

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.891 van 26 oktober 2022
in de zaak A. 220.181/XIV-37.182**

In zake : 1. de NV KATOEN NATIE BULK TERMINALS
 2. de NV LOGISPORT, thans de NV GENERAL SERVICES
 ANTWERP
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Martin Lebbe en Erwin Simons
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Wolstraat 70
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
 de minister van Werk
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Peter Wytinck, David D’Hooghe, Tom Ruys en Cilia
 Mathieu
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Loksumstraat 25
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 september 2016, strekt tot de
nietigverklaring van het koninklijk besluit van 10 juli 2016 ‘tot wijziging van het
koninklijk besluit van 5 juli 2004 betreffende de erkenning van havenarbeiders in
de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni
1972 betreffende de havenarbeid’ (BS 13 juli 2016).

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 244.504 van 16 mei 2019 werd het debat heropend en werd het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat gelast met het aanvullend onderzoek.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verwerende partij en de verzoekende partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 juni 2022.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Erwin Simons, die verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaten David D’Hooghe en Peter Wytinck, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met het dispositief overeenstemmend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. In het tussenarrest nr. 241.567 van 23 mei 2018 zijn de feiten als volgt uiteengezet:

“3.1. Het bestreden koninklijk besluit wijzigt het koninklijk besluit van 5 juli 2004 ‘betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid’. Die wijzigingen zijn er gekomen in het licht van de ingebrekestelling van de Europese Commissie van 28 maart 2014. De Europese Commissie was van oordeel dat de regeling betreffende de havenarbeid een inbreuk vormde op artikel 49 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. In essentie stelde de Commissie dat de Belgische regeling betreffende de tewerkstelling van havenarbeiders buitenlandse ondernemingen ontmoedigde om in België vestigingen op te zetten, doordat zij geen vrije keuze van personeelsleden hadden maar verplicht waren om een beroep te doen op de erkende havenarbeiders, zelfs voor logistieke taken, die bovendien geografisch slechts beperkt inzetbaar waren.

3.2. Het bestreden besluit vindt, aldus de aanhef, rechtsgrond in, eensdeels, artikel 49 van de wet van 5 december 1968 ‘betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités’ (hierna: de wet van 5 december 1968) en, anderdeels, artikel 3, eerste lid, van de wet van 8 juni 1972 ‘betreffende de havenarbeid’ (hierna: de havenarbeidswet).

Artikel 49, eerste lid, van de wet van 5 december 1968 draagt de Koning op de werkwijze van de paritaire comités en subcomités te bepalen. Artikel 3, eerste lid, van de havenarbeidswet belast de Koning ermee de voorwaarden en de modaliteiten (lees: nadere regels) van de erkenning van havenarbeiders te bepalen ‘op advies’ van het voor het betrokken havengebied bevoegd paritair comité. Tevens wordt rechtsgrond gevonden in artikel 108 van de Grondwet, waaraan de Koning een algemene uitvoeringsbevoegdheid ontleent.

3.3. De Europese Commissie meldt op 17 mei 2017 dat de inbreukprocedure wordt stopgezet.”

3.2. Bij het daaropvolgende tussenarrest nr. 244.504 van 16 mei 2019 heeft de Raad van State geoordeeld dat het vereist was, alvorens het onderzoek van het tweede tot het zesde middel en – in zoverre het met het tweede middel samenvalt –, het achtste middel voort te zetten, om aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het HvJ) de volgende in dat arrest vermelde prejudiciële vragen te stellen met betrekking tot de door het bestreden besluit genomen beperkende maatregelen wat hun geschiktheid betreft evenals de noodzakelijkheid en evenredigheid ervan in het licht van de door het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU) gewaarborgde fundamentele vrijheden inzake vrije vestiging, vrij verkeer van diensten en vrij verkeer van werknemers:

“1. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet gelezen in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de regeling vervat in artikel 1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 ‘betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid’, samen gelezen met artikel 2, van voormeld besluit van 5 juli 2004,

namelijk de regeling dat de havenarbeiders zoals bedoeld in artikel 1, § 1, eerste lid, van voormeld koninklijk besluit van 5 juli 2004, bij hun erkenning door de administratieve commissie, paritair samengesteld eensdeels uit leden aangewezen door de werkgeversorganisaties vertegenwoordigd in het betrokken paritair subcomité en anderdeels uit leden aangewezen door de werknemersorganisaties vertegenwoordigd in het paritair subcomité, ofwel worden opgenomen in de pool van havenarbeiders ofwel niet, waarbij bij de erkenning tot opname rekening wordt gehouden met de behoefte aan arbeidskrachten, ermee rekening houdende tevens dat voor die administratieve commissie niet in een uiterlijke beslissingstermijn is voorzien en tegen haar erkenningsbeslissingen enkel is voorzien in een jurisdictioneel beroep?

2. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling ingevoerd bij artikel 4, § 1, 2°, 3°, 6° en 8° van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals vervangen respectievelijk ingevoegd door artikel 4, 2°, 3°, 4° en 6°, van het bestreden koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de regeling die als voorwaarde voor de erkenning als havenarbeider oplegt dat de werknemer a) medisch geschikt wordt verklaard door de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk, waarbij de organisatie van werkgevers die overeenkomstig artikel 3bis van de wet van 8 juni 1972 ‘betreffende de havenarbeid’ aangeduid werd als lasthebber aangesloten is en b) geslaagd is in de psychotechnische proeven afgenomen door het orgaan dat hiertoe door de erkende organisatie van werkgevers aangeduid als lasthebber overeenkomstig datzelfde artikel 3bis van de wet van 8 juni 1972, c) gedurende drie weken de voorbereidingslessen tot veilig werken en tot het verwerven van de vakbekwaamheid hebben gevolgd en geslaagd zijn voor de eindproef en d) reeds moet beschikken over een arbeidsovereenkomst wanneer het een havenarbeider betreft die niet opgenomen wordt in de pool, daarin begrepen, samen gelezen met artikel 4, § 3, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, dat de buitenlandse havenarbeiders moeten kunnen aantonen dat zij in een andere lidstaat aan vergelijkbare voorwaarden voldoen opdat zij voor de toepassing van de bestreden regeling niet meer aan die voorwaarden worden onderworpen?

3. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling ingevoerd bij artikel 2, § 3 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 2 van het bestreden koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de regeling waarbij de havenarbeiders die niet worden opgenomen in de pool en die derhalve direct door een werkgever worden aangeworven met een arbeidsovereenkomst conform de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’ en de duurtijd van hun erkenning wordt beperkt tot de duurtijd van deze arbeidsovereenkomst zodat telkens een nieuwe erkenningsprocedure moet worden aangevat?

4. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling ingevoerd bij artikel 13/1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals ingevoegd door artikel 17 van het koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de overgangsmaatregel waarbij de arbeidsovereenkomst waarvan sprake in de derde prejudiciële vraag in eerste instantie moet zijn gesloten voor onbepaalde duur; vanaf 1 juli 2017 voor minstens twee jaar; vanaf 1 juli 2018 voor minstens één jaar; vanaf 1 juli 2019 voor minstens zes maanden; vanaf 1 juli 2020 met vrij te bepalen duurtijd?

5. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling vervat in artikel 15/1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals ingevoegd door artikel 18 van het koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de (overgangs)maatregel waarbij de onder de oude regeling erkende havenarbeiders van rechtswege worden erkend als havenarbeiders in de pool waardoor de mogelijkheid van directe tewerkstelling (met een vast contract) van die havenarbeiders door een werkgever wordt belemmerd en de werkgevers verhindert om goede arbeidskrachten aan zich te binden door met hen rechtstreeks een vast contract te sluiten en deze laatsten werkzekerheid te bieden volgens de regels van het gemene arbeidsrecht?
6. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling ingevoerd bij artikel 4, § 2 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 4, 7°, van het koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de regeling waarbij een cao de voorwaarden en modaliteiten bepaalt waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgene waar hij werd erkend waardoor mobiliteit van werknemers tussen de havengebieden wordt beperkt zonder dat de regelgever zelf duidelijkheid verschaft welke die voorwaarden of modaliteiten kunnen zijn?
7. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling ingevoerd bij artikel 1, § 3 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 1, 2°, van het koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de regeling waarbij (logistieke) werknemers die arbeid verrichten in de zin van artikel 1 van het koninklijk besluit van 12 januari 1973 ‘tot oprichting en vaststelling van de benaming en van de bevoegdheid van het Paritair Comité voor het Havenbedrijf’ op locaties waar goederen ter voorbereiding van hun verdere distributie of verzending transformatie ondergaan die indirect leidt tot een aanwijsbare toegevoegde waarde over een veiligheidscertificaat moeten beschikken waarbij dat veiligheidscertificaat geldt als een erkenning in de zin van de wet van 8 juni 1972 ‘betreffende de havenarbeid’, ermee rekening houdende dat dit certificaat wordt aangevraagd door de werkgever die een arbeidsovereenkomst heeft getekend met een werknemer om activiteiten in die zin te verrichten en de uitgifte ervan gebeurt op vertoon van de arbeidsovereenkomst en de identiteitskaart waarbij de modaliteiten van de te volgen procedure worden vastgelegd via collectieve arbeidsovereenkomst, zonder dat de regelgever op dat punt duidelijkheid verschaft?”

