit prescrite par une disposition législative, suffisamment précise, corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi par celle-ci ¹¹. Dans ce cadre, les personnes concernées doivent bénéficier des garanties juridictionnelles qui découlent de l'article 6 de la CEDH et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ¹².

C'est d'ailleurs pour cette raison que les inspecteurs sociaux, qui peuvent en principe librement accéder à tout moment et sans avertissement aux lieux de travail, ont uniquement accès aux espaces habités dans des cas spécifiques et en principe dans le respect de garanties procédurales ¹³.

En ce qui concerne les dispositions constitutionnelles précitées, un principe de légalité formelle s'applique en outre, lequel emporte qu'une intervention spécifique du législateur est toujours requise pour limiter les droits et libertés concernés.

20.2. En tout état de cause, l'avant-projet ne contient aucun dispositif assorti de garanties supplémentaires pour les locaux habités ou n'exclut pas ces locaux du champ d'application de l'article 17.

En outre, le droit d'accès, sans limitations expresses ou garanties procédurales, est accordé à des (personnes d') organisations qui ne sont pas chargées de l'exercice de la puissance publique. Par conséquent, contrairement aux inspecteurs sociaux, par exemple, aucune obligation à respecter dans le cadre de l'exercice du droit d'accès ne leur incombe.

Par ailleurs, les organisations et associations concernées étant définies d'une manière très générale, il peut y avoir une ambiguïté quant à la question de savoir si une organisation ou association déterminée peut ou non invoquer le droit d'accès et, par conséquent, si l'employeur peut refuser l'accès sans s'exposer aux sanctions visées à l'article 13.

Conformément à l'article 17, alinéa 2, deuxième tiret, le Roi fixe certes des conditions supplémentaires qui contiennent au moins « les obligations d'affichage des informations sur (...) les coordonnées des organisations représentatives des travailleurs et les organisations de

¹¹ C.C., 12 octobre 2017, n° 116/2017, B.3.2.

¹² C.C., 22 avril 2021, n° 60/2021, B.9.1-B.9.3 ; C.C., 27 juin 2019, n° 102/2019, B.3.2-B.3.4.

¹³ Article 24 du Code pénal social.

soutien (...) », mais on n'aperçoit pas si cela permet de répondre à cette ambiguïté, et dans quelle mesure.

20.3. Invité à préciser la portée du droit d'accès et, le cas échéant, l'articulation avec la protection de la vie privée des travailleurs et éventuellement des utilisateurs, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het toegangsrecht is niet aan beperkingen onderworpen, met dien verstande dat dit recht uiteraard enkel geldt voor organisaties die de hoedanigheid hebben van socio-medische organisatie die onafhankelijk van de werkgever werkt en die gericht is op het welzijn van de werknemers of de hoedanigheid hebben van professionele vereniging van sekswerkers, met inbegrip van de representatieve werknemersorganisaties.

Het toegangsrecht dient uiteraard met redelijkheid te worden uitgeoefend en in samenspraak met de werkgever. De bedoeling van het toegangsrecht bestaat erin om de betrokken organisaties toe te laten te verifiëren of de materiële werkomstandigheden, en met name de vereisten op het vlak van veiligheid, gezondheid en hygiëne, worden nageleefd ».

Bien que le droit d'accès, d'une part, ne serait pas soumis à des limitations, le délégué déclare d'autre part qu'il doit être exercé de manière raisonnable et en concertation avec l'employeur. Ces dernières conditions ne découlent en tout cas pas du texte de l'avant-projet. Par ailleurs, il ne ressort pas des explications du délégué comment la qualité requise des organisations concernées peut être déterminée par l'employeur d'une manière suffisamment sûre.

20.4. Par conséquent, l'article 17, 6°, devra être soumis à un examen complémentaire approfondi et, le cas échéant, être adapté au regard des observations qui précèdent.

Article 20

21. L'article 122/3, 2°, en projet, du Code pénal social punit d'une sanction de niveau 3 l'employeur, son préposé ou son mandataire qui, en contravention à la loi à adopter, « ne désigne pas au moins une personne de confiance faisant partie du personnel de l'employeur si celui-ci occupe cinq travailleurs ou plus ».

Or, l'article 10, alinéa 2, de l'avant-projet dispose qu'au moins une de ces personnes de confiance fait partie du personnel de l'employeur, « si celui-ci occupe 20 travailleurs ou plus ».

Il convient d'harmoniser les dispositions concernées.

Article 24

22. L'article 186/2, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, du Code pénal social punit d'une sanction de niveau 2 l'employeur, son préposé ou son mandataire qui, en contravention à la loi à adopter, « n'a pas pris les mesures nécessaires afin que le contrat de travail de travailleur du sexe soit tenu en tout temps à la disposition des fonctionnaires et agents chargés de la surveillance ».

Selon l'exposé des motifs, l'article en projet a pour but de « punir la violation des obligations prévues à l'article 6 du projet de loi ».

On n'aperçoit toutefois pas clairement sur quelles obligations porte l'article 186/2, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, du Code pénal social. En tout cas, l'article 6 de l'avant-projet ne contient pas d'obligation de l'espèce.

L'avant-projet devra être adapté sur ce point.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME