RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 75.575/1
van 29 maart 2024

over

een voorontwerp van wet ‘houdende maatregelen tot bestrijding van de sociale fraude’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 75.575/1
du 29 mars 2024

sur

un avant-projet de loi ‘portant des mesures de lutte contre la fraude sociale’

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Op 8 februari 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie en Werk verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende maatregelen tot bestrijding van de sociale fraude'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 21 maart 2024. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Annelies D'ESPALLIER, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, 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 Brecht STEEN en Annelies D'ESPALLIER, staatsraden.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 29 maart 2024.

*

Le 8 février 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie et du Travail à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant des mesures de lutte contre la fraude sociale'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 21 mars 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, greffier.

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 Brecht STEEN et Annelies D'ESPALLIER, conseillers d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 29 mars 2024.

*

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

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

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet bevat diverse maatregelen inzake de bestrijding van sociale fraude, in het bijzonder in de verhuissector en in bijkomende mate ook in de bouwsector en in de vleesnijverheid.

2.2. Naast de algemene en technische bepalingen in titels 1 en 2, bevat het voorontwerp een reeks inhoudelijke regelingen omtrent de bestrijding van fiscale fraude. Zo regelt titel 2, hoofdstuk 4, de organisatie van de onderaannemingsketen voor werkzaamheden in de bouw, de vleesnijverheid en de verhuissector. Krachtens artikel 6 van het voorontwerp is het in de genoemde sectoren verboden voor een onderaannemer om het geheel van de uitvoering van de overeenkomst die hij heeft gesloten met zijn medecontractant in onderaanneming te geven aan een andere onderaannemer of om alleen de coördinatie van de uitvoering van de overeenkomst te behouden. Artikel 7 bevat, enkel voor de verhuissector, de bijkomende beperking dat de onderaannemingsketen uit niet meer dan drie niveaus mag bestaan.

Hoofdstuk 5 voegt in hoofdstuk VI/1 van de wet van 12 april 1965 'betreffende de bescherming van het loon der werknemers' een nieuwe afdeling 1/1 in, die de hoofdelijke aansprakelijkheid in geval van werkzaamheden in de verhuissector regelt. Die regeling voorziet onder meer in de verplichting in hoofde van de opdrachtgever, aannemer of intermediaire aannemer om, wanneer de aannemer of onderaannemer opgenomen is in een op te richten databank inzake loonschulden, een percentage van het factuurbedrag in te houden en door te storten naar het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers, bedoeld in artikel 27 van de wet van 26 juni 2002 'betreffende de sluiting van de ondernemingen'.

Hoofdstuk 6 strekt tot het wijzigen van de wet van 26 juni 2002 teneinde een wettelijke grondslag tot stand te brengen voor de opdrachten van het Fonds in het kader van het vorige hoofdstuk.

Hoofdstuk 7 wijzigt het Sociaal Strafwetboek. Artikel 24 voegt een nieuw artikel 49/4 in met betrekking tot de schriftelijke kennisgeving van de invoering van de identificatiegegevens in de zo-even vermelde databank inzake loonschulden. De artikelen 25 tot 32 voegen strafbepalingen in omtrent de miskenning van bepalingen die bij hoofdstuk 5 worden ingevoerd. De artikelen 33 tot 35 voeren strafbepalingen in betreffende de organisatie van onderaanneming, zowel in het kader van overheidsopdrachten als daarbuiten.

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

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Hoofdstuk 8 bevat artikel 36, dat de inwerkingtreding van de verschillende onderdelen van titel 2 regelt.

2.3. Titel 3 voert bijkomende maatregelen in, die uitsluitend gelden voor verhuisactiviteiten.

Zo bevat hoofdstuk 1 een regeling inzake aanwezigheidsregistratie voor verhuisactiviteiten. Met hoofdstuk 2 wordt een nieuw artikel 30*quinquies* ingevoegd in de wet van 27 juni 1969 'tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders' dat de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de sociale bijdragen in de verhuissector regelt. Artikel 59 (hoofdstuk 3) stelt de inwerkingtreding van de beide hoofdstukken vast op 1 januari 2025.

2.4. Titel 4 bevat een wijziging aan artikel 30*bis*, § 7, vijfde lid, van de wet van 27 juni 1969 (artikel 60), die uitwerking heeft met ingang van 1 april 2022 (artikel 61).

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

3. Uit de notificatie van de Ministerraad van 5 februari 2024 en uit de nota aan de Ministerraad waarnaar in die notificatie wordt verwezen, blijkt dat het advies wordt ingewonnen van de Nationale Arbeidsraad, de Gegevensbeschermingsautoriteit en de Adviesraad van het sociaal strafrecht.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van de voornoemde adviezen nog wijzigingen zou ondergaan,[2] moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. De verscheidene in de titels 2 en 3 vervatte maatregelen ter bestrijding van sociale fraude zijn slechts van toepassing ten aanzien van één of enkele economische sectoren.

Hoewel de beperking van het toepassingsgebied relevant kan zijn voor de beoordeling van het evenredige karakter van de maatregelen in de zin van het Europeesrechtelijk vrij verkeer (zie randnummer 10.3.2), moet het verschil in behandeling dat hieruit voortvloeit, kunnen worden verantwoord in het licht van de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, weliswaar rekening houdend met de ruime beoordelingsbevoegdheid waarover de wetgever beschikt in sociaal-economische aangelegenheden.

[2] Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

‡LW-BHEYOEDAJ-HFFHFVT‡

Die beginselen sluiten niet uit dat een verschil in behandeling wordt ingesteld tussen aannemers, onderaannemers, intermediaire aannemers, werkgevers en werknemers naargelang de sector waarin ze activiteiten verrichten, 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 betrokken 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.

De beoordeling van de verenigbaarheid van de afbakening van het toepassingsgebied van de verschillende maatregelen hangt af van feitelijke gegevens, waarover de afdeling Wetgeving niet beschikt. Zo zal het relevant zijn of er zich in andere sectoren gelijkaardige problemen inzake sociale fraude voordoen en of de aanpak uit dit voorontwerp daar eveneens doeltreffend en noodzakelijk zou zijn om die problemen te bestrijden.

Het verdient aanbeveling een verantwoording hieromtrent op te nemen in de memorie van toelichting.

5.1. Over de in het voorontwerp gehanteerde definities, met name die omtrent de verhuissector, valt het volgende op te merken.

Artikel 3, 3°, van het voorontwerp definieert "werkzaamheden in de verhuissector" als "de activiteiten bepaald in artikel 4/2, eerste, tweede en derde lid, van het koninklijk besluit van 22 januari 2010 tot oprichting van de paritaire subcomités voor het vervoer en de logistiek en tot vaststelling van hun benaming en bevoegdheid evenals de activiteiten die in het kader van voornoemde activiteiten worden uitgevoerd met hef- of hijsmiddelen van allerlei aard en die onderworpen zijn aan een verklaring in toepassing van artikel 30quinquies, § 8, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders".

Het ontworpen artikel 35/6/6, § 1, 1°, (artikel 9 van het voorontwerp) en het ontworpen artikel 35/14, 1°, (artikel 19 van het voorontwerp) van de wet van 12 april 1965 bevatten dezelfde definitie.

5.2.1. Ook artikel 37, 2°, van het voorontwerp definieert, voor de toepassing van hoofdstuk 1 van titel 3, het begrip "verhuisactiviteiten" aan de hand van dezelfde omschrijving.

Artikel 38, tweede lid, bepaalt dat het hoofdstuk van toepassing is "op de arbeidsplaatsen waar verhuisactiviteiten worden uitgevoerd die onderworpen zijn aan een verklaring in toepassing van artikel 30quinquies, § 8, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders worden verricht".

De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

"Aangezien het begrip 'verhuisactiviteiten' wordt gedefinieerd in artikel 37, 2° kan de verwijzing naar 'de verklaring in toepassing van artikel 30quinquies' in artikel 38,

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

tweede lid weggelaten worden. Artikel 38, tweede lid luidt dan als volgt : 'Dit hoofdstuk is van toepassing op de arbeidsplaatsen waar verhuisactiviteiten worden uitgevoerd.'"

5.2.2. Het ontworpen artikel 30*quinquies*, § 1, 1°, van de wet van 27 juni 1969 (artikel 58 van het voorontwerp) definieert het begrip "activiteiten" als "de activiteiten bedoeld in artikel 37, 2°" van de aan te nemen wet. Het ontworpen artikel 30*quinquies,* § 8, bevat de registratieverplichting "[a]lvorens de activiteiten, bedoeld in § 1, 1°, aan te vatten".

Gevraagd of de (onrechtstreekse) verwijzing in artikel 30*quinquies*, § 8, van de wet van 27 juni 1969 naar artikel 37, 2°, van het voorontwerp en de verwijzing in artikel 37, 2°, van het voorontwerp naar de verklaring met toepassing van artikel 30*quinquies,* § 8 van de wet van 27 juni 1969 niet tot een cirkelredenering leidt, verklaarde de gemachtigde het volgende:

"Il faut partir de l'article 58 de l'avant-projet qui insère un article 30quinquies dans la loi du 27 juin 1969 : en son § 8 il vise l'obligation de déclaration à l'ONSS des activités qui entrent dans le champ d'application de la mesure. Celles- ci sont de deux types :

- *'les activités définis à l'article 4/2, alinéa 1er, 2 et 3, de l'arrêté royal du 22 janvier 2010 instituant des Sous-commissions paritaires du transport et de la logistique et fixant leur dénomination et leur compétence*.' Il s'agit donc d'une définition par renvoi au champ d'application à la sous-commission paritaire 140.05

- *'ainsi que les activités exercées dans le cadre des activités précitées avec des appareils de levage ou de manutention de toute nature*.' Cet ajout se justifie par le fait que les partenaires sociaux ont constaté sur le terrain que lesdites activités n'étaient pas toujours considérées (à tort ou à raison) comme '*des manipulations spécifiques telles que protéger, emballer, déballer, démonter, charger, décharger, monter, conserver, installer ou placer, si nécessaire au moyen d'engins de levage ou d'élévateurs de toute nature*.' [art. 4/2, al. 3, de l'arrêté royal précité du 22 janvier 2010.

Sont donc soumises à obligation d'enregistrement des présences ces deux types d'activités (cfr. Art. 37 de l'avant-projet de loi). Vu qu'il est techniquement impossible d'enregistrer des présences sans qu'une déclaration des activités soit faite, il est nécessaire de renvoyer au fait que la déclaration de l'activité a été fait conformément à l'article 30quinquies, § 8.

En ce qui concerne la rédaction du champ d'application de l'article 30quinquies, § 1er, 1° (art. 58) celle-ci ne devrait pas se faire par renvoi à l'article 37 de la loi du XX XX 2024 mais bien énumérer les activités en question :

'*les activités définis à l'article 4/2, alinéa 1er, 2 et 3, de l'arrêté royal du 22 janvier 2010 instituant des Sous-commissions paritaires du transport et de la logistique et fixant leur dénomination et leur compétence ainsi que les activités exercées dans le cadre des activités précitées avec des appareils de levage ou de manutention de toute nature*.' Cet ajout se justifie par le fait que les partenaires sociaux ont constaté sur le terrain que lesdites activités n'étaient pas toujours considérées (à tort ou à raison) comme '*des manipulations spécifiques telles que protéger, emballer, déballer, démonter, charger, décharger, monter, conserver, installer ou placer, si nécessaire au moyen d'engins de levage ou d'élévateurs de toute nature*.'

A défaut on tourne en rond dans le § 8 de l'article 30quinquies précité.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

In artikel 3, 3°, in artikel 9 ('ontwerp van artikel 35/6/6 §1, 1°') en in artikel 19 ('ontwerp van artikel 35/14, 1°') van het voorontwerp, kan het laatste deel van de laatste zin 'en die onderworpen zijn aan een verklaring bedoeld in het ontworpen artikel 30*quinquies*, § 8, van de wet van 27 juni 1969…' wegvallen aangezien deze voorwaarde sowieso vereist is voor de verhuisactiviteiten ingevolge artikel 30quinquies van voornoemde wet van 27 juni 1969.

We merken nog op dat in het Nederlands de vertaling van het woord 'manutention' ontbreekt. Dit kan op volgende manier worden aangepast:

Na het woord 'hef- of hijsmiddelen' worden de woorden 'of goederenbehandeling van allerlei aard' toegevoegd."

5.3. Met de bovengenoemde aanpassingen kan worden ingestemd.

OPSCHRIFT

6. Volgens de beginselen inzake wetgevingstechniek moet het opschrift van een normatieve tekst duidelijk, nauwkeurig, volledig en beknopt zijn,[3] waarbij moet getracht worden een evenwicht te vinden tussen nauwkeurigheid, volledigheid en beknoptheid.[4] Te dezen wekt het – beknopte – opschrift de indruk dat het voorontwerp algemene maatregelen ter bestrijding van sociale fraude bevat, terwijl in werkelijkheid de maatregelen zich richten tot een beperkt aantal sectoren. Het verdient aanbeveling om de werkelijke draagwijdte van het voorontwerp nauwkeuriger in het opschrift te verwoorden, minstens aan te geven dat het gaat om maatregelen tot bestrijding van de sociale fraude "in bepaalde economische sectoren".

ARTIKELSGEWIJZE OPMERKINGEN

Artikelen 3 en 5

7. Artikel 3 van het voorontwerp bevat definities "[v]oor de toepassing van hoofdstukken 1 tot en met 4, 7 en 8". Artikel 5 bepaalt het toepassingsgebied van "hoofdstukken 1 tot en met 4, 7 en 8".

Hoofdstuk 7 bevat evenwel enkel bepalingen die wijzigingen aanbrengen in bepalingen van het Sociaal Strafwetboek. Het is zinledig om in autonome bepalingen enerzijds definities vast te leggen die gelden voor wijzigingsbepalingen en anderzijds het toepassingsgebied van wijzigingsbepalingen vast te leggen. Voor de gewijzigde bepalingen gelden immers de definities die van toepassing zijn op de gewijzigde norm en het toepassingsgebied van de gewijzigde bepalingen zal volgen uit het toepassingsgebied van de gewijzigde norm. De verwijzingen naar hoofdstuk 7 in de artikelen 3 en 5 dienen derhalve te worden weggelaten.

[3] *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling 14, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvstconsetat.be).

[4] *Ibid.*, nummer 14.3.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Artikel 4

8. Artikel 4 van het voorontwerp geeft louter de doelstelling van de aan te nemen wet[5] weer. Een dergelijke bepaling ontbeert normatieve kracht en moet bijgevolg uit het voorontwerp worden weggelaten. De doelstelling van de ontworpen regeling kan desgevallend in de memorie van toelichting worden opgenomen.

Artikelen 6 en 7

9.1. De artikelen 6 en 7 van het voorontwerp bevatten beperkingen op de mogelijkheid om beroep te doen op onderaannemers.

Artikel 6 behelst daarbij specifieker een verbod in hoofde van een onderaannemer om de gehele uitvoering van een overeenkomst in onderaanneming te geven of om enkel de coördinatie van de uitvoering van de overeenkomst te behouden. Deze bepaling is van toepassing op de in artikel 5 vermelde activiteiten, te weten de werkzaamheden in de bouw, in de vleesnijverheid en in de verhuissector.

Het in de eerste zin van artikel 6 vervatte verbod betreft het in onderaanneming geven van het geheel van de uitvoering van de overeenkomst "aan een andere onderaannemer". Gevraagd of dat verbod ook het in onderaanneming geven van de gehele uitvoering van de overeenkomst aan *meerdere* onderaannemers betreft, verklaarde de gemachtigde het volgende:

> "L'article 6 prévoit l'interdiction pour le sous-traitant direct de l'entrepreneur principal de sous-traiter à son tour la totalité de l'exécution du contrat qui lui a été confié par l'entrepreneur principal. Le nombre de sous-traitants du sous-traitant direct importe peu."

Onverminderd hetgeen hierna wordt opgemerkt verdient het aanbeveling om deze draagwijdte beter tot uitdrukking te brengen in artikel 6 van het voorontwerp.

9.2. Omtrent de abstracte omvang van het gedeelte van de overeenkomst dat door de onderaannemer zelf moet worden uitgevoerd en dat niet in onderaanneming kan worden gegeven, verschafte de gemachtigde de volgende verduidelijking:

> "L'avant-projet de loi (…) ne contient pas d'obligation d'exécuter soi-même une partie déterminée in abstracto.
>
> L'article 6 prévoit l'interdiction pour le sous-traitant direct de l'entrepreneur principal de sous-traiter la totalité de l'exécution du contrat qui lui a été confié.
>
> Il suffit en effet que le sous-traitant se charge lui-même de l'exécution d'une petite partie du contrat qui lui est confié (par exemple 1 % qui ne consiste pas uniquement en une coordination), et sous-traite le reste de ce contrat. (…)"

[5] Overigens lijkt de omschrijving van die doelstelling voornamelijk betrekking te hebben op titel 2, waar artikel 4 deel van uitmaakt.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Deze verduidelijking zou het best opgenomen worden in de memorie van toelichting.

9.3.1. Er moet voorts worden vastgesteld dat het in artikel 6 vervatte verbod enkel geldt in hoofde van onderaannemers en niet in hoofde van de hoofdaannemer van een overeenkomst, wat een verschil in behandeling behelst.

Ook voor dit verschil in behandeling dient te worden nagegaan of voldaan is aan de voorwaarden geformuleerd in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zoals in herinnering gebracht in randnummer 4.

9.3.2. Over het verschil in behandeling vermeldt de memorie van toelichting het volgende:

> "De aannemer bevindt zich in een geheel andere positie dan een onderaannemer. Indien het verbod op onderaanneming van de volledige uitvoering van de met de opdrachtgever gesloten overeenkomst zou worden uitgebreid tot de aannemer, zou deze in de verleiding kunnen komen om minder overeenkomsten tegelijkertijd te aanvaarden. Hij zou immers moeilijkheden kunnen ondervinden om ze tegelijkertijd uit te voeren, wetende dat hij ze niet volledig zal kunnen uitbesteden. Een uitbreiding van het verbod tot de aannemer zou dan ook de mededinging kunnen belemmeren. In het onderhavige geval is het de aannemer geenszins verboden de uitvoering van de gehele opdracht in onderaanneming te geven. Het is hem evenmin verboden het aantal horizontale onderaannemingsovereenkomsten te verhogen. De voorgestelde maatregelen vormen dan ook geen belemmering voor de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot onderaannemingsovereenkomsten."

Om verdere toelichting verzocht over het verschil tussen de hoofdaannemer en een van zijn onderaannemers verklaarde de gemachtigde het volgende:

> "Il ne s'agit pas de catégorie de personnes comparables.
>
> L'entrepreneur principal est responsable envers son donneur d'ordre de la totalité de l'exécution du marché. S'il peut avoir une vue complète sur ses sous-traitants directs. Il n'en est pas ainsi des sous-traitants de ses propres sous-traitants.
>
> Il peut en effet s'avérer parfois compliqué pour l'entrepreneur principal d'identifier le rôle et les responsabilités de chacun des sous-traitants, malgré le fait qu'il demeure in fine responsable de la bonne exécution du contrat conclu avec le donneur d'ordre.
>
> Par ailleurs, le sous-traitant direct de l'entrepreneur principal peut également sous-traiter la quasi-totalité de l'exécution du contrat qu'il a conclu avec l'entrepreneur principal."

Het verschil wordt aldus gebaseerd op de onvergelijkbaarheid van de voorliggende gevallen, en ook in het licht van de evenredigheid van de algehele ontworpen regeling, die in randnummer 10.3.2 verder wordt besproken.

10.1. Artikel 7, specifiek van toepassing op de verhuissector, bevat een verbod op onderaannemingsketens van meer dan drie niveaus[6], dat in het licht gehouden moet worden van de

[6] Op grond van artikel 7, derde lid, kan de Koning na advies van het bevoegde paritaire (sub)comité het aantal niveaus van de onderaannemingsketen verder beperken.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

beginselen van vrij verkeer van diensten, zoals neergelegd in artikel 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

In dit verband moet opgemerkt worden dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat nationale maatregelen die de uitoefening van de in het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, slechts aanvaard kunnen worden wanneer ze aan vier voorwaarden voldoen: (1) zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, (2) zij moeten hun verantwoording vinden in dwingende redenen van algemeen belang, (3) zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en (4) zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.[7]

10.2. Met betrekking tot de doelstelling blijkt uit het opschrift van het voorontwerp en nog meer uit de memorie van toelichting dat de ontworpen maatregelen onder meer worden gekaderd in "de strijd tegen sociale dumping en mensenhandel (economische uitbuiting)". Artikel 4 van het voorontwerp bepaalt dat het doel van de aan te nemen wet is "om de strijd tegen de sociale dumping en de mensenhandel te versterken, een eerlijke concurrentie tussen de ondernemingen te bevorderen en meer rechtszekerheid te creëren over de naleving van de loon- en arbeidsvoorwaarden wanneer een beroep wordt gedaan op onderaanneming".[8]

10.3.1.1. Voor het onderzoek van de evenredigheid wordt gewezen op het feit dat de ontworpen bepalingen, zoals vermeld in de memorie van toelichting, "sterk geïnspireerd [zijn] op artikel 12/3 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten".

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

In advies 61.030/1 van 23 maart 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 22 juni 2017 heeft de afdeling Wetgeving vragen gesteld bij de verenigbaarheid van de beperkingen inzake onderaanneming met de richtlijnen 2014/24/EU[9] en 2014/25/EU[10] en met het ruimere unierecht. Gelet op de twijfel daaromtrent werd geadviseerd om de ontworpen bepalingen "duidelijker te situeren ten opzichte van de overeenkomstige richtlijnbepalingen en om (…) tevens aan te geven waarom de ontworpen bepaling kan worden

[7] HvJ 30 november 1995, C-55/94, *Gebhard*, punt 37.

[8] Zie over die bepaling echter randnr. 8.

[9] Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 'betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG'.

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

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

geacht voldoende recht te doen aan het evenredigheidsvereiste". Wat dat laatste betreft had de afdeling Wetgeving immers opgemerkt dat, indien wordt aangenomen dat de strijd tegen sociale dumping een verdedigbaar doel uitmaakt, niettemin de vraag rijst of de ontworpen maatregel wel beantwoordt aan het evenredigheidsvereiste en of hij efficiënt is.[11]

Die opmerkingen werden in herinnering gebracht in advies 61.559/1 van 13 juni 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 25 juni 2017 'betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten', dat gelijkaardige bepalingen inzake onderaanneming bevatte. In dat advies werd tevens gewezen op het sindsdien uitgesproken arrest *Borta* van het Hof van Justitie van 5 april 2017, waarin eveneens tot de onverenigbaarheid van bepaalde beperkingen inzake onderaanneming met het unierecht werd besloten.[12] Het betrof de verplichting uit het nationale recht dat het hoofdgedeelte van de werken dat als zodanig was omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moest worden uitgevoerd. Het Hof oordeelde dat die maatregel verder ging dan noodzakelijk, onder meer omdat het verbod inzake onderaanneming gold "ongeacht de economische sector waarop de aan de orde zijnde opdracht betrekking heeft, de aard van de werken en de kwalificaties van de onderaannemers".[13]

Nadien heeft het Hof van Justitie in arresten van 26 september 2019 en 27 november 2019 de strijdigheid met het unierecht vastgesteld van een nationale regeling volgens welke het gedeelte van de opdracht dat de inschrijver aan derden in onderaanneming mag geven, beperkt is tot 30%. De aangevoerde doelstelling van die maatregelen, namelijk de bestrijding van het verschijnsel van infiltratie van de georganiseerde misdaad op het gebied van overheidsopdrachten, werd weliswaar legitiem geacht, maar de maatregel werd niet proportioneel bevonden, mede gelet op de toepasselijkheid ervan ongeacht de economische sector.[14]

In advies 72.429/1 van 23 augustus 2023 heeft de afdeling Wetgeving de zo-even vermelde adviezen en arresten in herinnering gebracht en besloten dat een voorstel op grond waarvan de in artikel 12/3, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 vervatte beperking aan het aantal niveaus van de onderaannemingsketen, die vergelijkbaar is met die in artikel 7 van het voorontwerp, niet langer zou worden beperkt tot "fraudegevoelige sectoren", in het licht daarvan "aan een grondig bijkomend onderzoek onderworpen [moest] worden".[15]

10.3.1.2. Anders dan het geval was in de zo-even aangehaalde adviezen en arresten, is het toepassingsgebied van de artikelen 5 en 6 van het voorontwerp niet beperkt tot de uitvoering van overheidsopdrachten, al zijn ze er evenmin van uitgesloten.

In de arresten *Vitali SpA* en *Tedeschi Srl e.a.* overwoog het Hof van Justitie dat de toepasselijke richtlijn inzake overheidsopdrachten "uitdrukkelijk in de mogelijkheid [voorziet]

[11] Adv.RvS 61.030/1 van 23 maart 2017, opm. 5 en 6.

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

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

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

[15] Adv.RvS 72.429/1 van 23 augustus 2023 over een wetsvoorstel 'houdende bepalingen om sociale dumping tegen te gaan', opm. 7.2 (*Parl.St.* Kamer 2019, nr. 55-0122/004).

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

voor de inschrijvers om onder bepaalde voorwaarden een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan bepaalde criteria voor de selectie van ondernemers"[16] en vormde die richtlijn mee het kader waarbinnen de prejudiciële vragen werden beantwoord.

In het arrest *Borta* beantwoordde het Hof van Justitie de prejudiciële vraag omtrent de verplichting "dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, het hoofdgedeelte van de werken, dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moet worden uitgevoerd" daarentegen uitsluitend op basis van de artikelen 49 en 56 van het VWEU.[17] Die bepalingen staan in de weg aan elke nationale maatregel die, zelfs wanneer hij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, het gebruik van de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting onmogelijk kan maken, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken.[18] Een beperking aan de in de artikelen 49 en 56 VWEU vervatte vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting kan "gerechtvaardigd zijn voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, dat wil zeggen dat zij geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken".[19]

10.3.2. Hoewel de betrokken beperkingen in al deze zaken strijdig met het unierecht werden bevonden en de gemachtigde verklaarde geen weet te hebben van arresten waarin vergelijkbare beperkingen inzake onderaanneming wel verenigbaar met het unierecht werden bevonden, kan over de actueel voorliggende bepalingen het volgende worden opgemerkt.

Wat de evenredigheid van de ontworpen maatregelen betreft moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat zij enkel van toepassing zijn ten aanzien van een aantal specifieke sectoren. Een dergelijke afbakening kan de evenredigheid van de maatregelen inderdaad ten goede komen.[20]

Hoewel in de memorie van toelichting naar teksten wordt verwezen die op enkele van deze sectoren betrekking hebben, verdient het aanbeveling om deze aan te vullen met een meer concrete verantwoording omtrent de noodzaak en pertinentie van de ontworpen maatregelen ten aanzien van de specifieke sectoren waarop de artikelen 6 en 7 toepasselijk zullen zijn.[21]

Verder moet worden vastgesteld dat de onder randnummers 9.3.1 tot 9.3.3 besproken afbakening van het verbod in artikel 6, namelijk dat het verbod geldt in hoofde van onderaannemers en niet in hoofde van de hoofdaannemer van een overeenkomst, een positief gevolg lijkt te genereren voor de evenredigheid van de gehele overeenkomst. Blijkens de memorie van toelichting wordt daarmee beoogd de mededinging zo min als mogelijk te belemmeren.

[16] HvJ 26 september 2019, C-63/18, *Vitali SpA*, ECLI:EU:C:2019:787, punt 24. In dezelfde zin, over de vorige richtlijn ter zake: HvJ 27 november 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl e.a.*, ECLI:EU:C:2019:1023, punt 36.

[17] HvJ 5 april 2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266, punt 46.

[18] HvJ 5 april 2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266, punt 47.

[19] HvJ 5 april 2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266, punt 51.

[20] Vgl. met HvJ 27 november 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl e.a.*, ECLI:EU:C:2019:1023, punt 47.

[21] Zie omtrent het toepassingsgebied ook de opmerking onder randnummer 4.

‡LW-BHEYOEDAJ-HFFHFVT‡

Het verbod dat op de onderaannemer rust om de uitvoering van de opdracht verder in onderaanneming te geven is ook op kwantitatief vlak beperkter dan de gevallen waarover het Hof van Justitie tot de strijdigheid met het unierecht besloten heeft. Zoals eerder is gebleken, kan de onderaannemer nog steeds een aanzienlijk deel van de overeenkomst in onderaanneming geven (randnummer 9.2).

In de memorie van toelichting wordt daaromtrent nog het volgende opgemerkt:

> "Zo is het verbod voor de onderaannemer om het geheel van de opdracht die hem toevertrouwd is, aan een andere onderaannemer uit te besteden, helemaal niet rigide en vormt het dus geen reële belemmering. Het volstaat dat de onderaannemer een klein deel van de opdracht zelf uitvoert en de rest aan een andere onderaannemer in onderaanneming geeft. Een dergelijk verbod heeft nog een belangrijk gevolg: de onderaannemer moet zich ervan bewust zijn dat hij een deel van de opdracht zelf moet uitvoeren. Op deze manier wordt het opzetten van eindeloze cascades tegengegaan."

In de memorie van toelichting wordt verder nog het volgende opgemerkt:

> "Het feit dat aan het evenredigheidsvereiste voldaan is, blijkt eveneens uit het feit dat het de aannemer verplicht om de naleving van de sociale en arbeidswetgeving door alle onderaannemers, zelfs de indirecte (waarvan hij vaak niet eens op de hoogte is), te controleren, maatregelen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid zoals in hoofdstuk 5 van dit wetsvoorstel te voorzien, en het uitvoeren of zelfs versterken van controles door de sociale inspectiediensten zijn op zichzelf onvoldoende als preventieve maatregelen om het gewenste effect te sorteren."

Over de stelling dat die maatregelen op zichzelf onvoldoende zijn, verschafte de gemachtigde de volgende toelichting:

> "En effet, une telle vérification augmente significativement les charges administratives de l'entrepreneur. Si aucune limitation supplémentaire de la chaîne de sous-traitance n'est opérée, de longues chaînes de sous-traitance, non transparentes et incontrôlables resteront parfaitement possibles, risquant de compromettre au final l'objectif poursuivi. La présence d'une chaîne de sous-traitance trop longue rend difficiles, voire inopérants les contrôles effectués par les services d'inspection sociale, empêchant de ce fait la lutte contre le dumping social et la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Les services d'inspection sociale ne pourront intervenir qu'a posteriori, que lorsqu'un travailleur ose se plaindre ou lorsque des accidents se seront produits.
>
> Si aucune limitation supplémentaire de la chaîne de sous-traitance n'est opérée, de longues chaînes de sous-traitance resteront parfaitement possibles, ce qui risque de rendre les charges administratives ingérables et de compromettre au final l'effectivité de la mesure. En cas de trop longue chaîne de sous-traitance, les services d'inspection ne pourront intervenir de facto que lorsque des irrégularités sont déjà constatées."

Het strekt tot aanbeveling de verantwoording hieromtrent op te nemen in de memorie van toelichting.

10.4. In het licht van deze elementen en onder voorbehoud van de suggesties om bepaalde zaken te expliciteren of te verduidelijken, moet worden vastgesteld dat de ontworpen bepalingen zich op diverse punten onderscheiden van de regelingen die door het Hof van Justitie strijdig zijn bevonden met het unierecht en dat die punten van onderscheid het evenredige karakter van die

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

maatregelen ten goede komen. Finaal zal het aan het Hof van Justitie toekomen om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van die maatregelen met het unierecht.

10.5. De ontworpen regeling, die het aantal onderaannemingsketens beperkt in de verhuissector, moet ook gezien worden in het licht van de vrijheid van ondernemen, die onder meer is verankerd in artikel II.3 van het Wetboek van economisch recht en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het Grondwettelijk Hof wees er reeds op dat de vrijheid van ondernemen niet als een absolute vrijheid kan worden opgevat en dat zij niet belet dat de wetgever de economische bedrijvigheid van personen en ondernemingen regelt. De bevoegde wetgever zou volgens het Hof pas onredelijk optreden indien hij de vrijheid van ondernemen zou beperken zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat of indien die beperking onevenredig zou zijn met het nagestreefde doel.[22]

De in randnummers 10.1 tot 10.4 besproken overwegingen omtrent het doel en de evenredigheid zijn hier ook relevant en leiden niet tot een andere conclusie.

11. Onverminderd de vorige opmerking strekt het in elk geval tot aanbeveling om de verhouding tussen de artikelen 6 en 7 van het voorontwerp en artikel 12/3 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 duidelijker te regelen. De toepassing van die bepalingen van het voorontwerp is immers niet beperkt tot overeenkomsten die buiten het kader van een overheidsopdracht tot stand zijn gekomen. Omgekeerd kan artikel 12/3 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 toepassing vinden ten aanzien van de activiteiten waarop de ontworpen bepalingen van toepassing zijn.

Deze opmerking geldt op overeenkomstig wijze ten aanzien van artikel 53 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 'betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten'.

12. Aangezien in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen geen sprake meer is van de tijdelijke handelsvennootschap, doch wel van de maatschap als enige vennootschapsvorm zonder rechtspersoonlijkheid, schrijve men in artikel 7, vierde lid, 1°, van het voorontwerp, zoals de gemachtigde overigens zelf aangaf, "tijdelijke maatschap" in plaats van "tijdelijke handelsvennootschap".

Titel 2, hoofdstuk 5 (artikelen 8 tot 20)

13.1. Hoofdstuk 5 van titel 2 van het voorontwerp voegt in de wet van 12 april 1965 'betreffende de bescherming van het loon der werknemers' een regeling in met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid in geval van werkzaamheden in de verhuissector.