3.3. Bij zijn tussenarrest nr. 94/2019 van 6 juni 2019 heeft het Grondwettelijk Hof, nadat het zelf was gevat door een prejudiciële vraag gesteld door het Hof van Cassatie bij arrest van 16 april 2018, de volgende prejudiciële vragen aan het HvJ gesteld:

“1. Dient artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 56 van hetzelfde Verdrag, met de artikelen 15 en 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

en met het gelijkheidsbeginsel, aldus te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die personen of ondernemingen die in een Belgisch havengebied activiteiten van havenarbeid in de zin van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid - waaronder activiteiten die vreemd zouden zijn aan het laden en lossen van schepen in strikte zin - wensen te verrichten, verplicht om enkel een beroep te doen op erkende havenarbeiders?

2. Kan het Grondwettelijk Hof, indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, de gevolgen van de in het geding zijnde artikelen 1 en 2 van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid voorlopig handhaven teneinde rechtsonzekerheid en sociale onvrede te voorkomen en de wetgever in staat te stellen ze in overeenstemming te brengen met de uit het recht van de Europese Unie voortvloeiende verplichtingen?”

3.4. Bij zijn arrest van 11 februari 2021 heeft het HvJ in de gevoegde zaken C-407/19 en C-471/19 (hierna: het arrest van 11 februari 2021) uitspraak gedaan over de door het Grondwettelijk Hof en de Raad van State gestelde prejudiciële vragen. Het *dictum* ervan luidt:

“Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) De artikelen 49 en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan personen of ondernemingen die in een havengebied havenactiviteiten willen uitvoeren, waaronder ook activiteiten die geen verband houden met het laden en lossen van schepen in strikte zin, uitsluitend een beroep mogen doen op havenarbeiders die als zodanig zijn erkend overeenkomstig de voorwaarden en bepalingen die ter uitvoering van die regeling zijn vastgesteld, mits die voorwaarden en bepalingen gebaseerd zijn op objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria aan de hand waarvan havenarbeiders uit andere lidstaten kunnen aantonen dat zij in hun lidstaat van herkomst aan gelijkwaardige eisen voldoen als die welke voor binnenlandse havenarbeiders gelden, en er voorts geen sprake is van een beperkte pool van havenarbeiders die voor een dergelijke erkenning in aanmerking kunnen komen.

2) De artikelen 45, 49 en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan:

– de erkenning van havenarbeiders gebeurt door een administratieve commissie die paritair is samengesteld uit leden die door werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties zijn aangewezen;

– deze commissie, afhankelijk van de behoefte aan arbeidskrachten, ook bepaalt of de erkende arbeiders al dan niet moeten worden opgenomen in een pool van havenarbeiders, waarbij voor de niet in die pool opgenomen havenarbeiders de duur van de erkenning beperkt is tot de duur van hun arbeidsovereenkomst zodat voor elke nieuwe overeenkomst die zij sluiten, een nieuwe erkenningsprocedure moet worden gestart, en

– er geen maximumtermijn is waarbinnen die commissie een besluit moet nemen.

3) De artikelen 45, 49 en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling volgens welke een werknemer, tenzij hij kan aantonen dat hij in een andere lidstaat aan gelijkwaardige voorwaarden voldoet, slechts kan worden erkend als havenarbeider indien hij:

- medisch geschikt voor havenarbeid is verklaard door de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk waarbij de organisatie is aangesloten die onder haar leden verplicht alle werkgevers telt die actief zijn in het betrokken havengebied;
 - geslaagd is voor de psychotechnische tests die zijn afgenomen door het orgaan dat daartoe door die werkgeversorganisatie is aangewezen;
 - een voorbereidende cursus van drie weken over veilig werken heeft gevolgd met het oog op het verwerven van vakbekwaamheid, en
 - geslaagd is voor de eindproef, mits de taak die aan de werkgeversorganisatie en, in voorkomend geval, aan de vakbonden van erkende havenarbeiders is opgedragen bij de aanwijzing van de organen die met het verrichten van dergelijke onderzoeken, tests of proeven zijn belast, niet van dien aard is dat daardoor het transparante, objectieve en onpartijdige karakter van die onderzoeken, tests of proeven in twijfel wordt getrokken.
- 4) De artikelen 45, 49 en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan havenarbeiders die als zodanig zijn erkend overeenkomstig het wettelijk kader dat op hen van toepassing was vóór de inwerkingtreding van die regeling, deze erkenning op grond van de nieuwe regeling behouden en worden opgenomen in de pool van havenarbeiders waarin die nieuwe regeling voorziet.
- 5) De artikelen 45, 49 en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling volgens welke voor de overgang van een havenarbeider naar de pool van werknemers van een ander havengebied dan dat waar hij is erkend, de bij collectieve arbeidsovereenkomst vastgestelde voorwaarden en bepalingen gelden, mits deze voorwaarden en bepalingen noodzakelijk zijn voor het doel om de veiligheid in elk havengebied te waarborgen, en evenredig zijn aan dit doel, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.
- 6) De artikelen 45, 49 en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling volgens welke logistieke werknemers moeten beschikken over een ‘veiligheidscertificaat’ dat wordt afgegeven op vertoon van hun identiteitskaart en hun arbeidsovereenkomst en waarvan de wijze van afgifte en de procedure voor de verkrijging ervan bij collectieve arbeidsovereenkomst zijn vastgesteld, mits de voorwaarden voor de afgifte van dat certificaat noodzakelijk zijn voor het doel om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen, en evenredig zijn aan dit doel, en de procedure voor het verkrijgen ervan geen buitensporige en onevenredige administratieve lasten met zich meebrengt.”

3.5. Het Grondwettelijk Hof heeft bij arrest nr. 168/2021 van 25 november 2021 overwogen:

“B.8. Bij zijn arrest van 11 februari 2021 in zake Katoen Natie Bulk Terminals NV e.a. (C-407/19 en C-471/19) heeft het Hof van Justitie met betrekking tot de door het Grondwettelijk Hof gestelde prejudiciële vragen geoordeeld :

‘Eerste vraag

55. Met zijn eerste vraag in zaak C-471/19 wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 49 en 56 VWEU, de artikelen 15 en 16 van het Handvest en het gelijkheidsbeginsel aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan personen of

ondernemingen die in een havengebied havenactiviteiten willen uitvoeren, waaronder ook activiteiten die geen verband houden met het laden en lossen van schepen in strikte zin, uitsluitend een beroep mogen doen op havenarbeiders die als zodanig zijn erkend overeenkomstig de voorwaarden en bepalingen die ter uitvoering van die regeling zijn vastgesteld.

56. Om te beginnen moet erop worden gewezen dat – wat de vraag betreft of een nationale regeling op grond waarvan ondernemingen die havendiensten willen verrichten, een beroep moeten doen op erkende havenarbeiders, verenigbaar is met de artikelen 15 en 16 van het Handvest – een toetsing aan de artikelen 49 en 56 VWEU van de beperking die een nationale regeling inhoudt ook geldt voor de mogelijke beperkingen van de uitoefening van de rechten en vrijheden die zijn neergelegd in de artikelen 15 tot en met 17 van het Handvest, zodat een afzonderlijke toetsing aan het beginsel van de vrijheid van ondernemerschap niet nodig is (zie in die zin arrest van 20 december 2017, *Global Starnet*, C-322/16, EU:C:2017:985, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

57. Aangezien de verwijzende rechter in zaak C-471/19 in zijn eerste vraag het gelijkheidsbeginsel heeft genoemd, moet worden opgemerkt dat een nationale regeling als die welke in deze vraag aan de orde is, gelijkelijk van toepassing is op zowel ingezetenen als niet-ingezetenen marktdeelnemers, die dus op gelijke voet worden behandeld.

58. Uit vaste rechtspraak van het Hof vloeit evenwel voort dat de artikelen 49 en 56 VWEU in de weg staan aan elke nationale maatregel die, zelfs wanneer hij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, het gebruik van de door die Verdragsbepalingen gewaarborgde vrijheid van vestiging en van dienstverrichting door burgers van de Europese Unie onmogelijk kan maken, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken (arrest van 10 juli 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59. Zoals de verwijzende rechter in zaak C-471/19 en de advocaat-generaal in de punten 52 en 53 van zijn conclusie hebben opgemerkt, moet worden vastgesteld dat een regeling van een lidstaat op grond waarvan ondernemingen uit andere lidstaten die zich in die lidstaat willen vestigen om aldaar havenactiviteiten uit te voeren of die, zonder zich daar te vestigen, aldaar havendiensten willen verrichten, uitsluitend een beroep mogen doen op havenarbeiders die als zodanig zijn erkend, eraan in de weg staat dat dergelijke ondernemingen gebruikmaken van hun eigen personeel of andere, niet-erkende havenarbeiders in dienst nemen, en dus tot gevolg kan hebben dat vestiging in de betrokken lidstaat of het aldaar verrichten van diensten door die ondernemingen wordt belemmerd of minder aantrekkelijk wordt.