Blijkens de memorie van toelichting vormt die regeling een gedeeltelijke omzetting

[22] GwH 16 december 2021, nr. 183/2021, B.7.1-B.7.3.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

van richtlijn 2014/67/EU[23] en meer bepaald van artikel 12 van die richtlijn.[24]

13.2. In advies 59.673/1/V van 29 juli 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 11 december 2016 'houdende diverse bepalingen inzake detachering van werknemers' heeft de afdeling Wetgeving onder meer het volgende opgemerkt met betrekking tot de destijds ontworpen regeling inzake de hoofdelijke aansprakelijkheid in de bouwsector van hoofdstuk VI/1, afdeling 1/1, van de wet van 12 april 1965:[25]

> "6. Het ontworpen systeem dat strekt tot invoering van een bijzondere regeling die uitsluitend betrekking heeft op de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtstreekse contractant in geval van activiteiten in de bouwsector, heeft *niet* louter betrekking op gedetacheerde werknemers in de zin van richtlijn 96/71/EG zodat het in die zin (althans voor de bouwsector) een algemene draagwijdte heeft. De ontworpen regeling is in beginsel verenigbaar met artikel 12 van richtlijn 2014/67/EU. Niettemin moeten een aantal kanttekeningen worden geplaatst bij de uitgangspunten van het ontwerp. Die opmerkingen hoeven niet noodzakelijk te leiden tot aanpassingen van het ontwerp, maar vereisen wel dat in die gevallen minstens de verantwoording in de memorie van toelichting voldoende wordt aangescherpt.
>
> 7. In de eerste plaats moet worden verduidelijkt dat de regeling vervat in het ontworpen artikel 35/6/3, § 1, van de Loonbeschermingswet niet wordt verplicht bij de richtlijn. De richtlijn maakt het in artikel 12, lid 1, immers mogelijk – maar verplicht niet, gelet op het gebruik van het woord 'kunnen' – dat lidstaten een regime van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de opdrachtgever instellen bij alle vormen van detachering in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 96/71/EG. België heeft overigens al een systeem dat in een regime van hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever voorziet[26] (zie de artikelen 35/1 tot 35/6 van de Loonbeschermingswet). De richtlijn verplicht daarentegen wel om voor de bouwsector ('de in de bijlage bij Richtlijn 96/71/EG genoemde werkzaamheden') in een gelijkaardig systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid te voorzien voor de (gedetacheerde) werknemers van onderaannemers ten aanzien van de hoofdaannemer bij ketens van onderaanneming. Dat gebeurt in het ontworpen artikel 35/6/3, § 2, van de Loonbeschermingswet.
>
> Het voorgaande impliceert dat de voorliggende (bijzondere) regeling voor de bouwsector, minstens wat de aansprakelijkheid van de opdrachtgever betreft, niet bij de richtlijn wordt opgelegd en afwijkt van de al bestaande algemene regeling vervat in de artikelen 35/1 tot 35/6 van de Loonbeschermingswet. Dat betekent dat die keuze zowel in het licht van het vrij verkeer van diensten vervat in artikel 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, als in het licht van het gelijkheidsbeginsel neergelegd in

[23] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 'inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt ('de IMI-verordening')'.

[24] Behoudens het ontworpen artikel 35/6/13 van de wet van 12 april 1965 (artikel 16 van het voorontwerp), dat verband houdt met artikel 11, lid 3, van richtlijn 2014/67/EU.

[25] Adv.RvS 59.673/1/V van 29 juli 2016, opm. 6-11 (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2091/1). Zie ook adv.RvS 72.429/1 van 23 augustus 2023, opm. 9.

[26] *Voetnoot in de geciteerde tekst:* Eigenlijk is het zelfs iets genereuzer, omwille van de omvang van het beschermde loon, in artikel 35/1, (§ 1) 8°, van de Loonbeschermingswet ("het loon dat eisbaar is geworden sinds de aanvang van de periode van hoofdelijke aansprakelijkheid zoals bepaald in artikel 35/3, § 4, met uitzondering van de vergoedingen waarop de werknemer recht heeft ingevolge de beëindiging van de arbeidsovereenkomst", wat ruimer lijkt dan de term "het achterstallige nettoloon dat met het minimumloon overeenkomt" in artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/67/EU).

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, moet kunnen worden verantwoord. De memorie van toelichting moet in die zin worden aangevuld.

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

In het bijzonder moet worden opgemerkt dat de definitie van 'verschuldigd loon' in het ontworpen artikel 35/6/1, 9°, van de Loonbeschermingswet ruimer lijkt dan de omschrijving "het achterstallige nettoloon dat met het minimumloon overeenkomt" in artikel 12, lid 1 van richtlijn 2014/67/EU. Aangezien de term 'minimumloon' lijkt te verwijzen naar dezelfde in richtlijn 96/71/EG gehanteerde term moeten de stellers van het ontwerp uitdrukkelijk verantwoorden waarom de hier gekozen definitie van 'verschuldigd loon', die in essentie terugvalt op de term loon zoals gedefinieerd in artikel 2 van de Loonbeschermingswet, ook een hele reeks vergoedingen lijkt te omvatten die in het kader van richtlijn 96/71/EG niet noodzakelijk als minimumloon mogen worden beschouwd.[27] Aangezien een te ruime invulling door een lidstaat van het begrip minimumloon voor de toepassing van die richtlijn een beperking van het vrij verkeer kan vormen,[28] moet worden verantwoord waarom dat voor de omzetting van artikel 12 van richtlijn 2014/67/EU niet het geval zou zijn.[29]

9. Bovendien wordt opgemerkt dat de ontworpen regeling ook van toepassing is bij aanneming en onderaanneming in de bouwsector in gevallen waarin er van detachering geen sprake is. De stellers van het ontwerp lijken er echter van uit te gaan dat dit noodzakelijk is omwille van het non-discriminatiebeginsel zoals neergelegd in artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/67/EU. Dat lijkt echter te streng.

De Nederlandse taalversie van die bepaling zou inderdaad kunnen worden gelezen alsof de bijzin 'overeenkomstig het nationale recht en/of de nationale praktijk' ook op 'aanvullende maatregelen' zou slaan, wat inderdaad zou suggereren dat maatregelen ten aanzien van gedetacheerde werknemers enkel kunnen worden genomen als er ook gelijkaardige maatregelen bestaan voor zuiver interne situaties. Die lezing wordt echter tegengesproken door onder meer de Engelse en Franse versie van de richtlijn, waarbij uit het kommagebruik blijkt dat die bijzin slechts betrekking heeft op 'na raadpleging van de sociale partners'.

Aangezien hoofdelijke aansprakelijkheid de uitzondering behoort te zijn, dient bijgevolg de uitbreiding tot zuiver interne situaties, gelet op het gelijkheidsbeginsel neergelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, op andere gronden te worden verantwoord. Daarbij moet rekening worden gehouden met het feit dat ook de bestaande regeling vervat in de artikelen 35/1 tot 35/6 van de Loonbeschermingswet, een ruimer toepassingsgebied heeft, zodat moet worden verantwoord waarom die reeds bestaande regeling voor de interne bouwsector niet volstaat.

---

[27] *Voetnoot in de geciteerde tekst:* Zie voor het begrip 'minimumloon': HvJ 12 februari 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, punten 27-70, en de daar aangehaalde rechtspraak.

[28] *Voetnoot in de geciteerde tekst:* HvJ 12 februari 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, punten 32-34.

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

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

(…)

11. Ten vierde kan worden aanvaard dat de uitzonderingen voorzien in de ontworpen artikelen 35/6/3, § 1, tweede en vierde lid, en 35/6/3, § 2, tweede lid, van de Loonbeschermingswet in beginsel verenigbaar zijn met richtlijn 2014/67/EU. Niettemin moeten ook hier kanttekeningen worden geplaatst.

(…)

Wat de uitzondering voor natuurlijke personen in het ontworpen artikel 35/6/3, § 1, vierde lid, van de Loonbeschermingswet betreft, dient te worden opgemerkt dat deze enkel verenigbaar is met de richtlijn omdat – in tegenstelling tot wat in de memorie van toelichting wordt volgehouden – artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/67/EU geen verplichting inhoudt. Wel moet de ratio legis van die bepaling uitdrukkelijk worden verantwoord in de memorie van toelichting in het licht van het non-discriminatiebeginsel, vervat in zowel de artikelen 10 en 11 van de Grondwet als in artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/67/EU."

13.3. Vergelijkbare opmerkingen als diegene die zijn geciteerd, dienen zich aan ten aanzien van de regeling die bij hoofdstuk 5 van titel 2 van het voorontwerp wordt ingevoegd, die een andere sector dan de bouwsector betreft en die bovendien bijzondere elementen bevat, zoals de regeling inzake de inhouding van bedragen op facturen, de doorstorting ervan aan het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers, dat op zijn beurt de betrokken werknemers uitbetaalt, en de databank inzake loonschulden.

Wat de geciteerde opmerking 9 in advies 59.673/1/V van 29 juli 2016 betreft, moet worden vastgesteld dat de memorie van toelichting bij het actueel voorliggende voorontwerp een gelijkaardig uitgangspunt lijkt te hanteren.[30]

Het ontworpen artikel 35/6/8, § 7, bevat een gelijkaardige uitzondering als diegene die in de geciteerde opmerking 11 wordt besproken.

13.4. In het licht van de voornoemde opmerkingen, strekt het tot aanbeveling de ontworpen regeling aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen en minstens de memorie van toelichting aan te vullen of te wijzigen.

14. Artikel 12, lid 7, van richtlijn 2014/67/EU vergt van de lidstaten dat zij "de Commissie in kennis [stellen] van de maatregelen die zij overeenkomstig dit artikel hebben genomen". De stellers van het voorontwerp zullen bijgevolg de ontworpen regeling inzake aansprakelijkheid in het geval van onderaanneming, eenmaal zij tot stand is gekomen, dienen te melden aan de Europese Commissie.

[30] In de memorie van toelichting wordt ter zake het volgende opgemerkt:

"Zoals artikel 12 van de richtlijn 2014/67/EU voorziet, moeten de regimes van hoofdelijke aansprakelijkheid die worden ingesteld een niet-discriminatoir karakter hebben. Dergelijke regimes van hoofdelijke aansprakelijkheid mogen bijgevolg niet louter beperkt zijn tot het loon dat aan de gedetacheerde werknemers is verschuldigd, maar moeten ook van toepassing zijn op alle werknemers die op het grondgebied van de lidstaat werkzaam zijn en die het slachtoffer worden van een ontoereikende betaling van hun loon (m.a.w. zonder een onderscheid te maken tussen de in deze lidstaat gedetacheerde werknemers en de eigen 'nationale' werknemers die op permanente wijze in die lidstaat worden tewerkgesteld door een daar al dan niet gevestigde werkgever)."

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Artikel 11

15.1. Het ontworpen artikel 35/6/8 van de wet van 12 april 1965 schrijft voor dat, naargelang het geval, de opdrachtgever, de aannemer of de intermediaire aannemer in bepaalde gevallen bedragen inhouden van bestaande onbetaalde facturen en toekomstige facturen. Die bedragen moeten worden doorgestort aan het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers. Vervolgens betaalt het Fonds aan de betrokken werknemers de sommen uit die hen verschuldigd zijn.

De ontworpen bepaling bevat een regeling voor het geval de bedragen aan het Fonds zijn doorgestort, maar, naargelang het geval, de aannemer, onderaannemer of intermediaire aannemer het verschuldigde loon al geheel of gedeeltelijk heeft uitbetaald. In die gevallen betaalt het Fonds een bedrag terug ten belope van het door de betrokken aannemer aan zijn werknemers betaalde loonbedrag.

15.2.1. De ontworpen bepaling regelt evenwel niet de situatie waarin aan het Fonds een bedrag is gestort dat hoger is dan hetgeen nodig blijkt voor het betalen van de aan de werknemers verschuldigde sommen. De in te houden en aan het Fonds door te storten bedragen zijn immers een percentage van het factuurbedrag, dat niet automatisch lager lijkt de zijn dan de aan de werknemers verschuldigde bedragen.

Dit werd door de gemachtigde als volgt bevestigd:

"Votre compréhension est correcte.

L'avant-projet de loi ne règle en effet pas actuellement l'hypothèse où le montant des retenues est plus élevé que le montant total des rémunérations impayées à ses travailleurs par le contractant (employeur) dont les données d'identification ont été introduites dans la banque de données dettes salariales.

Cependant, il découle du libellé actuel du projet de loi que l'obligation de versement par le Fonds aux travailleurs des sommes retenues et versées par le responsable solidaire est limitée aux sommes dues à ces mêmes travailleurs. Le Fonds ne peut donc verser aux travailleurs un montant supérieur à ce qui leur est dû.

Par ailleurs et afin de remédier à cette différence éventuelle entre le montant des dettes sociales et le montant des retenues, une adaptation du projet de loi s'inspirant, mutatis mutandis, des mécanismes prévus à l'article 30 quinquies, paragraphe 5 nouveau de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, tel qu'introduit par l'article 58 de l'avant-projet de loi, sera élaborée par les services du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale."

15.2.2. Aan de gemachtigde werd tevens de vraag gesteld wat de gevolgen van de ontworpen regeling zijn indien de (of: een) betaling door de aannemer aan zijn werknemers plaatsvindt kort nadat de betaling van het Fonds aan de werknemers heeft plaatsgevonden.

"En ce qui concerne la situation de l'employeur, une telle hypothèse de paiement 'tardif' par l'employeur n'est actuellement pas prévue par l'avant-projet de loi.

Toutefois, une telle hypothèse paraît pouvoir être généralement évitée dans la pratique par le biais de l'adaptation du projet de loi envisagée dans la réponse fournie à votre [précédente]."

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

15.2.3. Het verdient inderdaad aanbeveling om het voorontwerp op deze punten aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen en desgevallend aan te vullen met een regeling ter zake.

Artikel 20

16.1. De ontworpen regeling steunt onder meer op het bestaan van een databank inzake loonschulden, die in het ontworpen artikel 35/15 van de wet van 12 april 1965 wordt opgericht en geregeld.

In de memorie van toelichting wordt over die databank onder meer het volgende opgemerkt:

> "Door de bovenvermelde databank van loonschulden te raadplegen, kan elke aannemer immers te weten komen of een andere aannemer met wie hij een contract wil aangaan in de databank voorkomt en wat de gevolgen van het aangaan van een contract zijn.
>
> (…)
>
> De databank stelt een opdrachtgever en een aannemer ook in staat om verder in de onderaannemersketen te anticiperen op een mogelijk probleem met de betaling van loonschulden door een van zijn directe of indirecte onderaannemers."

In advies 74.803/1-2-3-4 heeft de afdeling Wetgeving over een voor het publiek toegankelijke gegevensbank inzake sociale schulden het volgende opgemerkt:[31]

> "2.3. Gevraagd naar de overige waarborgen die worden geboden om misbruik van de gegevens in deze gegevensbank tegen te gaan, antwoordde de gemachtigde:
>
> 'De databank, een webservice, wordt 'secure by design'-ontwikkeld door het RSVZ. De fluxen worden binnen de E-GOV 3.0 (een uniek sociaal zekerheidsplatform dat momenteel ontwikkeld wordt tussen (onder andere) de sociaal verzekeringsfondsen en het RSVZ) ontwikkeld en zijn GDPR-compliant.
>
> Voor alle duidelijkheid: in de databank moet er op KBO-nummer gezocht worden opzoeken (er is dus geen lijst). Op dat ogenblik krijg je enkel informatie te zien OF de (onder)aannemer al dan niet schulden heeft.
>
> Ter info, op www.checkinhoudingsplicht.be kan men reeds zien hoe de webservice er (ook) voor de sociale schulden als zelfstandige zal uitzien.'
>
> Ongeacht de technische verdiensten van het platform is het echter hoogst twijfelachtig of de voorliggende regeling aanvaardbaar is in het licht van artikel 22 van de Grondwet en het Unierecht.
>
> 2.3.1. Op dit punt kan vooreerst worden verwezen naar hetgeen de afdeling Wetgeving in het recente advies 72.429/1 nog opmerkte:[32]
>
> 'Met betrekking tot de algemene publieke bekendmaking van disciplinaire maatregelen, opgelegd aan sportbeoefenaars, was de Raad van State, afdeling

[31] Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de programmawet van 22 december 2023, opm. 2.3 bij artikel 66 (*Parl.St.* Kamer 2023-24, nr. 3697/1).

[32] *Voetnoot in de geciteerde tekst:* Adv.RvS 72.429/1 van 23 augustus 2023 over een wetsvoorstel 'houdende bepalingen om sociale dumping tegen te gaan', opm. 11.5 (*Parl.St.* Kamer 2019, nr. 122/4).

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Wetgeving – in lijn met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof[33] – van mening dat een algemene toegankelijkheid van dergelijke gegevens onevenredig is met de ermee nagestreefde doelstelling, en als zodanig strijdig is met artikel 22 van de Grondwet. Daarbij gaf de afdeling Wetgeving ter overweging om in een contactmogelijkheid te voorzien voor organisatoren van sportwedstrijden waarlangs zij dergelijke gegevens kunnen opvragen.[34] Dat hieruit zou kunnen worden geconcludeerd dat de voorgestelde regeling – die eveneens voorziet dat de kwestieuze persoonsgegevens enkel worden meegedeeld nadat deze eerst door de opdrachtgever of werkgever worden opgevraagd – aanvaardbaar is in het licht van artikel 22 van de Grondwet, lijkt evenwel hoogst twijfelachtig.

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

In navolging van het voorgestelde artikel 37/2 van de wet van 12 april 1965 zal iedere opdrachtgever en iedere werkgever kunnen nagaan of een bepaalde werkgever gekend is wegens één van de onder 1° tot 4° van die bepaling vermelde feiten. Er wordt daarbij niet vereist dat de partij die gegevens opvraagt daarbij enig belang doet gelden, zodat deze gegevens gedeeld kunnen worden met een zeer ruime kring van actoren. Uit de vermelding in de toelichting volgens dewelke 'het wenselijk [is] dat opdrachtgevers en werkgevers, alvorens een contractuele verhouding met een bepaalde werkgever aan te gaan, weten of die al dan niet bij de Inspectie Toezicht Sociale Wetten bekend is wegens ernstige overtredingen van de sociale wetgeving', blijkt niet afdoende dat een dergelijke ruime bekendmaking noodzakelijk is om de doelstelling van de wetgever te bereiken.'

2.3.2. De concrete vormgeving van de zoekfunctie die echter verder niet wordt uitgewerkt in het voorontwerp, is erop gericht, zo blijkt ook uit de toelichting van de gemachtigde, volslagen willekeurige *fishing expeditions* enigszins in te perken. Er wordt echter niet vereist dat de persoon die de opzoekingen doet in de voor het publiek toegankelijke gegevensbank hierbij enig belang doet gelden, noch worden diens opzoekingsmogelijkheden op enige andere wijze beperkt.

Weliswaar kan worden aangenomen dat de strijd tegen de sociale fraude een legitieme doelstelling is die beperkingen aan de privacy kan verantwoorden, maar er moet worden vastgesteld dat die doelstelling niet als doel van de gegevensverwerking tot uiting komt in het voorontwerp, in weerwil van het legaliteitsbeginsel van artikel 22 van de Grondwet. Bovendien, doordat de gegevens worden beschikbaar gesteld aan het grote publiek – dat volgens het ontworpen artikel 15/1, § 5, van het koninklijk besluit nr. 38 meestal niet eens onder het toepassingsgebied van de ontworpen bepaling valt en dat die

[33] *Voetnoot in de geciteerde tekst: Voetnoot 33 van het geciteerde advies*: GwH 19 januari 2005, nr. 16/2005, B.6.1 en B.6.2.

[34] *Voetnoot in de geciteerde tekst: Voetnoot 34 van het geciteerde advies:* Adv.RvS 56.658/3 van 23 oktober 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 19 december 2014 'houdende aanpassing van het Antidopingdecreet van 25 mei 2012 aan de Code 2015', opm. 6.3.3 (*Parl.St.* Vl.Parl. 2014-15, nr. 161/1).

[35] *Voetnoot in de geciteerde tekst: Voetnoot 35 van het geciteerde advies*: EHRM 27 oktober 1994, *Kroon e.a. t. Nederland*, § 31; GwH 30 maart 2023, nr. 56/2023, B.3.4.

‡LW-BHEYOEDAJ-HFFHFVT‡

gegevens ook kan raadplegen buiten het kader van de doelstellingen van de ontworpen bepaling – is het voorontwerp onverenigbaar met het beginsel van de minimale gegevensverwerking in de zin van artikel 5, lid 1, c), van de algemene verordening gegevensbescherming. In dat verband kan bovendien worden gewezen op de grondrechtelijke bezwaren die het Hof van Justitie, rechtstreeks op basis van de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie heeft geuit bij een gelijkaardige publiciteitsregeling met betrekking tot informatie over uiteindelijk begunstigden.[36]

2.4. De ontworpen regeling zou in het licht van deze opmerkingen moeten worden aangepast en aangevuld met een meer robuust kader voor de verwerking van persoonsgegevens.[37]

Deze gelegenheid zou te baat kunnen worden genomen om ook artikel 30*bis*, § 4, van de wet van 27 juni 1969 aan een bijkomend onderzoek in het licht van de algemene verordening gegevensbescherming en het legaliteitsbeginsel van artikel 22 van de Grondwet te onderwerpen."

16.2. Gevraagd om de ontworpen regeling toe te lichten, rekening houdend met de zo-even geciteerde opmerking, verklaarde de gemachtigde het volgende:

"1. De manière générale, la création de la banque de données au sens de l'article 35/15 en projet de la loi du 12 avril 1965 s'inscrit dans le cadre de la finalité générale fondant l'avant-projet de loi portant des mesures de lutte contre la fraude sociale, énoncée par l'article 4 de ce même avant-projet de loi et qui est de renforcer la lutte contre le dumping social et la traite des êtres humains, promouvoir une concurrence loyale entre les entreprises et renforcer la sécurité juridique quant au respect des conditions salariales et de travail en cas de sous-traitance. A cet égard, en lien avec ce qui précède, la consultation d'une telle banque de données vise donc à informer les personnes morales ou physiques autorisées à consulter celle-ci d'une part, de ce que l'entreprise mentionnée dans la banque de données, avec qui elles ont conclu ou envisagent de conclure une convention d'entreprise en vue de l'exécution de pareilles activités ou qui intervient en tant que sous-traitant indirect aux fins d'exécution des mêmes activités, ne respecte pas les conditions de rémunération applicables en Belgique et, d'autre part, du risque, pour ces mêmes personnes morales ou physiques, de voir leur responsabilité solidaire engagée en raison de pareille mention dans le cadre du régime particulier de responsabilité solidaire inséré par le projet de loi.

Corrélativement il est considéré qu'en mentionnant les données d'identification des entreprises effectuant des activités dans le secteur du déménagement et pour lesquelles une ou plusieurs infractions récentes concernant le non-paiement de la rémunération due ont été constatées lors d'une enquête par les inspecteurs sociaux de la Direction générale Contrôle des Lois sociales au moyen d'un procès-verbal constatant une infraction, visé à l'article 64 du Code pénal social, la création de la banque de données précitée contribuera donc à dissuader le recours ou le maintien du recours à des contractants ne respectant pas les conditions de rémunération applicables en Belgique et partant, contribuera à la finalité

[36] *Voetnoot in de geciteerde tekst:* HvJ 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20, *WM en SOVIM v. Luxembourg Business Registers*, ECLI:EU:C:2022:912.

[37] *Voetnoot in de geciteerde tekst:* Over dat kader zal dan ook het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moeten worden ingewonnen, overeenkomstig artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)', gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening.

‡LW-BHEYOEDAJ-HFFHFVT‡

générale prévue par l'article 4 de l'avant-projet, en particulier en ce qui concerne la promotion d'une concurrence loyale entre les entreprises, la lutte contre le dumping social et contre la traite des êtres humains.

2. Cela écrit en ce qui concerne spécifiquement la question de l'étendue de l'accessibilité (consultation) de cette banque de données, abordée par le paragraphe 3 du nouvel article 35/15, les remarques suivantes sont émises.

2.1. L'objectif recherché dans le cadre de ce projet de loi est de permettre à chaque entreprise remplissant les conditions légalement prévues de pouvoir consulter directement la banque de données dettes salariales sans devoir recourir à cette fin à l'intervention d'une administration.

2.2. Le projet de loi prévoit les restrictions suivantes à la consultation de la banque de données dettes salariales.

2.2.1. Le projet de loi prévoit d'abord une première restriction de la consultation en son article 35/15 paragraphe 3, alinéa 1er nouveau de la loi du 12 avril 1965 (inséré par l'article 20 de la loi en projet) énonçant que la banque de données dettes salariales est seulement consultable par les personnes morales ou physiques qui font effectuer ou envisagent de faire effectuer par un contractant des activités dans le secteur du déménagement ou qui, du fait de l'intervention d'un sous-traitant aux fins d'exécution des activités précitées et qui n'est pas leur contractant direct, sont susceptibles de voir engagée leur responsabilité solidaire au sens de l'article 35/6/8 nouveau de la loi du 12 avril 1965.

Autrement dit seuls les personnes responsables solidaires potentiels pour des activités dans le secteur du déménagement sont concernées par la possibilité de consulter la banque de données précitée.

De plus, parmi les personnes physiques précitées, le même article 35/15, § 3 prévoit également une seconde restriction : conformément à l'alinéa 6 du même paragraphe 3, les personnes physiques qui font effectuer ou qui envisagent de faire effectuer des activités dans le secteur du déménagement à des fins exclusivement privées n'auront pas accès à une telle consultation (ces personnes ne pouvant par ailleurs jamais voir leur responsabilité solidaire engagée sur base des nouvelles dispositions en projet).

Autrement dit, il découle du libellé de l'article 35/15, paragraphe 3, alinéa 6 nouveau que la consultation de la banque de données sera uniquement réservée à des contractants ou futurs contractants professionnels.

2.2.2. Par ailleurs, et en lien avec les restrictions précitées (v. point 2.1.1.), l'avant-projet de loi prévoit expressément que chaque entreprise consultant la banque de données dettes salariales doit pouvoir justifier cette consultation qui concerne une autre entreprise dans le respect de la législation relative à la protection des données et pour les finalités de la consultation décrites dans l'article 35/15, § 3, alinéa 1er

Dans ce cadre, le même article 35/15, § 3, prévoit par ailleurs que l'utilisation de la banque de données dettes salariales est subordonnée au respect de la politique d'utilisation de la banque de données dettes salariales."

16.3. Het voorontwerp bevat inderdaad diverse waarborgen om te voorkomen dat de gegevens in de databank loonschulden publiek toegankelijk zouden zijn of eenvoudig kunnen worden gebruikt voor zogenaamde "*fishing expeditions*".

Daarbij wordt aangenomen dat de eerste zin van het ontworpen artikel 35/15, § 3, vijfde lid, die bepaalt dat "de ondernemingen die de databank loonschulden [raadplegen] een login

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

[krijgen] toegewezen", zo moet worden begrepen dat het raadplegen van de databank enkel mogelijk is nadat de betrokken ondernemingen zich met die "login"-gegevens hebben aangemeld.

Vanzelfsprekend dient ook bij de concrete uitwerking van de databank, waarbij desgevallend uitvoering wordt gegeven aan de "specifieke voorwaarden (…) voor het raadplegen van deze databank loonschulden" die de Koning op grond van het ontworpen artikel 35/15, § 3, tweede lid, kan vaststellen, over de zo-even vermelde bekommernissen te worden gewaakt.

Artikelen 34, 35 en 36

17. De artikelen 34 en 35 van het voorontwerp voegen in het Sociaal Strafwetboek (SSW) bepalingen in met betrekking tot de organisatie van de onderaanneming.

17.1. Het ontworpen artikel 184/1/3 SSW bestraft inbreuken op bepalingen inzake onderaanneming die vervat zijn in (artikel 12/3 van) het koninklijk besluit van 14 januari 2013 'tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten'. Artikel 53 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 'betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten' bevat een vergelijkbare regeling, waarvan de miskenning niet strafbaar wordt gesteld door het voorontwerp.

Niettegenstaande de opmerkingen die de afdeling Wetgeving ten aanzien van die bepalingen heeft geformuleerd bij de totstandkoming ervan,[38] rijst de vraag waarom in het ontworpen artikel 184/1/3 SSW enkel inbreuken op de regeling ter zake van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 worden beoogd. Naar aanleiding van de vraag om verdere verduidelijking, verklaarde de gemachtigde het volgende:

> "Contact sera pris avec les services de la Chancellerie du Premier pour une concertation à ce sujet."

17.2. Met het ontworpen artikel 184/1/3 SSW wordt in het Sociaal Strafwetboek een sanctieregeling ingevoegd ten aanzien van specifieke onderdelen van de overheidsopdrachtenreglementering, terwijl de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' en het Sociaal Strafwetboek voor het overige niet op elkaar worden afgestemd. Anders dan gebruikelijk is, bepaalt de wet van 17 juni 2016 niet dat inbreuken op de bepalingen van die wet en van de uitvoeringsbesluiten ervan worden opgespoord, vastgesteld en bestraft overeenkomstig het Sociaal Strafwetboek. Het is niet duidelijk welke verhouding tussen die wet en het Sociaal Strafwetboek wordt beoogd, met name wat de toepassing van boek 1 van het Sociaal Strafwetboek inzake overheidsopdrachten betreft.[39]

17.3. Zowel het ontworpen artikel 184/1/3 SSW als het ontworpen artikel 184/1/4 SSW voorzien in een bestraffing in geval van miskenning van de beperkingen aan het aantal niveaus van de onderaannemingsketen.

[38] Adv.RvS 61.030/1 van 23 maart 2017, opm. 5; adv.RvS 61.559/1 van 13 juni 2017, opm. 20.

[39] Zie onder andere artikel 17 SSW.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Gevraagd of het voor de betrokken aannemers steeds duidelijk zal zijn op welk niveau van de onderaannemingsketen zij zich bevinden, antwoordde de gemachtigde het volgende:

> "Il n'y a pas de condition spécifique prévue. Toutefois, l'ensemble des acteurs des différents niveaux sont censés être au courant de leur niveau dans la chaîne de sous-traitance en vertu de:
>
> • Soit la déclaration de travaux visée aux articles 30bis, 30ter ou 30quinquies de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ;
>
> • Soit l'obligation d'information visée à l'article 35/6/11 introduit dans la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs par l'article 14 en projet.
>
> Le sous-traitant de niveau 3 ne peut donc pas prétendre ignorer qu'il est le sous-traitant de niveau 3 et qu'il ne peut dès lors plus faire appel à un propre sous-traitant."

De door de gemachtigde vermelde verklaringen en informatieverplichtingen hebben elk een specifiek toepassingsgebied, waarvan niet zonder meer vaststaat dat zij, ook in de toekomst, overeenkomen met het toepassingsgebied van de beperkingen inzake de onderaannemingsketen vermeld in de ontworpen bepalingen van het Sociaal Strafwetboek.

17.4. Artikel 36 van het voorontwerp regelt de inwerkingtreding van de bepalingen van titel 2. Overeenkomstig het tweede lid van die bepaling treden de artikelen 33 en 34 in werking één maand na de bekendmaking van de aan te nemen wet in het *Belgisch Staatsblad*.

Artikel 36, derde lid, luidt echter als volgt:

> "De paragrafen 1 en 2 van artikel 184/1/3 van het Sociaal Strafwetboek, die ingevoegd worden door artikel 34 van deze wet, treden buiten werking op de datum van inwerkingtreding van artikel 184/1/4 van het Sociaal Strafwetboek, dat ingevoegd wordt door artikel 35 van deze wet."

Overeenkomstig artikel 36, vierde lid, treedt onder meer artikel 35 in werking op een door de Koning bepaalde datum, die niet later mag zijn dan 1 januari 2025.

Bijgevolg zal artikel 184/1/3, §§ 1 en 2, SSW buiten werking treden op het ogenblik dat artikel 184/1/4 SSW in werking treedt. Hoewel beide bepalingen betrekking hebben op de organisatie van onderaanneming, hebben zij niet hetzelfde toepassingsgebied. Ook lijkt het ontworpen artikel 184/1/4 niet alle toepassingsgevallen van het ontworpen artikel 184/1/3, §§ 1 en 2, te omvatten. Het ontworpen artikel 184/1/4 betreft immers enkel gevallen van onderaanneming in strijd met de aan te nemen wet, waarmee in het bijzonder lijkt te worden gedoeld op de artikelen 6 en 7 van het voorontwerp.[40] Overeenkomstig artikel 5 zijn die bepalingen enkel van toepassing op werkzaamheden in de bouw, werkzaamheden van de vleesnijverheid en de werkzaamheden in de verhuissector. Dat toepassingsgebied is veel specifieker dan dat van artikel 12/3 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.[41]

[40] Het verdient hoe dan ook aanbeveling om in de ontworpen bepalingen van het Sociaal Strafwetboek naar die specifieke bepalingen van de aan te nemen wet te verwijzen.

[41] Artikel 12/3 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 luidt als volgt:

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

17.5. Het ontworpen artikel 184/1/3 SSW betreft de "organisatie van de onderaanneming in het kader van openbare aanbestedingen". Niettegenstaande hetgeen hierna wordt opgemerkt verdient het aanbeveling in de Nederlandse tekst het begrip "overheidsopdrachten" in plaats van "openbare aanbestedingen" te hanteren. Hetzelfde geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 184/1/4 SSW, waarbij de Nederlandse tekst van het opschrift moet worden aangepast teneinde aan te geven dat die bepaling de organisatie van onderaanneming "buiten" (niet: "in") het kader van overheidsopdrachten betreft.

17.6. De artikelen 34 tot 36 moeten in het licht van de hierboven gemaakte opmerkingen aan een grondig bijkomend onderzoek worden onderworpen.

Artikel 58

18. In het ontworpen artikel 30*quinquies*, § 2, vijfde lid, van de wet van 27 juni 1969 wordt verwezen naar de "aannemer zonder personeel, die hoofdelijk aansprakelijk wordt gesteld bij toepassing van §§ 2 en 3". Het zesde lid van die paragraaf bevat een gelijkaardige verwijzing naar de paragrafen 2 en 3.

De gemachtigde bevestigde dat in beide gevallen moet worden verwezen naar het eerste en het tweede lid van paragraaf 2. De betrokken bepalingen moeten bijgevolg worden aangepast.

19. De gemachtigde bevestigde tevens dat de zinsnede "Onverminderd de toepassing van de artikelen 182 en 183 van de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke

"§ 1. Het is verboden voor een onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen in onderaanneming te geven aan een andere onderaannemer. Het is eveneens verboden voor een onderaannemer om alleen de coördinatie van de opdracht te behouden.

§ 2. Onverminderd artikel 2, § 3*bis*, van de wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid, wordt de keten van onderaanneming voor de opdrachten in een fraudegevoelige sector die worden geplaatst door aanbestedende overheden als volgt beperkt:

1° als het een opdracht voor werken betreft die volgens zijn aard in een categorie wordt ingedeeld overeenkomstig artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, mag de onderaannemingsketen uit niet meer dan drie niveaus bestaan, te weten de rechtstreekse onderaannemer van de opdrachtnemer, de onderaannemer van het tweede niveau en de onderaannemer van het derde niveau;

2° als het een opdracht voor werken betreft die volgens zijn aard in een ondercategorie wordt ingedeeld overeenkomstig artikel 4 van het voormelde koninklijk besluit van 26 september 1991, mag de onderaannemingsketen uit niet meer dan twee niveaus bestaan, te weten de rechtstreekse onderaannemer van de opdrachtnemer en de onderaannemer van het tweede niveau;

3° als het een opdracht voor diensten betreft in een fraudegevoelige sector mag de onderaannemingsketen uit niet meer dan twee niveaus bestaan, te weten de rechtstreekse onderaannemer van de opdrachtnemer en de onderaannemer van het tweede niveau.