60. Die regeling vormt derhalve een beperking van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden (zie naar analogie arrest van 11 december 2014, *Commissie/Spanje*, C-576/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2430, punten 37 en 38).

61. Dergelijke beperkingen kunnen hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang indien zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te verzekeren en niet verder gaan dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken, wat inhoudt dat er geen minder beperkende maatregelen zijn die even doeltreffend zouden zijn om dat doel te bereiken (zie in die zin arresten van 11 december 2007, *International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union*, C-438/05, EU:C:2007:772, punt 75; 10 juli 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 31, en 11 december 2014, *Commissie/Spanje*, C-576/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2430, punten 47 en 53).

62. Uit de in punt 39 van het onderhavige arrest samengevatte aanwijzingen van de verwijzende rechter in zaak C-471/19, die overeenkomen met de toelichting van de Belgische regering in haar schriftelijke opmerkingen, blijkt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepalingen van de wet betreffende de havenarbeid in wezen ertoe strekken om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen, arbeidsongevallen te voorkomen, ervoor te zorgen dat er, gelet op de fluctuerende arbeidsvraag in deze gebieden, voldoende gespecialiseerde arbeidskrachten zijn, en de gelijke behandeling van alle havenarbeiders inzake sociale rechten te garanderen.

63. Wat ten eerste het doel betreft dat alle havenarbeiders gelijk worden behandeld op het gebied van sociale rechten, dient eraan te worden herinnerd dat de bescherming van werknemers een dwingende reden van algemeen belang vormt die een beperking van de vrijheden van verkeer kan rechtvaardigen (zie met name arresten van 11 december 2007, *International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union*, C-438/05, EU:C:2007:772, punt 77, en 11 december 2014, *Commissie/Spanje*, C-576/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2430, punt 50).

64. Een dergelijk doel kan echter niet worden bereikt met een nationale regeling die personen of ondernemingen die in een havengebied havenactiviteiten willen uitoefenen, verplicht om uitsluitend erkende havenarbeiders in te zetten, aangezien het enkele feit dat een havenarbeider als zodanig is erkend, niet impliceert dat hij noodzakelijkerwijs dezelfde sociale rechten zal hebben als alle andere erkende havenarbeiders. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt immers dat dit doel kan worden bereikt middels de verplichting voor de werkgevers van havenarbeiders om zich bij één organisatie aan te sluiten. Die verplichting kan worden opgelegd krachtens artikel 3bis van de wet betreffende de havenarbeid, dat in de onderhavige vraag niet aan de orde is.

65. Wat ten tweede het doel betreft om ervoor te zorgen dat er voldoende gespecialiseerde arbeidskrachten zijn – ervan uitgaande dat dit kan worden beschouwd als een dwingende reden van algemeen belang in de zin van de in punt 61 van dit arrest aangehaalde rechtspraak –, is het zo dat, zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, een rigide systeem dat voorziet in een beperkte pool van erkende havenarbeiders waar elke onderneming die havenactiviteiten wil uitoefenen, een beroep op moet doen, verder gaat dan nodig is om dat doel te verwezenlijken.

66. Wat ten derde het meer specifieke doel betreft om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen en arbeidsongevallen te voorkomen, is de bescherming van werknemers, zoals blijkt uit punt 63 van het onderhavige arrest, een van de dwingende redenen van algemeen belang die een beperking van de vrijheden van verkeer kan rechtvaardigen.

67. Hetzelfde geldt voor het meer specifieke doel om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen (zie in die zin arrest van 11 december 2014, *Commissie/Spanje*, C-576/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2430, punten 49-52).

68. Aangezien met de artikelen 1 en 2 van de wet betreffende de havenarbeid slechts wordt voorzien in de invoering van een stelsel voor de erkenning van havenarbeiders, maar de voorwaarden en concrete uitvoeringsbepalingen daarvan moeten worden vastgesteld bij krachtens artikel 3 van die wet genomen besluiten, kan – zoals de advocaat-generaal in de punten 70 en 71 van zijn conclusie heeft opgemerkt – in dit verband niet worden aangenomen dat deze bepalingen op zich ongeschikt of onevenredig zijn om de veiligheid in de havengebieden en het voorkomen van arbeidsongevallen te waarborgen.