(…)"

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens" in het ontworpen artikel 30*quinquies*, § 8, twaalfde lid, moet worden weggelaten.[42]

20.1. Gevraagd of het ontworpen artikel 30*quinquies*, § 8, dertiende lid, op grond waarvan de Koning de voorwaarden en de nadere regels bepaalt waaronder de gegevens in de betrokken gegevensbank kunnen worden geraadpleegd en rechtgezet, het enige onderdeel van die regeling is waarin de toegang tot die gegevens wordt geregeld, verklaarde de gemachtigde het volgende:

> "Klopt. Na contact met de Gegevensbeschermingsautoriteit blijkt het aangewezen om de toegang tot de gegevensbank te beperken. Hiertoe dient artikel 12 van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders te worden aangevuld met een paragraaf die de raadpleging van de gegevensbanken die de RSZ ter beschikking stelt om na te gaan of er een inhoudingsplicht op facturen geldt, te beperken tot die personen die hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld in de zin van de bepalingen van deze wet van 27 juni 1969 (naar analogie met de bepalingen in het bij dit voorontwerp voorziene artikel 35/15, § 3)."

Een dergelijke aanvulling is inderdaad noodzakelijk. 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, immers 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.[43] Eén van de "essentiële elementen" van de verwerking van persoonsgegevens die in de wet zelf moet worden vastgelegd, is volgens zowel de afdeling Wetgeving als het Grondwettelijk Hof de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens.[44]

Bijgevolg moet de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens inderdaad door de wetgever zelf worden geregeld in de ontworpen bepaling.

20.2. Wat de inhoudelijke regeling inzake de toegang betreft, kan worden verwezen naar hetgeen hierboven is opgemerkt onder randnummer 16.1.

---

[42] Vgl. met artikel 45 van het voorontwerp, waarover in de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat "[w]at betreft de mededeling van informatie aan buitenlandse (buiten de EU) inspectiediensten (…) hoofdstuk 5 van de algemene verordening gegevensbescherming van toepassing" is.

[43] 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.

[44] 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; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2; GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.74.1; GwH 17 mei 2023, nr. 75/2023, B.55.2.1.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Artikel 60

21. In het algemeen deel van de memorie van toelichting wordt het volgende opgemerkt over artikel 60, 1°, van het voorontwerp:

> "De artikelen van titel 4 bepalen dat publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals een gemeente (met uitzondering van intercommunales), een federale overheidsdienst (FOD), een programmatorische openbare dienst (POD), een wetenschappelijke instelling of een federaal openbaar nutsbedrijf, uitgesloten zijn van deze aangifteverplichting."

In de artikelsgewijze bespreking wordt over artikel 60 onder meer het volgende opgemerkt:

> "Dit artikel verduidelijkt de bepaling met betrekking tot de actoren die worden gelijkgesteld met de aanmeldende aannemer door bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen en bepaalde activiteiten van de genoemde gelijkstelling bedoeld in punt b) van artikel 30bis, § 7, vijfde lid, uit te sluiten."

Aan de gemachtigde werd gevraagd om de concrete afbakening van de ontworpen uitzondering toe te lichten. Zo rijst onder meer de vraag waarom intercommunales worden uitgesloten, terwijl zij soms dezelfde taken verrichten als gemeenten, die wel in de ontworpen bepaling worden vermeld. Omgekeerd lijken verzelfstandigde entiteiten van de deelgebieden niet van de uitzondering te kunnen genieten, terwijl wel wordt verwezen naar "de federale instellingen van openbaar nut".

De gemachtigde verklaarde hieromtrent het volgende:

> "Afin de répondre à la remarque émise la rédaction suivante pourrait être plus adéquate:
>
> 'à l'exception des personnes morales de droit public qui n'exercent aucune activité économique' et en néerlandais 'met uitzondering van de publiekrechtelijke rechtspersonen die geen enkele economische activiteit uitoefenen,' Cela permettrait à la fois de rencontrer la question relative au caractère limitatif de l'exception – notamment vis-à-vis du fait que seules des institutions issues du fédéral sont prises en compte – et de clarifier la question des intercommunales au regard de leur activité économique ou non."

Het is evenwel niet zeker dat de door de gemachtigde voorgestelde algemene omschrijving, in het bijzonder de voorwaarde dat de betrokken publieke rechtspersonen geen enkele economische activiteit uitoefenen, voldoende duidelijk en rechtszeker is en daarentegen niet tot gevolg heeft dat sommige overheden die momenteel in de tekst worden uitgezonderd in bepaalde gevallen toch niet zullen worden gelijkgesteld met een aannemer. Het verdient aanbeveling om de bepaling aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

*

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, 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 contient diverses mesures de lutte contre la fraude sociale, en particulier dans le secteur du déménagement et, accessoirement, également dans le secteur de la construction et dans l'industrie de la viande.

2.2. Outre les dispositions générales et techniques des titres 1 et 2, l'avant-projet comporte une série de règles sur le fond relatives à la lutte contre la fraude fiscale. Ainsi, le titre 2, chapitre 4, règle l'organisation de la chaîne de sous-traitance pour des activités du secteur de la construction, de l'industrie de la viande et du secteur du déménagement. Selon l'article 6 de l'avant-projet, il est interdit à un sous-traitant dans les secteurs cités de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité de l'exécution du contrat qu'il a conclu avec son cocontractant ou de conserver uniquement la coordination de l'exécution du contrat. L'article 7 prévoit, pour le seul secteur du déménagement, la restriction complémentaire selon laquelle la chaîne de sous-traitance ne peut pas comporter plus de trois niveaux.

Le chapitre 5 insère dans le chapitre VI/1 de la loi du 12 avril 1965 'concernant la protection de la rémunération des travailleurs' une nouvelle section 1re/1 qui règle la responsabilité solidaire en cas d'activités dans le secteur du déménagement. Ce dispositif prévoit notamment l'obligation pour le donneur d'ordre, l'entrepreneur ou l'entrepreneur intermédiaire de retenir un pourcentage du montant de la facture et de le verser au Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises, visé à l'article 27 de la loi du 26 juin 2002 'relative aux fermetures d'entreprises', lorsque l'entrepreneur ou le sous-traitant est inscrit dans une banque de données en matière de dettes salariales, à créer.

Le chapitre 6 vise à modifier la loi du 26 juin 2002 afin de créer une base légale pour les missions confiées au Fonds dans le cadre du chapitre précédent.

Le chapitre 7 modifie le Code pénal social. L'article 24 insère un nouvel article 49/4 concernant la notification écrite de l'introduction des données d'identification dans la banque de données en matière de dettes salariales, évoquée ci-dessus. Les articles 25 à 32 insèrent des dispositions pénales concernant la méconnaissance de dispositions insérées par le chapitre 5. Les articles 33 à 35 insèrent des dispositions pénales relatives à l'organisation de la sous-traitance, tant dans le cadre de marchés publics qu'en dehors de ceux-ci.

Le chapitre 8 contient l'article 36, lequel règle l'entrée en vigueur des différentes subdivisions du titre 2.

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

‡LW-BHEYOEDAJ-HFFHFVT‡

2.3. Le titre 3 instaure des mesures complémentaires s'appliquant uniquement aux activités de déménagement.

Ainsi, le chapitre 1 règle l'enregistrement des présences pour les activités de déménagement. Le chapitre 2 insère un nouvel article 30*quinquies* dans la loi du 27 juin 1969 'révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs', lequel règle la responsabilité solidaire pour les cotisations sociales dans le secteur du déménagement. L'article 59 (chapitre 3) fixe l'entrée en vigueur des deux chapitres au 1er janvier 2025.

2.4. Le titre 4 contient une modification de l'article 30*bis*, § 7, alinéa 5, de la loi du 27 juin 1969 (article 60), qui produit ses effets le 1er avril 2022 (article 61).

FORMALITÉS PRÉALABLES

3. Il ressort de la notification du Conseil des ministres du 5 février 2024 et de la note au Conseil des ministres à laquelle se réfère cette notification, que les avis du Conseil national du travail, de l'Autorité de protection des données et du Conseil consultatif du droit pénal social ont été recueillis.

Si l'obtention des avis susmentionnés devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État [2], les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1er, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Les diverses mesures prévues aux titres 2 et 3 pour lutter contre la fraude sociale ne s'appliquent qu'à l'égard d'un seul ou de quelques secteurs économiques.

Bien que la limitation du champ d'application puisse être pertinente pour apprécier le caractère proportionné des mesures au sens de la libre circulation en droit européen (voir point 10.3.2), la différence de traitement qui en découle doit pouvoir se justifier au regard des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution, compte tenu, certes, du large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur dans les matières socio-économiques.

Ces principes n'excluent pas qu'une différence de traitement soit instaurée entre entrepreneurs, sous-traitants, entrepreneurs intermédiaires, employeurs et travailleurs selon le secteur dans lequel ils effectuent leurs activités, pour autant que cette différence repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit

[2] À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

‡LW-BHEYOEDAJ-HFFHFVT‡

s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure concernée 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.

L'appréciation de la compatibilité de la limitation du champ d'application des différentes mesures dépend d'éléments de fait dont ne dispose pas la section de législation. Il serait ainsi pertinent de savoir si des problèmes similaires de fraude sociale se posent dans d'autres secteurs et si l'approche décrite dans l'avant-projet à l'examen serait également efficace et nécessaire dans ce cadre pour lutter contre ces problèmes.

Il est recommandé de faire figurer une justification à ce propos dans l'exposé des motifs.

5.1. En ce qui concerne les définitions mentionnées dans l'avant-projet, notamment celles concernant le secteur du déménagement, il convient de formuler les observations suivantes.

L'article 3, 3°, de l'avant-projet définit « activités dans le secteur du déménagement » comme « les activités défini[e]s à l'article 4/2, alinéa 1er, 2 et 3, de l'arrêté royal du 22 janvier 2010 instituant des Sous-commissions paritaires du transport et de la logistique et fixant leur dénomination et leur compétence ainsi que les activités exercées dans le cadre des activités précitées avec des appareils de levage ou de manutention de toute nature et qui font l'objet d'une déclaration en application de l'article 30*quinquies*, § 8, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ».

L'article 35/6/6, § 1er, 1°, en projet (article 9 de l'avant-projet) et l'article 35/14, 1°, en projet (article 19 de l'avant-projet) de la loi du 12 avril 1965 comportent la même définition.

5.2.1. Pour l'application du chapitre 1 du titre 3, l'article 37, 2°, de l'avant-projet définit aussi la notion d'« activités de déménagement » en recourant à la même description.

L'article 38, alinéa 2, prévoit que le chapitre s'applique « aux lieux de travail où sont effectuées des activités de déménagement qui font l'objet d'une déclaration en application de l'article 30*quinquies*, § 8, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ».

À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Aangezien het begrip 'verhuisactiviteiten' wordt gedefinieerd in artikel 37, 2° kan de verwijzing naar 'de verklaring in toepassing van artikel 30quinquies' in artikel 38, tweede lid weggelaten worden. Artikel 38, tweede lid luidt dan als volgt : 'Dit hoofdstuk is van toepassing op de arbeidsplaatsen waar verhuisactiviteiten worden uitgevoerd' ».

5.2.2. L'article 30*quinquies*, § 1er, 1°, en projet, de la loi du 27 juin 1969 (article 58 de l'avant-projet) définit la notion d'« activités » comme « les activités visées à l'article 37, 2°, » de la loi à adopter. L'article 30*quinquies*, § 8, en projet contient l'obligation d'enregistrement « [p]our les activités visées au § 1er, 1°, [...] avant de commencer les activités ».

À la question de savoir si la référence (indirecte) de l'article 30*quinquies*, § 8, de la loi du 27 juin 1969 à l'article 37, 2°, de l'avant-projet et la référence de l'article 37, 2°, de

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

l'avant-projet à la déclaration en application de l'article 30*quinquies*, § 8, de la loi du 27 juin 1969 ne conduit pas à un raisonnement circulaire, le délégué a donné la réponse suivante :

« Il faut partir de l'article 58 de l'avant-projet qui insère un article 30quinquies dans la loi du 27 juin 1969 : en son § 8 il vise l'obligation de déclaration à l'ONSS des activités qui entrent dans le champ d'application de la mesure. Celles- ci sont de deux types :

- *'les activités définis à l'article 4/2, alinéa 1er, 2 et 3, de l'arrêté royal du 22 janvier 2010 instituant des Sous-commissions paritaires du transport et de la logistique et fixant leur dénomination et leur compétence*.' Il s'agit donc d'une définition par renvoi au champ d'application à la sous-commission paritaire 140.05

- *'ainsi que les activités exercées dans le cadre des activités précitées avec des appareils de levage ou de manutention de toute nature*.' Cet ajout se justifie par le fait que les partenaires sociaux ont constaté sur le terrain que lesdites activités n'étaient pas toujours considérées (à tort ou à raison) comme '*des manipulations spécifiques telles que protéger, emballer, déballer, démonter, charger, décharger, monter, conserver, installer ou placer, si nécessaire au moyen d'engins de levage ou d'élévateurs de toute nature*.' [art. 4/2, al. 3, de l'arrêté royal précité du 22 janvier 2010.

Sont donc soumises à obligation d'enregistrement des présences ces deux types d'activités (cfr. Art. 37 de l'avant-projet de loi). Vu qu'il est techniquement impossible d'enregistrer des présences sans qu'une déclaration des activités soit faite, il est nécessaire de renvoyer au fait que la déclaration de l'activité a été fait conformément à l'article 30quinquies, § 8.

En ce qui concerne la rédaction du champ d'application de l'article 30quinquies, § 1er, 1° (art. 58) celle-ci ne devrait pas se faire par renvoi à l'article 37 de la loi du XX XX 2024 mais bien énumérer les activités en question :

'*les activités définis à l'article 4/2, alinéa 1er, 2 et 3, de l'arrêté royal du 22 janvier 2010 instituant des Sous-commissions paritaires du transport et de la logistique et fixant leur dénomination et leur compétence ainsi que les activités exercées dans le cadre des activités précitées avec des appareils de levage ou de manutention de toute nature*.' Cet ajout se justifie par le fait que les partenaires sociaux ont constaté sur le terrain que lesdites activités n'étaient pas toujours considérées (à tort ou à raison) comme '*des manipulations spécifiques telles que protéger, emballer, déballer, démonter, charger, décharger, monter, conserver, installer ou placer, si nécessaire au moyen d'engins de levage ou d'élévateurs de toute nature*.'

A défaut on tourne en rond dans le § 8 de l'article 30quinquies précité.

In artikel 3, 3°, in artikel 9 ('ontwerp van artikel 35/6/6 §1, 1°') en in artikel 19 ('ontwerp van artikel 35/14, 1°') van het voorontwerp, kan het laatste deel van de laatste zin 'en die onderworpen zijn aan een verklaring bedoeld in het ontworpen artikel 30*quinquies*, § 8, van de wet van 27 juni 1969…' wegvallen aangezien deze voorwaarde sowieso vereist is voor de verhuisactiviteiten ingevolge artikel 30quinquies van voornoemde wet van 27 juni 1969.

We merken nog op dat in het Nederlands de vertaling van het woord 'manutention' ontbreekt. Dit kan op volgende manier worden aangepast:

Na het woord 'hef- of hijsmiddelen' worden de woorden 'of goederenbehandeling van allerlei aard' toegevoegd ».

5.3. On peut marquer son accord sur les adaptations précitées.

‡LW-BHEYOEDAJ-HFFHFVT‡

INTITULÉ

6. Selon les principes de légistique, l'intitulé d'un texte normatif doit être clair, précis, complet et concis [3] et il faut s'efforcer de trouver un point d'équilibre entre les exigences de précision, de complétude et de concision [4]. En l'occurrence, l'intitulé – succinct – donne à penser que l'avant-projet contient des mesures générales de lutte contre la fraude sociale, alors qu'en réalité, les mesures s'adressent à un nombre limité de secteurs. Il est recommandé de formuler avec plus de précision la portée réelle de l'avant-projet dans l'intitulé et d'indiquer à tout le moins qu'il s'agit de mesures de lutte contre la fraude sociale « dans certains secteurs économiques ».

OBSERVATIONS PAR ARTICLE

Articles 3 et 5

7. L'article 3 de l'avant-projet comporte des définitions « [p]our l'application des chapitres 1 à 4, 7 et 8 ». L'article 5 détermine le champ d'application des « chapitres 1 à 4, 7 et 8 ».

Toutefois, le chapitre 7 contient uniquement des dispositions qui modifient des dispositions du Code pénal social. Il est inutile d'établir dans des dispositions autonomes, d'une part, des définitions qui s'appliquent à des dispositions modificatives et, d'autre part, le champ d'application de dispositions modificatives. En effet, les définitions qui s'appliquent à la norme modifiée valent pour les dispositions modifiées et le champ d'application des dispositions modifiées découlera du champ d'application de la norme modifiée. Il faut donc omettre les références au chapitre 7 dans les articles 3 et 5.

Article 4

8. L'article 4 de l'avant-projet se borne à indiquer l'objectif de la loi à adopter [5]. Pareille disposition est dépourvue de force normative et doit dès lors être omise de l'avant-projet. L'objectif du dispositif en projet peut, le cas échéant, être mentionné dans l'exposé des motifs.

Articles 6 et 7

9.1. Les articles 6 et 7 de l'avant-projet comportent des restrictions à la possibilité de faire appel à des sous-traitants.

L'article 6 contient à cet égard plus spécifiquement une interdiction pour un sous-traitant de sous-traiter la totalité de l'exécution d'un contrat ou de conserver uniquement la coordination de l'exécution du contrat. Cette disposition s'applique aux activités mentionnées à

[3] *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation 14, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

[4] *Ibid.*, numéro 14.3.

[5] La description de cet objectif paraît d'ailleurs concerner principalement le titre 2 dont fait partie l'article 4.

‡LW-BHEYOEDAJ-HFFHFVT‡

l'article 5, à savoir les activités dans le domaine de la construction, dans l'industrie de la viande et dans le secteur du déménagement.

L'interdiction contenue dans la première phrase de l'article 6 concerne la sous-traitance de la totalité de l'exécution du contrat « à un autre sous-traitant ». Interrogé sur le point de savoir si cette interdiction concerne aussi la sous-traitance de la totalité de l'exécution du contrat à *plusieurs* sous-traitants, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « L'article 6 prévoit l'interdiction pour le sous-traitant direct de l'entrepreneur principal de sous-traiter à son tour la totalité de l'exécution du contrat qui lui a été confié par l'entrepreneur principal. Le nombre de sous-traitants du sous-traitant direct importe peu ».

Sans préjudice des observations formulées ci-après, il est recommandé de mieux exprimer cette portée dans l'article 6 de l'avant-projet.

9.2. En ce qui concerne l'étendue abstraite de la partie du contrat que le sous-traitant doit lui-même exécuter et qui ne peut être sous-traitée, le délégué a fourni les précisions suivantes :

> « L'avant-projet de loi (…) ne contient pas d'obligation d'exécuter soi-même une partie déterminée in abstracto.
>
> L'article 6 prévoit l'interdiction pour le sous-traitant direct de l'entrepreneur principal de sous-traiter la totalité de l'exécution du contrat qui lui a été confié.
>
> Il suffit en effet que le sous-traitant se charge lui-même de l'exécution d'une petite partie du contrat qui lui est confié (par exemple 1 % qui ne consiste pas uniquement en une coordination), et sous-traite le reste de ce contrat (…) ».

Mieux vaudrait intégrer ces précisions dans l'exposé des motifs.

9.3.1. En outre, il faut constater que l'interdiction contenue à l'article 6 vaut uniquement pour les sous-traitants et non pour l'entrepreneur principal d'un contrat, ce qui constitue une différence de traitement.

Pour cette différence de traitement également, il faut examiner si les conditions formulées dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sont remplies, ainsi qu'il a été rappelé au point 4.

9.3.2. Concernant la différence de traitement, l'exposé des motifs mentionne ce qui suit :

> « L'entrepreneur se trouve dans une position tout autre qu'un sous-traitant. Si l'interdiction de sous-traiter l'ensemble de l'exécution du contrat conclu avec le donneur d'ordre était étendue à l'entrepreneur, ce dernier pourrait être tenté d'accepter moins de contrats en même temps. En effet, il pourrait éprouver des difficultés à les exécuter simultanément, sachant qu'il ne pourra pas en sous-traiter la totalité. Une extension de l'interdiction à l'entrepreneur pourrait donc entraver la concurrence. En l'espèce, il n'est aucunement interdit à l'entrepreneur de faire appel à la sous-traitance pour l'exécution de l'ensemble du contrat. Il ne lui est pas plus interdit de multiplier les sous-traitances horizontales. Les mesures projetées ne constituent donc pas un obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises aux contrats de sous-traitance ».

‡LW-BHEYOEDAJ-HEFHFVT‡

Invité à fournir de plus amples explications sur la différence entre l'entrepreneur principal et un de ses sous-traitants, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Il ne s'agit pas de catégorie de personnes comparables.
>
> L'entrepreneur principal est responsable envers son donneur d'ordre de la totalité de l'exécution du marché. S'il peut avoir une vue complète sur ses sous-traitants directs. Il n'en est pas ainsi des sous-traitants de ses propres sous-traitants.
>
> Il peut en effet s'avérer parfois compliqué pour l'entrepreneur principal d'identifier le rôle et les responsabilités de chacun des sous-traitants, malgré le fait qu'il demeure in fine responsable de la bonne exécution du contrat conclu avec le donneur d'ordre.
>
> Par ailleurs, le sous-traitant direct de l'entrepreneur principal peut également sous-traiter la quasi-totalité de l'exécution du contrat qu'il a conclu avec l'entrepreneur principal ».

La différence est donc fondée sur l'impossibilité de comparer les cas à l'examen, et également à la lumière de la proportionnalité de l'ensemble du dispositif en projet, ce qui est abordé plus en détail au point 10.3.2.

10.1. L'article 7, qui s'applique spécifiquement au secteur du déménagement, interdit les chaînes de sous-traitance de plus de trois niveaux [6], interdiction qu'il convient de considérer au regard du principe de libre circulation des services, tel que consacré par l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

À cet égard, il y a lieu d'observer qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le TFUE ne peuvent être admises que si elles remplissent quatre conditions : (1) elles doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, (2) elles doivent se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, (3) elles doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et, (4) elles ne peuvent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre [7].

10.2. En ce qui concerne l'objectif, il ressort de l'intitulé de l'avant-projet et plus encore de l'exposé des motifs que les mesures en projet s'inscrivent notamment dans le cadre de « la lutte contre le dumping social et la traite des êtres humains (l'exploitation économique) ». L'article 4 de l'avant-projet prévoit que la loi à adopter a pour finalité de « renforcer la lutte contre le dumping social et la traite des êtres humains, promouvoir une concurrence loyale entre les entreprises et renforcer la sécurité juridique quant au respect des conditions salariales et de travail en cas de sous-traitance » [8].

10.3.1.1. Pour l'examen de la proportionnalité, il est souligné que les dispositions en projet, comme l'indique l'exposé des motifs, « sont fortement inspirées de l'article 12/3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés [publics] ».

[6] En vertu de l'article 7, alinéa 3, le Roi peut, après avis de la (sous-)commission paritaire compétente, réduire encore le nombre de niveaux de la chaîne de sous-traitance.

[7] C.J.U.E., 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard*, point 37.

[8] Voir toutefois à propos de cette disposition le point 8.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

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

Dans l'avis 61.030/1 du 23 mars 2017 sur un projet devenu l'arrêté royal du 22 juin 2017, la section de législation s'est interrogée sur la compatibilité des limitations en termes de sous-traitance avec les directives 2014/24/UE [9] et 2014/25/UE [10] ainsi qu'avec le droit de l'Union européenne au sens large. Compte tenu des doutes émis à cet égard, il a été conseillé de « situer plus clairement [les dispositions en projet] par rapport aux dispositions de la directive correspondantes et d'indiquer par ailleurs pourquoi la disposition en projet peut être réputée faire suffisamment droit à l'exigence de proportionnalité ». En ce qui concerne ce dernier point, la section de législation avait en effet observé que s'il est admis que la lutte contre le dumping social constitue un objectif défendable, la question se pose néanmoins de savoir si la mesure en projet répond effectivement à l'exigence de proportionnalité et si elle est efficace [11].

Ces observations ont été rappelées dans l'avis 61.559/1 du 13 juin 2017 sur un projet devenu l'arrêté royal du 25 juin 2017 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession', qui contenait des dispositions similaires concernant la sous-traitance. Cet avis faisait en outre référence à l'arrêt *Borta* de la Cour du justice du 5 avril 2017, prononcé depuis, dans lequel il a également été jugé que certaines limitations à la sous-traitance étaient incompatibles avec le droit de l'UE [12]. Il était question de l'obligation résultant du droit national selon laquelle l'adjudicataire est tenu de réaliser lui-même les travaux principaux, définis comme tels par l'entité adjudicatrice. La Cour a estimé que cette mesure va au-delà de ce qui est nécessaire, notamment parce que l'interdiction relative à la sous-traitance s'applique « quels que soient le secteur économique concerné par le marché en cause, la nature des travaux ainsi que les qualifications des sous-traitants » [13].

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

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

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

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

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

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

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

disproportionnée, compte tenu également de son applicabilité quel que soit le secteur économique [14].

Dans l'avis 72.429/1 du 23 août 2023, la section de législation a rappelé les avis et arrêts précités et conclu qu'une proposition sur la base de laquelle la limitation, contenue à l'article 12/3, § 1er, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, du nombre de niveaux de la chaîne de sous-traitance, qui est comparable à celle de l'article 7 de l'avant-projet, ne concernerait plus uniquement les « secteurs sensibles à la fraude », devait en conséquence « être soumis[e] à un examen complémentaire approfondi » [15].

10.3.1.2. Contrairement à ce qui était le cas dans les avis et arrêts précités, le champ d'application des articles 5 et 6 de l'avant-projet n'est pas limité à l'exécution de marchés publics, mais ils n'en sont pas non plus exclus.

Dans les arrêts *Vitali SpA* et *Tedeschi Srl e.a.*, la Cour de justice a considéré que la directive applicable en matière de marchés publics « envisage expressément [...] la possibilité, pour les soumissionnaires, d'avoir recours, sous certaines conditions, aux capacités d'autres entités pour satisfaire à certains critères de sélection des opérateurs économiques » [16] et cette directive constituait aussi le cadre dans lequel il a été répondu aux questions préjudicielles.

Dans l'arrêt *Borta*, la Cour de justice a en revanche répondu à la question préjudicielle portant sur l'obligation qu' « [e]n cas de recours à des sous-traitants pour exécuter un marché public de travaux, l'adjudicataire est tenu de réaliser les travaux principaux, tels que définis par le pouvoir adjudicateur », uniquement sur la base des articles 49 et 56 du TFUE [17]. Ces dispositions s'opposent à toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services [18]. Une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, consacrées par les articles 49 et 56 du TFUE peut « être justifiée dans la mesure où elle poursuit un objectif légitime d'intérêt général et pour autant qu'elle respecte le principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elle soit propre à garantir la réalisation de cet objectif et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin » [19].

10.3.2. Bien que dans toutes ces affaires, les restrictions concernées aient été jugées contraires au droit de l'Union et que le délégué ait déclaré ne pas avoir connaissance d'arrêts dans lesquels des restrictions similaires en matière de sous-traitance ont été jugées conciliables avec le

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

[15] Avis C.E. 72.429/1 du 23 août 2023 sur une proposition de loi 'contenant des dispositions contre le dumping social', observation 7.2 (*Doc. parl.*, Chambre, 2019, n° 55-0122/004).

[16] C.J.U.E., 26 septembre 2019, C-63/18, *Vitali SpA*, ECLI:EU:C:2019:787, point 24. Dans le même sens, sur la directive précédente en la matière : C.J.U.E., 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl e.a.*, ECLI:EU:C:2019:1023, point 36.

[17] C.J.U.E., 5 avril 2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266, point 46.

[18] C.J.U.E., 5 avril 2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266, point 47.

[19] C.J.U.E., 5 avril 2017, C-298/15, *Borta UAB*, ECLI:EU:C:2017:266, point 51.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

droit de l'Union, il est possible d'observer ce qui suit concernant les dispositions actuellement à l'examen.

En ce qui concerne la proportionnalité des mesures en projet, il y a lieu de constater en premier lieu qu'elles ne s'appliquent qu'à l'égard d'un certain nombre de secteurs spécifiques. Pareille délimitation peut en effet favoriser la proportionnalité des mesures [20].

Même si l'exposé des motifs se réfère à des textes relatifs à certains de ces secteurs, il est recommandé de le compléter en justifiant plus concrètement la nécessité et la pertinence des mesures en projet à l'égard des secteurs spécifiques auxquels s'appliqueront les articles 6 et 7 [21].

En outre, il convient de relever que la limitation de l'interdiction de l'article 6, examinée aux points 9.3.1 à 9.3.3, à savoir celle selon laquelle l'interdiction vaut pour les sous-traitants et non pour l'entrepreneur principal d'un contrat, paraît générer un effet positif sur le caractère proportionné de l'ensemble du contrat. Selon l'exposé des motifs, l'objectif poursuivi est d'entraver le moins possible la concurrence.

L'interdiction faite au sous-traitant de sous-traiter à son tour l'exécution du marché est également plus limitée en termes quantitatifs que dans les cas pour lesquels la Cour de justice a conclu à une incompatibilité avec le droit de l'Union. Ainsi qu'il s'est avéré ci-dessus, le sous-traitant peut toujours sous-traiter une partie importante du contrat (point 9.2).

À ce propos, l'exposé des motifs observe encore ce qui suit :

> « Ainsi, l'interdiction, dans le chef du sous-traitant, de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié n'est pas du tout rigide et ne constitue donc pas une réelle entrave. Il suffit en effet que le sous-traitant se charge lui-même de l'exécution d'une petite partie du marché qui lui a été confié pour ensuite sous-traiter le reste à un autre sous-traitant. On a estimé qu'une telle interdiction aura tout de même une conséquence importante : le sous-traitant doit être conscient qu'il devra exécuter lui-même une partie du marché. Ainsi, la création de cascades interminables est contrée ».

Par ailleurs, l'exposé des motifs observe encore ce qui suit :

> « Le respect de l'exigence de proportionnalité ressort également du fait qu'il impose dans le chef de l'entrepreneur de vérifier le respect de la règlementation sociale et du travail par l'ensemble des sous-traitants, même indirects (dont, souvent il n'a même pas connaissance), prévoir des mesures en matière de responsabilité solidaire comme au chapitre 5 du présent projet de loi, procéder à, voire même renforcer, des contrôles par les services d'inspection sociales [lire : sociale] ne suffisent pas en soi comme mesures préventives pour avoir l'effet escompté ».

Concernant la position selon laquelle ces mesures sont en soi insuffisantes, le délégué a fourni le commentaire suivant :

> « En effet, une telle vérification augmente significativement les charges administratives de l'entrepreneur. Si aucune limitation supplémentaire de la chaîne de sous-traitance n'est opérée, de longues chaînes de sous-traitance, non transparentes et

[20] Comp. avec C.J.U.E., 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl e.a.*, ECLI :EU :C :2019 :1023, point 47.

[21] Voir aussi, au sujet du champ d'application, l'observation formulée au point 4.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

incontrôlables resteront parfaitement possibles, risquant de compromettre au final l'objectif poursuivi. La présence d'une chaîne de sous-traitance trop longue rend difficiles, voire inopérants les contrôles effectués par les services d'inspection sociale, empêchant de ce fait la lutte contre le dumping social et la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Les services d'inspection sociale ne pourront intervenir qu'a posteriori, que lorsqu'un travailleur ose se plaindre ou lorsque des accidents se seront produits.

Si aucune limitation supplémentaire de la chaîne de sous-traitance n'est opérée, de longues chaînes de sous-traitance resteront parfaitement possibles, ce qui risque de rendre les charges administratives ingérables et de compromettre au final l'effectivité de la mesure. En cas de trop longue chaîne de sous-traitance, les services d'inspection ne pourront intervenir de facto que lorsque des irrégularités sont déjà constatées ».

Il est recommandé d'insérer la justification à ce sujet dans l'exposé des motifs.

10.4. Au regard de ces éléments et sous réserve des suggestions visant à expliquer ou clarifier certaines questions, il y a lieu de constater que les dispositions en projet diffèrent en plusieurs points des dispositifs que la Cour de justice a jugés contraires au droit de l'Union, et que ces différences renforcent le caractère proportionné de ces mesures. En définitive, il reviendra à la Cour de justice de se prononcer sur la compatibilité de ces mesures avec le droit de l'Union.

10.5. Le dispositif en projet, qui limite le nombre de chaînes de sous-traitance dans le secteur du déménagement, doit également être examiné au regard de la liberté d'entreprendre, qui est notamment consacrée par l'article II.3 du Code de droit économique et par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour constitutionnelle a déjà observé que la liberté d'entreprendre ne peut être conçue comme une liberté absolue et qu'elle ne fait pas obstacle à ce que le législateur règle l'activité économique des personnes et des entreprises. Selon la Cour, le législateur compétent n'interviendrait de manière déraisonnable que s'il limitait la liberté d'entreprendre sans aucune nécessité ou si cette limitation était disproportionnée au but poursuivi [22].

Les considérations émises aux points 10.1 à 10.4 concernant le but et la proportionnalité sont également pertinentes ici et ne conduisent pas à une conclusion différente.

11. Sans préjudice de l'observation précédente, il est en tout état de cause recommandé de régler plus clairement l'articulation entre les articles 6 et 7 de l'avant-projet et l'article 12/3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. En effet, l'application de ces dispositions de l'avant-projet n'est pas limitée aux contrats établis en dehors du cadre d'un marché public. Inversement, l'article 12/3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 peut trouver à s'appliquer à l'égard des activités auxquelles les dispositions en projet sont applicables.

Cette observation s'applique par analogie à l'égard de l'article 53 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession'.

[22] C.C., 16 décembre 2021, n° 183/2021, B.7.1-B.7.3.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

12. Dès lors que le Code des sociétés et des associations ne mentionne plus la société momentanée, mais bien la société simple comme seule forme de société sans personnalité juridique, on écrira, à l'article 7, alinéa 4, 1°, de l'avant-projet, comme le délégué l'a d'ailleurs lui-même indiqué, « sociétés simples momentanées » au lieu de « sociétés momentanées ».

Titre 2, chapitre 5 (articles 8 à 20)

13.1. Le chapitre 5 du titre 2 de l'avant-projet insère dans la loi du 12 avril 1965 'concernant la protection de la rémunération des travailleurs' un régime relatif à la responsabilité solidaire en cas d'activités dans le secteur du déménagement.

Selon l'exposé des motifs, ce régime constitue une transposition partielle de la directive 2014/67/UE [23], et plus particulièrement de son article 12 [24].