69. Of een dergelijke regeling noodzakelijk en evenredig is en daarmee de vraag of zij verenigbaar is met de artikelen 49 en 56 VWEU, moet immers op een alomvattende wijze worden beoordeeld, rekening houdende met alle voorwaarden voor de erkenning van havenarbeiders en de wijze waarop die regeling ten uitvoer wordt gelegd.

70. Een nationale regeling volgens welke ondernemingen die havendiensten willen verrichten, een beroep moeten doen op erkende havenarbeiders, is slechts evenredig aan het nagestreefde doel indien de erkenning van de havenarbeiders is gebaseerd op objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria die grenzen stellen aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de instantie die verantwoordelijk is voor de erkenning van die arbeiders, zodat deze bevoegdheid niet op willekeurige wijze wordt gebruikt (zie naar analogie arrest van 17 juli 2008, Commissie/Frankrijk, C-389/05, EU:C:2008:411, punt 94 en aangehaalde rechtspraak).

71. Aangezien een dergelijke regeling bovendien tot doel heeft de veiligheid in de havengebieden te waarborgen en arbeidsongevallen te voorkomen, mogen de erkenningsvoorwaarden voor havenarbeiders logischerwijs uitsluitend betrekking hebben op de vraag of deze arbeiders beschikken over de eigenschappen en vaardigheden die nodig zijn om de hun opgedragen taken veilig uit te voeren.

72. Daartoe kan, zoals de advocaat-generaal in punt 76 van zijn conclusie heeft opgemerkt, in voorkomend geval worden bepaald dat havenarbeiders, om te worden erkend, over een toereikende beroepsopleiding moeten beschikken.

73. Eisen dat een dergelijke opleiding door één bepaalde instantie in de betrokken lidstaat wordt verstrekt of gecertificeerd, zonder rekening te houden met de eventuele erkenning van de betrokkenen als havenarbeider in een andere lidstaat van de Unie of met de opleiding die zij in een andere lidstaat van de Unie zouden hebben gevolgd en met de beroepsvaardigheden die zij aldaar zouden hebben verworven, zou echter onevenredig zijn aan het nagestreefde doel (zie in die zin arrest van 5 februari 2015, Commissie/België, C-317/14, EU:C:2015:63, punten 27-29).

74. Bovendien is, zoals de advocaat-generaal in punt 88 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, de beperking van het aantal voor erkenning in aanmerking komende havenarbeiders en daarmee de vorming van een beperkte pool van dergelijke arbeiders waar elke onderneming die havenactiviteiten wil uitvoeren een beroep op moet doen – in de veronderstelling dat dit de veiligheid in de havengebieden kan waarborgen – beslist onevenredig aan de verwezenlijking van dat doel.

75. Dit doel kan immers ook worden bereikt door te bepalen dat elke arbeider die kan aantonen dat hij over de vereiste beroepsvaardigheden beschikt en eventueel ook een passende opleiding heeft gevolgd, als havenarbeider kan worden erkend.

76. Gelet op een en ander moet op de eerste vraag in zaak C-471/19 worden geantwoord dat de artikelen 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan personen of ondernemingen die in een havengebied havenactiviteiten willen uitvoeren, waaronder ook activiteiten die geen verband houden met het laden en lossen van schepen in strikte zin, uitsluitend een beroep mogen doen op havenarbeiders die als zodanig zijn erkend overeenkomstig de voorwaarden en bepalingen die ter uitvoering van die regeling zijn vastgesteld, mits die voorwaarden en bepalingen gebaseerd zijn op objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria aan de hand waarvan havenarbeiders uit andere lidstaten kunnen aantonen dat zij in hun lidstaat van herkomst aan gelijkwaardige eisen voldoen als die welke voor binnenlandse havenarbeiders gelden, en er voorts geen sprake is van een beperkte

pool van havenarbeiders die voor een dergelijke erkenning in aanmerking kunnen komen.

Tweede vraag

77. De tweede vraag in zaak C-471/19 betreft de situatie waarin uit het antwoord op de eerste vraag zou voortvloeien dat de artikelen 49 en 56 VWEU zich verzetten tegen een nationale regeling zoals de artikelen 1 en 2 van de wet betreffende de havenarbeid. De verwijzende rechter in deze zaak wenst in wezen te vernemen of hij in dat geval de gevolgen van deze artikelen voorlopig in stand kan laten teneinde rechtsonzekerheid en sociale onrust binnen de betrokken lidstaat te voorkomen.