13.2. Dans l'avis 59.673/1/V du 29 juillet 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 11 décembre 2016 'portant diverses dispositions concernant le détachement de travailleurs', la section de législation a notamment formulé les observations suivantes en ce qui concerne le régime alors en projet en matière de responsabilité solidaire dans le secteur de la construction contenu dans le chapitre VI/1, section 1re/1, de la loi du 12 avril 1965 [25] :

> « 6. Le système en projet, qui vise à instaurer un régime particulier portant exclusivement sur la responsabilité solidaire du contractant direct en cas d'activités dans le domaine de la construction, *ne* concerne *pas* uniquement les travailleurs détachés au sens de la directive 96/71/CE, de sorte qu'ainsi compris (du moins pour le domaine de la construction), il a une portée générale. Le régime en projet est en principe compatible avec l'article 12 de la directive 2014/67/UE. Il convient cependant de formuler un certain nombre d'observations concernant les principes de base du projet. Ces observations ne doivent pas nécessairement donner lieu à des adaptations du projet, mais elles exigent toutefois que, dans ces cas, la justification au moins soit suffisamment renforcée dans l'exposé des motifs.
>
> 7. Il faut préciser en premier lieu que le régime inscrit à l'article 35/6/3, § 1er, en projet, de la loi sur la protection de la rémunération n'est pas imposé par la directive. En effet, l'article 12, paragraphe 1, de la directive permet – mais n'impose pas, compte tenu de l'utilisation du mot 'peuvent' – que les États membres instaurent un régime de responsabilité solidaire pour le donneur d'ordre pour toutes les formes de détachement au sens de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 96/71/CE. Au demeurant, un système prévoyant un régime de responsabilité solidaire du donneur d'ordre [26] existe déjà en

[23] Directive du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 'relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) no 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »)'.

[24] Sous réserve de l'article 35/6/13, en projet, de la loi du 12 avril 1965 (article 16 de l'avant-projet), qui est lié à l'article 11, paragraphe 3, de la directive 2014/67/UE.

[25] Avis C.E. 59.673/1/V du 29 juillet 2016, obs. 6-11 (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-17, n° 2091/1). Voir également l'avis C.E. 72.429/1 du 23 août 2023, obs. 9.

[26] *Note de bas de page du texte cité* : À vrai dire, le système est même quelque peu plus généreux, en raison de l'ampleur de la rémunération protégée, prévue à l'article 35/1, (§ 1er) 8°, de la loi sur la protection de la rémunération (« la rémunération devenue exigible dès le début de la période de responsabilité solidaire telle que définie dans l'article 35/3, § 4, à l'exception des indemnités auxquelles le travailleur a droit à la suite de la rupture du contrat de travail », ce qui

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Belgique (voir les articles 35/1 à 35/6 de la loi sur la protection de la rémunération). Par contre, la directive impose de prévoir, pour le domaine de la construction ('les activités visées à l'annexe de la directive 96/71/CE'), à l'égard de l'entrepreneur principal dans les chaînes de sous-traitance, un système de responsabilité solidaire analogue pour les travailleurs (détachés) de sous-traitants. C'est ce que réalise l'article 35/6/3, § 2, en projet, de la loi sur la protection de la rémunération.

Il résulte de ce qui précède que le régime (particulier) à l'examen pour le domaine de la construction, du moins en ce qui concerne la responsabilité du donneur d'ordre, n'est pas imposé par la directive et déroge au régime général déjà existant prévu par les articles 35/1 à 35/6 de la loi sur la protection de la rémunération. Ce choix devra par conséquent pouvoir être justifié, tant au regard de la libre circulation des services visée à l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'à la lumière du principe d'égalité consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution. L'exposé des motifs sera complété en ce sens.

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

Il convient de relever plus particulièrement que la définition de 'rémunération due' figurant à l'article 35/6/1, 9°, en projet, de la loi sur la protection de la rémunération paraît plus large que la définition 'toute rémunération nette impayée correspondant aux taux de salaire minimal' inscrite à l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/67/UE. Dès lors que les mots 4salaire minimal4 paraissent renvoyer aux mêmes mots utilisés dans la directive 96/71/CE, les auteurs du projet devront expressément justifier pourquoi la définition de 'rémunération due' choisie en l'espèce, qui se réfère essentiellement au mot rémunération défini à l'article 2 de la loi sur la protection de la rémunération, semble également inclure toute une série d'indemnités qui, dans le cadre de la directive 96/71/CE, ne peuvent pas nécessairement être considérées comme salaire minimal [27]. Dès lors qu'une définition trop large donnée par un État membre à la notion de salaire minimal peut constituer, pour l'application de cette directive, une restriction à la libre circulation [28], il faut justifier pourquoi tel ne serait pas le cas pour la transposition de l'article 12 de la directive 2014/67/UE [29].

9. En outre, il est à noter que le régime en projet s'applique également à l'entreprise et à la sous-traitance dans le domaine de la construction dans des cas où il n'est pas question de détachement. Les auteurs du projet semblent toutefois considérer que c'est le principe de non-discrimination, inscrit à l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/67/UE qui l'impose. Cette approche paraît cependant trop stricte.

---

semble plus étendu que les termes « toute rémunération nette impayée correspondant aux taux de salaire minimal » figurant à l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/67/UE).

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

[28] *Note de bas de page du texte cité :* C.J., 12 février 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto,* points 32-34.

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

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

La version en langue néerlandaise de cette disposition pourrait effectivement être lue en ce sens que la phrase subordonnée 'overeenkomstig het nationale recht en/of de nationale praktijk' porte également sur 'aanvullende maatregelen', ce qui suggérerait en effet que des mesures ne peuvent être prises à l'égard de travailleurs détachés que s'il existe également des mesures similaires pour des situations purent internes. Or, cette lecture est contredite notamment par les versions anglaise et française de la directive, l'utilisation des virgules indiquant dans ces versions que cette phrase subordonnée ne porte que sur 'na raadpleging van de sociale partners'.

La responsabilité solidaire devant être l'exception, l'extension à des situations purement internes doit par conséquent, eu égard au principe d'égalité consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, être justifiée sur d'autres motifs. À cet égard, il faut garder à l'esprit que le champ d'application du régime existant, prévu aux articles 35/1 à 35/6 de la loi sur la protection de la rémunération, est également plus étendu, de sorte qu'il faudra justifier pourquoi ce régime déjà existant ne suffit pas pour le domaine de la construction interne.

[…]

11. En quatrième lieu, il peut être admis que les exceptions prévues dans les articles 35/6/3, § 1er, alinéas 2 et 4, et 35/6/3, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi sur la protection de la rémunération, sont en principe compatibles avec la directive 2014/67/UE. Ici aussi, des observations doivent néanmoins être formulées.

[…]

En ce qui concerne l'exception pour les personnes physiques prévue à l'article 35/6/3, § 1er, alinéa 4, en projet, de la loi sur la protection de la rémunération, il y a lieu d'observer que celle-ci n'est compatible avec la directive que parce que - contrairement à ce que soutient l'exposé des motifs – l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/67/UE ne comporte aucune obligation. La *ratio legis* de cette disposition doit cependant être expressément justifiée dans l'exposé des motifs au regard du principe de non-discrimination, inscrit tant dans les articles 10 et 11 de la Constitution que dans l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/67/UE ».

13.3. Des observations comparables à celles citées doivent être formulées à l'égard du régime inséré par le chapitre 5 du titre 2 de l'avant-projet, qui concerne un autre secteur que celui de la construction et qui contient en outre des éléments particuliers, tels que le régime relatif à la retenue sur factures de certains montants, au versement de ces montants au Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises, qui paie à son tour les travailleurs concernés, et à la banque de données relative aux dettes salariales.

En ce qui concerne l'observation 9 précitée de l'avis 59.673/1/V du 29 juillet 2016, il y a lieu de constater que l'exposé des motifs de l'avant-projet actuellement à l'examen semble adopter un point de départ similaire [30].

[30] À cet égard, l'exposé des motifs indique ce qui suit :

« Comme prévu par l'article 12 de la directive 2014/67/UE, les régimes de responsabilité solidaire mettant en œuvre les principes précités doivent avoir un caractère non discriminatoire. En d'autres termes, de tels régimes de responsabilité solidaire ne peuvent concerner uniquement la rémunération due aux seuls travailleurs détachés mais doivent bénéficier à tous les travailleurs occupés sur le territoire d'un État membre déterminé et qui sont victimes d'un paiement insuffisant de la rémunération qui leur est due (autrement dit, sans distinguer selon que ces travailleurs soient

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

L'article 35/6/8, § 7, en projet, contient une exception similaire à celle faisant l'objet de l'observation 11 citée.

13.4. À la lumière des observations précitées, il est recommandé de soumettre le régime en projet à un examen complémentaire et d'au moins compléter ou modifier l'exposé des motifs.

14. L'article 12, paragraphe 7, de la directive 2014/67/UE requiert des États membres qu'ils « informent la Commission des mesures prises en application du présent article ». Les auteurs de l'avant-projet devront par conséquent notifier à la Commission européenne le régime en projet en matière de responsabilité en cas de sous-traitance, une fois que celui-ci aura été adopté.

Article 11

15.1. L'article 35/6/8, en projet, de la loi du 12 avril 1965 prescrit que le donneur d'ordre, l'entrepreneur ou l'entrepreneur intermédiaire, selon le cas, retiennent dans certains cas des montants sur des factures impayées existantes et des factures futures. Ces montants doivent être versés au Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises. Ensuite, le Fonds paie aux travailleurs concernés les sommes qui leur sont dues.

La disposition en projet contient un régime pour le cas où les montants ont été versés au Fonds, mais, selon le cas, l'entrepreneur, le sous-traitant ou l'entrepreneur intermédiaire a déjà payé tout ou partie de la rémunération due. Dans ces cas-là, le Fonds reverse un montant égal au montant de la rémunération versée par l'entrepreneur concerné à ses travailleurs.

15.2.1. La disposition en projet ne règle toutefois pas la situation dans laquelle est versé au Fonds un montant supérieur à celui qui s'avère nécessaire pour le paiement des sommes dues aux travailleurs. En effet, les montants à retenir et à verser au Fonds sont un pourcentage du montant de la facture, qui ne semble pas être automatiquement inférieur aux montants dus aux travailleurs.

Le délégué a confirmé cette situation comme suit :

« Votre compréhension est correcte.

L'avant-projet de loi ne règle en effet pas actuellement l'hypothèse où le montant des retenues est plus élevé que le montant total des rémunérations impayées à ses travailleurs par le contractant (employeur) dont les données d'identification ont été introduites dans la banque de données dettes salariales.

Cependant, il découle du libellé actuel du projet de loi que l'obligation de versement par le Fonds aux travailleurs des sommes retenues et versées par le responsable solidaire est limitée aux sommes dues à ces mêmes travailleurs. Le Fonds ne peut donc verser aux travailleurs un montant supérieur à ce qui leur est dû.

Par ailleurs et afin de remédier à cette différence éventuelle entre le montant des dettes sociales et le montant des retenues, une adaptation du projet de loi s'inspirant, mutatis mutandis, des mécanismes prévus à l'article 30 quinquies, paragraphe 5 nouveau de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des

des travailleurs détachés dans cet État par un employeur établi dans un autre État ou des travailleurs 'nationaux', occupés de manière permanente dans cet État par leur employeur qui y est établi ou non) ».

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

travailleurs, tel qu'introduit par l'article 58 de l'avant-projet de loi, sera élaborée par les services du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale ».

15.2.2. Il a en outre été demandé au délégué quels sont les effets du régime en projet si le (ou un) paiement par l'entrepreneur à ses travailleurs est effectué peu après le paiement par le Fonds aux travailleurs.

« En ce qui concerne la situation de l'employeur, une telle hypothèse de paiement 'tardif' par l'employeur n'est actuellement pas prévue par l'avant-projet de loi.

Toutefois, une telle hypothèse paraît pouvoir être généralement évitée dans la pratique par le biais de l'adaptation du projet de loi envisagée dans la réponse fournie à votre [précédente] ».

15.2.3. Il est effectivement recommandé de soumettre l'avant-projet à un examen complémentaire sur ces points et de le compléter le cas échéant par des dispositions en la matière.

Article 20

16.1. Le régime en projet repose, entre autres, sur l'existence d'une banque de données sur les dettes salariales, créée et réglée à l'article 35/15, en projet, de la loi du 12 avril 1965.

L'exposé des motifs observe notamment ce qui suit à propos de cette banque de données :

« En effet, la consultation de la base de données des dettes salariales susmentionnée permet à tout entrepreneur de connaître si un autre entrepreneur avec qui il souhaite conclure un contrat figure dans la base de données et les conséquences de la conclusion du contrat.

[…]

La base de données permettra également à un entrepreneur et à un donneur d'ordre, en redescendant la chaîne de sous-traitante [lire : sous-traitance], d'anticiper un éventuel problème de paiement des dettes salariales par un de ses sous-traitant[s] direct[s] ou indirect[s] ».

Dans l'avis 74.803/1-2-3-4, la section de législation a formulé les observations suivantes à propos d'une base de données accessible au public en matière de dettes sociales [31] :

« 2.3. Interrogé quant aux autres garanties offertes afin d'éviter l'utilisation abusive des données contenues dans cette banque de données, le délégué a répondu :

'De databank, een webservice, wordt 'secure by design'-ontwikkeld door het RSVZ. De fluxen worden binnen de E-GOV 3.0 (een uniek sociaal zekerheidsplatform dat momenteel ontwikkeld wordt tussen (onder andere) de sociaal verzekeringsfondsen en het RSVZ) ontwikkeld en zijn GDPR-compliant.

[31] Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023 sur un avant-projet devenu la loi-programme du 22 décembre 2023, obs. 2.3 concernant l'article 66 (*Doc. parl.*, Chambre, 2023-24, n° 3697/1).

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Voor alle duidelijkheid: in de databank moet er op KBO-nummer gezocht worden opzoeken (er is dus geen lijst). Op dat ogenblik krijg je enkel informatie te zien OF de (onder)aannemer al dan niet schulden heeft.

Ter info, op www.checkinhoudingsplicht.be kan men reeds zien hoe de webservice er (ook) voor de sociale schulden als zelfstandige zal uitzien.'

Indépendamment des mérites techniques de la plateforme, il est très douteux que le régime à l'examen soit admissible à la lumière de l'article 22 de la Constitution et du droit de l'Union.

2.3.1. Sur ce point, on peut tout d'abord faire référence à ce que la section de législation a encore observé dans le récent avis 72.429/1 [32] :

'Au sujet de la publication générale des mesures disciplinaires imposées aux sportifs, le Conseil d'État, section législation – conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle [33] – a considéré qu'une accessibilité générale de ces données était disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi et, en tant que telle, contraire à l'article 22 de la Constitution. Dans ce contexte, la section de législation a suggéré de prévoir une possibilité de contact pour les organisateurs de compétitions sportives, leur permettant de demander de telles données [34]. Toutefois, il semble très douteux que l'on puisse en conclure que le régime proposé – qui prévoit également que les données à caractère personnel en question ne seront communiquées qu'à la demande préalable du donneur d'ordre ou de l'employeur – soit acceptable au regard de l'article 22 de la Constitution.

L'article 22, alinéa 1er, de la Constitution et l'article 8 de la CEDH n'excluent pas une ingérence de l'autorité publique dans le droit au respect de la vie privée, mais ils exigent que cette ingérence soit prévue dans une disposition législative suffisamment précise, réponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi. Ces dispositions engendrent en outre l'obligation positive pour l'autorité publique de prendre des mesures visant à garantir un respect effectif de la vie privée et familiale, même dans le cadre des relations entre individus [35].

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

[32] *Note de bas de page du texte cité :* Avis C.E. 72.429/1 du 23 août 2023 sur une proposition de loi 'contenant des dispositions contre le dumping social', observation 11.5 (*Doc. parl.,* Chambre, 2019, n° 122/4).

[33] *Note de bas de page du texte cité* : *Note de bas de page 33 de l'avis cité* : C.C., 19 janvier 2005, n° 16/2005, B.6.1 et B.6.2.

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

[35] *Note de bas de page du texte cité : Note de bas de page 35 de l'avis cité :* CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon e.a. c. Pays-Bas*, § 31; C.C., 30 mars 2023, n° 56/2023, B.3.4.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

contrat avec lui' qu'une publication aussi large soit nécessaire pour atteindre l'objectif du législateur'.

2.3.2. La concrétisation de la fonction de recherche, qui n'est toutefois pas précisée dans l'avant-projet, vise, ainsi qu'il ressort également des explications du délégué, à limiter quelque peu les *fishing expeditions* (pêche aux renseignements) totalement arbitraires. Il n'est cependant pas requis que la personne qui fait les recherches dans la banques de données accessible au public fasse valoir un quelconque intérêt à cet égard, et ses possibilités de recherche ne sont pas non plus limitées d'une quelconque manière.

Si l'on peut admettre que la lutte contre la fraude sociale constitue un objectif légitime qui peut justifier des restrictions du droit à la vie privée, force est de constater que cet objectif n'apparaît pas comme étant une finalité du traitement des données dans l'avant-projet, et ce au mépris du principe de légalité de l'article 22 de la Constitution. En outre, dès lors que les données sont mises à la disposition du grand public – qui, selon l'article 15/1, § 5, en projet, de l'arrêté royal n° 38 ne tombe même pas dans le champ d'application de la disposition en projet et qui peut aussi consulter ces données en dehors du cadre des objectifs poursuivis par la disposition en projet –, l'avant-projet est incompatible avec le principe de minimisation, au sens de l'article 5, paragraphe 1, c), du règlement général sur la protection des données. À cet égard, on peut de surcroît renvoyer aux objections constitutionnelles que la Cour de Justice a exprimées directement sur la base des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au sujet d'un régime de publicité analogue en ce qui concerne l'informations sur les bénéficiaires effectifs [36].

2.4. Le régime en projet devrait être adapté à la lumière de ces observations et complété par un cadre plus robuste pour le traitement de données à caractère personnel [37].

On pourrait profiter de cette occasion pour soumettre également l'article 30*bis*, § 4, de la loi du 27 juin 1969 à un examen complémentaire opéré au regard du règlement général sur la protection des données et du principe de légalité de l'article 22 de la Constitution ».