78. Uit het antwoord op de eerste vraag blijkt dat nationale bepalingen als de artikelen 1 en 2 van de wet betreffende de havenarbeid als zodanig niet onverenigbaar zijn met de in de artikelen 49 en 56 VWEU neergelegde vrijheden, maar dat voor de beoordeling van de vraag of een krachtens dergelijke bepalingen ingevoerde regeling zich verdraagt met deze vrijheden, een alomvattende aanpak vereist is waarbij alle voorwaarden en bepalingen ter uitvoering van die regeling in aanmerking worden genomen.

79. In deze omstandigheden hoeft de tweede prejudiciële vraag in zaak C-471/19 niet te worden beantwoord’.

In het dictum van zijn arrest heeft het Hof van Justitie voor recht gezegd :

‘1. De artikelen 49 en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan personen of ondernemingen die in een havengebied havenactiviteiten willen uitvoeren, waaronder ook activiteiten die geen verband houden met het laden en lossen van schepen in strikte zin, uitsluitend een beroep mogen doen op havenarbeiders die als zodanig zijn erkend overeenkomstig de voorwaarden en bepalingen die ter uitvoering van die regeling zijn vastgesteld, mits die voorwaarden en bepalingen gebaseerd zijn op objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria aan de hand waarvan havenarbeiders uit andere lidstaten kunnen aantonen dat zij in hun lidstaat van herkomst aan gelijkwaardige eisen voldoen als die welke voor binnenlandse havenarbeiders gelden, en er voorts geen sprake is van een beperkte pool van havenarbeiders die voor een dergelijke erkenning in aanmerking kunnen komen’.

B.9. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de krachtens artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie op de lidstaten rustende verplichting om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, voor alle overheidsinstanties in de lidstaten geldt, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Het staat luidens die rechtspraak aan de nationale rechter om de nationale bepalingen die hij moet toepassen, zoveel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het Unierecht uit te leggen (HvJ, 13 november 1990, C-106/89, Marleasing, punt 8; 5 oktober 1994, C-165/91, van Munster, punt 34; 26 september 2000, C-262/97, Engelbrecht, punten 38 en 39).

B.10. Het Hof van Justitie heeft in voormeld arrest van 11 februari 2021 geoordeeld dat de artikelen 49 en 56 van het VWEU zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan personen of ondernemingen die in een havengebied havenactiviteiten willen uitvoeren, waaronder ook activiteiten die geen verband houden met het laden en lossen van schepen in strikte zin, uitsluitend een beroep mogen doen op havenarbeiders die als zodanig zijn erkend overeenkomstig de voorwaarden en bepalingen die ter uitvoering van die regeling zijn vastgesteld, mits aan welbepaalde voorwaarden is voldaan.

B.11. Die voorwaarden en bepalingen dienen, aldus het Hof van Justitie, gebaseerd te zijn op objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria aan de hand waarvan havenarbeiders uit andere lidstaten kunnen aantonen dat zij in hun lidstaat van herkomst aan gelijkwaardige eisen voldoen als die welke voor binnenlandse havenarbeiders gelden, en er voorts geen sprake is van een beperkte pool van havenarbeiders die voor een dergelijke erkenning in aanmerking kunnen komen.

B.12. Zoals ook het Hof van Justitie heeft geoordeeld in het arrest van 11 februari 2021 (punt 68), wordt met de Wet Havenarbeid, en in het bijzonder artikel 1 van die wet, slechts op algemene wijze voorzien in de invoering van een stelsel voor de erkenning van havenarbeiders, en worden de voorwaarden en concrete uitvoeringsbepalingen krachtens artikel 3 van diezelfde wet bepaald door de Koning, hetgeen is gebeurd in het koninklijk besluit van 5 juli 2004.

Noch artikel 26, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, noch enige andere grondwettelijke of wettelijke bepaling verleent het Hof de bevoegdheid om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de vraag of de bepalingen van een koninklijk besluit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden.

B.13. Door het verwijzende rechtscollege wordt aan het Hof gevraagd om te onderzoeken of de identieke behandeling van, enerzijds, het laden en lossen van schepen in strikte zin en, anderzijds, de overige activiteiten die onder het begrip ‘havenarbeid’ ressorteren, bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Aldus begrepen houdt de vraag eveneens verband met het toepassingsgebied van de verplichting om een beroep te doen op erkende havenarbeiders.