16.2. Invité à commenter le régime en projet, compte tenu de l'observation précitée, le délégué a déclaré ce qui suit :

« 1. De manière générale, la création de la banque de données au sens de l'article 35/15 en projet de la loi du 12 avril 1965 s'inscrit dans le cadre de la finalité générale fondant l'avant-projet de loi portant des mesures de lutte contre la fraude sociale, énoncée par l'article 4 de ce même avant-projet de loi et qui est de renforcer la lutte contre le dumping social et la traite des êtres humains, promouvoir une concurrence loyale entre les entreprises et renforcer la sécurité juridique quant au respect des conditions salariales et de travail en cas de sous-traitance. A cet égard, en lien avec ce qui précède, la consultation d'une telle banque de données vise donc à informer les personnes morales ou physiques autorisées à consulter celle-ci d'une part, de ce que l'entreprise mentionnée dans la banque de données, avec qui elles ont conclu ou envisagent de conclure une convention d'entreprise en vue de l'exécution de pareilles activités ou qui intervient en tant que sous-traitant indirect aux fins d'exécution des mêmes activités, ne respecte pas les conditions de rémunération

[36] *Note de bas de page du texte cité :* CJUE, 22 novembre 2022, affaires jointes C-37/20 et C-601/20, *WM et SOVIM c. Luxembourg Business Registers*, ECLI:EU:C:2022:912.

[37] *Note de bas de page du texte cité :* Il faudra donc recueillir l'avis de l'Autorité de protection des données sur ce cadre, conformément à l'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de ce règlement.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

applicables en Belgique et, d'autre part, du risque, pour ces mêmes personnes morales ou physiques, de voir leur responsabilité solidaire engagée en raison de pareille mention dans le cadre du régime particulier de responsabilité solidaire inséré par le projet de loi.

Corrélativement il est considéré qu'en mentionnant les données d'identification des entreprises effectuant des activités dans le secteur du déménagement et pour lesquelles une ou plusieurs infractions récentes concernant le non-paiement de la rémunération due ont été constatées lors d'une enquête par les inspecteurs sociaux de la Direction générale Contrôle des Lois sociales au moyen d'un procès-verbal constatant une infraction, visé à l'article 64 du Code pénal social, la création de la banque de données précitée contribuera donc à dissuader le recours ou le maintien du recours à des contractants ne respectant pas les conditions de rémunération applicables en Belgique et partant, contribuera à la finalité générale prévue par l'article 4 de l'avant-projet, en particulier en ce qui concerne la promotion d'une concurrence loyale entre les entreprises, la lutte contre le dumping social et contre la traite des êtres humains.

2. Cela écrit en ce qui concerne spécifiquement la question de l'étendue de l'accessibilité (consultation) de cette banque de données, abordée par le paragraphe 3 du nouvel article 35/15, les remarques suivantes sont émises.

2.1. L'objectif recherché dans le cadre de ce projet de loi est de permettre à chaque entreprise remplissant les conditions légalement prévues de pouvoir consulter directement la banque de données dettes salariales sans devoir recourir à cette fin à l'intervention d'une administration.

2.2. Le projet de loi prévoit les restrictions suivantes à la consultation de la banque de données dettes salariales.

2.2.1. Le projet de loi prévoit d'abord une première restriction de la consultation en son article 35/15 paragraphe 3, alinéa 1er nouveau de la loi du 12 avril 1965 (inséré par l'article 20 de la loi en projet) énonçant que la banque de données dettes salariales est seulement consultable par les personnes morales ou physiques qui font effectuer ou envisagent de faire effectuer par un contractant des activités dans le secteur du déménagement ou qui, du fait de l'intervention d'un sous-traitant aux fins d'exécution des activités précitées et qui n'est pas leur contractant direct, sont susceptibles de voir engagée leur responsabilité solidaire au sens de l'article 35/6/8 nouveau de la loi du 12 avril 1965.

Autrement dit seuls les personnes responsables solidaires potentiels pour des activités dans le secteur du déménagement sont concernées par la possibilité de consulter la banque de données précitée.

De plus, parmi les personnes physiques précitées, le même article 35/15, § 3 prévoit également une seconde restriction : conformément à l'alinéa 6 du même paragraphe 3, les personnes physiques qui font effectuer ou qui envisagent de faire effectuer des activités dans le secteur du déménagement à des fins exclusivement privées n'auront pas accès à une telle consultation (ces personnes ne pouvant par ailleurs jamais voir leur responsabilité solidaire engagée sur base des nouvelles dispositions en projet).

Autrement dit, il découle du libellé de l'article 35/15, paragraphe 3, alinéa 6 nouveau que la consultation de la banque de données sera uniquement réservée à des contractants ou futurs contractants professionnels.

2.2.2. Par ailleurs, et en lien avec les restrictions précitées (v. point 2.1.1.), l'avant-projet de loi prévoit expressément que chaque entreprise consultant la banque de données dettes salariales doit pouvoir justifier cette consultation qui concerne une autre entreprise dans le respect de la législation relative à la protection des données et pour les finalités de la consultation décrites dans l'article 35/15, § 3, alinéa 1er

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Dans ce cadre, le même article 35/15, § 3, prévoit par ailleurs que l'utilisation de la banque de données dettes salariales est subordonnée au respect de la politique d'utilisation de la banque de données dettes salariales ».

16.3. L'avant-projet contient en effet diverses garanties afin d'empêcher que les données figurant dans la banque de données dettes salariales soient accessibles au public ou puissent simplement être utilisées pour des « *fishing expeditions* ».

À cet égard, il est admis que la première phrase de l'article 35/15, § 3, alinéa 5, en projet, qui prévoit que « l'entreprise consultant la banque de données dettes salariales se voit attribuer un login », doit être comprise en ce sens qu'il est uniquement possible de consulter la banque de données après que les entreprises concernées se sont connectées à l'aide de ces données de « login ».

Il va de soi qu'il conviendra aussi de prendre en considération les préoccupations précitées lors de la concrétisation de la banque de données, en mettant en œuvre, le cas échéant, les « conditions spécifiques auxquelles est soumise la consultation de la banque de données dettes salariales », que le Roi peut fixer conformément à l'article 35/15, § 3, alinéa 2, en projet.

Articles 34, 35 et 36

17. Les articles 34 et 35 de l'avant-projet insèrent dans le Code pénal social (CPS) des dispositions relatives à l'organisation de la sous-traitance.

17.1. L'article 184/1/3, en projet, du CPS punit les infractions aux dispositions relatives à la sous-traitance figurant dans (l'article 12/3 de) l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics'. L'article 53 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession' contient un régime comparable, dont la méconnaissance n'est pas pénalisée par l'avant-projet.

Nonobstant les observations formulées par la section de législation à propos de ces dispositions lors de leur élaboration [38], la question se pose de savoir pourquoi l'article 184/1/3, en projet, du CPS vise uniquement les infractions au régime en la matière de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Invité à fournir de plus amples explications, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Contact sera pris avec les services de la Chancellerie du Premier pour une concertation à ce sujet ».

17.2. L'article 184/1/3, en projet, du CPS insère dans le Code pénal social un régime de sanction à l'égard d'éléments spécifiques de la réglementation en matière de marchés publics, tandis que la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et le Code pénal social ne sont pas alignés entre eux pour le surplus. Contrairement à l'usage, la loi du 17 juin 2016 ne prévoit pas que les infractions aux dispositions de cette loi et de ses arrêtés d'exécution sont recherchées, constatées et punies conformément au Code pénal social. On n'aperçoit pas clairement quelle articulation est

[38] Avis C.E. 61.030/1 du 23 mars 2017, obs. 5 ; avis C.E. 61.559/1 du 13 juin 2017, obs. 20.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

visée entre cette loi et le Code pénal social, plus précisément en ce qui concerne l'application du livre 1 du Code pénal social en matière de marchés publics [39].

17.3. Tant l'article 184/1/3, en projet, du CPS que l'article 184/1/4, en projet, du CPS punissent la méconnaissance des limitations du nombre de niveaux de la chaîne de sous-traitance.

À la question de savoir si les entrepreneurs concernés pourront toujours déterminer clairement à quel niveau de la chaîne de sous-traitance ils se trouvent, le délégué a répondu en ces termes :

> « Il n'y a pas de condition spécifique prévue. Toutefois, l'ensemble des acteurs des différents niveaux sont censés être au courant de leur niveau dans la chaîne de sous-traitance en vertu de:
>
> • Soit la déclaration de travaux visée aux articles 30bis, 30ter ou 30quinquies de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ;
>
> • Soit l'obligation d'information visée à l'article 35/6/11 introduit dans la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs par l'article 14 en projet.
>
> Le sous-traitant de niveau 3 ne peut donc pas prétendre ignorer qu'il est le sous-traitant de niveau 3 et qu'il ne peut dès lors plus faire appel à un propre sous-traitant ».

Les déclarations et obligations d'information mentionnées par le délégué ont chacune un champ d'application spécifique, dont il n'est pas d'office établi qu'il correspond, et qu'il correspondra à l'avenir également, au champ d'application des limitations relatives à la chaîne de sous-traitance visées dans les dispositions en projet du Code pénal social.

17.4. L'article 36 de l'avant-projet règle l'entrée en vigueur des dispositions du titre 2. Conformément à l'alinéa 2 de cette disposition, les articles 33 et 34 entrent en vigueur un mois après la publication au *Moniteur belge* de la loi à adopter.

L'article 36, alinéa 3, prévoit cependant ce qui suit :

> « Les § 1[er] et 2 de l'article 184/1/3 du Code pénal social, inséré par l'article 34 de la présente loi, cesseront d'être en vigueur à la date d'entrée en vigueur de l'article 184/1/4 du Code pénal social, inséré par l'article 35 de la présente loi ».

Conformément à l'article 36, alinéa 4, l'article 35, entre autres, entre en vigueur à une date fixée par le Roi, qui ne peut pas être postérieure au 1er janvier 2025.

Par conséquent, l'article 184/1/3, §§ 1er et 2, du CPS cessera d'être en vigueur au moment où l'article 184/1/4 du CPS entre en vigueur. Bien que les deux dispositions portent sur l'organisation de la sous-traitance, elles n'ont pas le même champ d'application. L'article 184/1/4 en projet ne semble pas non plus contenir tous les cas d'application de l'article 184/1/3, §§ 1er et 2, en projet. L'article 184/1/4 en projet concerne en effet uniquement les cas de sous-traitance contraires à la loi à adopter, ce qui semble viser plus particulièrement les articles 6 et 7 de

[39] Voir entre autres l'article 17 du CPS.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

l'avant-projet [40]. Conformément à l'article 5, ces dispositions s'appliquent uniquement aux activités dans le domaine de la construction, aux activités de l'industrie de la viande et aux activités dans le secteur du déménagement. Ce champ d'application est bien plus spécifique que celui de l'article 12/3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 [41].

17.5. L'article 184/1/3, en projet, du CPS concerne l'« organisation de la sous-traitance dans le cadre de marchés publics ». Nonobstant les observations formulées ci-après, il est recommandé d'utiliser, dans le texte néerlandais, la notion de « overheidsopdrachten » plutôt que de « openbare aanbestedingen ». La même observation vaut à l'égard de l'article 184/1/4, en projet, du CPS, dont il faut adapter le texte néerlandais de l'intitulé afin d'indiquer que cette disposition concerne l'organisation de la sous-traitance « hors » (« buiten » et non « in ») du cadre des marchés publics.

17.6. À la lumière des observations formulées précédemment, on soumettra les articles 34 à 36 à un examen complémentaire approfondi.

Article 58

18. L'article 30*quinquies*, § 2, alinéa 5, en projet, de la loi du 27 juin 1969 fait référence à l'« entrepreneur sans personnel qui voit sa responsabilité solidaire engagée en application des §§ 2 et 3 ». L'alinéa 6 de ce paragraphe contient une référence similaire aux paragraphes 2 et 3.

Le délégué a confirmé qu'il faut renvoyer dans les deux cas aux alinéas 1er et 2 du paragraphe 2. On adaptera dès lors les dispositions concernées.

19. Le délégué a également confirmé que le segment de phrase « Sans préjudice de l'application des articles 182 et 183 de la loi du 30 juillet 2008 relative à la protection des

[40] Il est en tout état de cause recommandé que les dispositions en projet du Code pénal social renvoient à ces dispositions spécifiques de la loi à adopter.

[41] L'article 12/3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 s'énonce comme suit :
« § 1er. Il est interdit à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié. Il est également interdit pour un sous-traitant de conserver uniquement la coordination du marché.
§ 2. Sans préjudice de l'article 2, § 3*bis*, de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, la chaîne de sous-traitance est limitée pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude passés par les pouvoirs adjudicateurs de la manière suivante :
1° lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux qui est groupé selon sa nature dans une catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de trois niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire, le sous-traitant de deuxième niveau et le sous-traitant de troisième niveau ;
2° lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux qui est groupé selon sa nature dans une sous-catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de deux niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau ;
3° lorsqu'il s'agit d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de deux niveaux, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau.
[…] ».

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel », à l'article 30*quinquies*, § 8, alinéa 12, en projet, doit être omis [42].

20.1. À la question de savoir si l'article 30*quinquies*, § 8, alinéa 13, en projet, conformément auquel le Roi détermine les conditions et les modalités selon lesquelles les données peuvent être consultées et rectifiées dans la base de données concernée, est la seule partie de ce régime réglant l'accès à ces données, le délégué a répondu ce qui suit :

> « Klopt. Na contact met de Gegevensbeschermingsautoriteit blijkt het aangewezen om de toegang tot de gegevensbank te beperken. Hiertoe dient artikel 12 van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders te worden aangevuld met een paragraaf die de raadpleging van de gegevensbanken die de RSZ ter beschikking stelt om na te gaan of er een inhoudingsplicht op facturen geldt, te beperken tot die personen die hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld in de zin van de bepalingen van deze wet van 27 juni 1969 (naar analogie met de bepalingen in het bij dit voorontwerp voorziene artikel 35/15, § 3) ».

Un tel ajout est effectivement nécessaire. En effet, 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 [43]. Tant selon la section de législation que selon la Cour constitutionnelle, un des « éléments essentiels » du traitement de données à caractère personnel devant être définis dans la loi elle-même est la catégorie de personnes ayant accès aux données traitées [44].

Par conséquent, la catégorie de personnes ayant accès aux données traitées doit effectivement être réglée par le législateur lui-même dans la disposition en projet.

20.2. En ce qui concerne les règles de fond en matière d'accès, on renverra aux observations formulées précédemment au point 16.1.

---

[42] Comp. avec l'article 45 de l'avant-projet, à propos duquel l'exposé des motifs a observé que « [c]oncernant la communication d'informations à des services d'inspection étrangers (hors EU [lire : UE]), le chapitre 5 du règlement général sur la protection des données est d'application ».

[43] 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.

[44] Avis C.E. 68.936/AG du 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', observation 101 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1951/001, p. 119). Voir également C.C., 10 mars 2022, n° 33/2022, B.13.1 ; C.C., 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.11.2 ; C.C., 16 février 2023, n° 26/2023, B. 74.1 ; C.C., 17 mai 2023, n° 75/2023, B.55.2.1.

‡LW-BHEYOFDAJ-HFFHFVT‡

Article 60

21. La partie générale de l'exposé des motifs observe ce qui suit à propos de l'article 60, 1°, de l'avant-projet :

> « Les articles du Titre 4 précise[nt] que les personnes morales de droit public comme une commune (à l'exclusion des intercommunales), un service public fédéral (SPF), un service public de programmation (SPP), une institution scientifique, un établissement d'utilité public fédéral[,] sont exclues de cette obligation de déclaration ».

Le commentaire des articles indique notamment ce qui suit à propos de l'article 60 :

> « L'article en question apporte une précision dans la disposition relative aux acteurs assimilés à l'entrepreneur déclarant en excluant certaines institutions publiques ainsi que certaines activités de ladite assimilation visée au point b) de l'article 30*bis*, § 7, alinéa 5 ».

Il a été demandé au délégué de préciser la délimitation concrète de l'exception en projet. Ainsi, la question se pose notamment de savoir pourquoi les intercommunales sont exclues, alors qu'elles exécutent parfois les mêmes tâches que les communes, qui, elles, sont bien mentionnées dans la disposition en projet. À l'inverse, des entités autonomisées des entités fédérées ne semblent pas pouvoir bénéficier de l'exception, alors qu'il est bien renvoyé aux « établissements d'utilité public [lire : publique] fédéraux ».

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Afin de répondre à la remarque émise la rédaction suivante pourrait être plus adéquate:
>
> 'à l'exception des personnes morales de droit public qui n'exercent aucune activité économique' et en néerlandais 'met uitzondering van de publiekrechtelijke rechtspersonen die geen enkele economische activiteit uitoefenen,' Cela permettrait à la fois de rencontrer la question relative au caractère limitatif de l'exception – notamment vis-à-vis du fait que seules des institutions issues du fédéral sont prises en compte – et de clarifier la question des intercommunales au regard de leur activité économique ou non ».

Il n'est toutefois pas certain que la définition générale proposée par le délégué, en particulier la condition que les personnes morales de droit public concernées n'exercent aucune activité économique, soit suffisamment claire et sûre sur le plan juridique et qu'elle n'ait pas, au contraire, pour effet que certaines autorités actuellement exemptées par le texte ne soient tout de même assimilées à un entrepreneur dans certains cas. Il est recommandé de soumettre la disposition à un examen complémentaire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER — DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES — Marnix VAN DAMME

‡LW-BHEYOEDAJ-HFFHFVT‡