Uit de elementen van het dossier en de verwijzingsbeslissing blijkt dat het bodemgeschil betrekking heeft op een administratieve geldboete die werd opgelegd aan een transportonderneming omdat een van haar werknemers, zonder over een erkenning te beschikken als havenarbeider, activiteiten heeft verricht die bestonden uit het klaarzetten van trailers op een kade voor verscheping, met een daarvoor specifiek bestemd voertuig, een zogenaamde ‘tugmaster’.

Het Hof beperkt zijn onderzoek tot die situatie. Het dient bijgevolg enkel de identieke behandeling te beoordelen van, enerzijds, het laden en lossen van schepen in strikte zin en, anderzijds, de activiteiten in het havengebied die aan de orde zijn in het bodemgeschil.

B.14. Zoals vermeld in B.2.2, omvat ‘havenarbeid’ ‘alle behandelingen van goederen welke per zee- of binnenschepen, spoorwagens of vrachtwagens aan- of afgevoerd worden, en de met deze goederen in verband staande bijkomende diensten, ongeacht deze activiteiten geschieden in de dokken, op bevaarbare waterwegen, op de kaden of in de instellingen welke gericht zijn op invoer, uitvoer en doorvoer van goederen, alsook alle behandelingen van goederen, welke per zee- of binnenschepen aan- of afgevoerd worden op de kaden van nijverheidsinstellingen’. Tot de ‘behandelingen’ van goederen behoren niet alleen ‘laden’ en ‘lossen’, maar ook ‘stuwen, ontstuwen, omstuwen, storten, trimmen, klasseren, sorteren, calibreren, stapelen, ontstapelen, alsmede samenstellen en ontbinden van eenheidsladingen’. De met de desbetreffende goederen in verband staande bijkomende diensten, namelijk ‘markage, wegen, meten, cuberen, controle, ontvangen, bewaken [...], afleveren, nemen van stalen en verzegelen, schoren en ontschoren’, vallen eveneens onder de wettelijke omschrijving (artikel 1 van het koninklijk besluit van 12 januari 1973 en artikel 2 van het koninklijk besluit van 12 augustus 1974).

B.15. De verplichting om voor het verrichten van havenarbeid uitsluitend een beroep te doen op erkende havenarbeiders is onder meer ingegeven door de

noodzaak om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen en om arbeidsongevallen te voorkomen.

Rekening houdend met zowel de aard van de in het geding zijnde activiteiten als de plaats waar zij worden verricht, te weten het klaarzetten van trailers op een kade voor verscheping, met een daarvoor specifiek bestemd voertuig, blijkt niet dat zij, vanuit het oogpunt om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen, risico's inhouden waarvan de omvang dermate verschilt van die van de risico's bij het laden en lossen van schepen in strikte zin, dat een gelijke behandeling van de beide soorten havenarbeid, voor wat de verplichting betreft om een beroep te doen op erkende havenarbeiders, zonder redelijke verantwoording is.

B.16. De artikelen 1 en 2 van de Wet Havenarbeid zijn bijgevolg niet onbestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de vrijheid van handel en nijverheid, in zoverre zij van toepassing zijn op de in het bodemgeschil in het geding zijnde activiteit.”

3.6. Inmiddels werd het bestreden besluit gewijzigd bij het koninklijk besluit van 26 juni 2020 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid’ (hierna: het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020).

Dit wijzigingsbesluit is gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 juni 2020 en in werking getreden op 1 juli 2020.

3.7. Tegen het bestreden besluit zijn nog zes andere verzoeken tot nietigverklaring ingediend. Deze zaken zijn bij de Raad van State gekend onder de nummers A. 220.220/XIV-37.188, A. 220.221/XIV-37.187, A. 220.223/XIV-37.189, A. 220.224/XIV-37.190, A. 220.228/XIV-37.191 en A. 220.245/XIV-37.196.

IV. Voorwerp van het beroep: verzoek om uitbreiding

Standpunt van de partijen

4. De verwerende partij voert in haar laatste memorie na het (tweede) aanvullend verslag van het auditoraat aan dat de verzoekende partijen ingevolge de wijzigingen doorgevoerd door het inmiddels tussengekomen

wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 actueel belang ontberen bij de vernietiging van de artikelen 2, §§ 1 en 3 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals dat werd gewijzigd door het bestreden besluit. De verwerende partij argumenteert dat het door het genoemde wijzigingsbesluit mogelijk is geworden “om op eenvoudige en zeer snelle wijze na te gaan of een aanvrager nog steeds aan de erkenningsvoorwaarden voldoet, zodat een hernieuwing van de erkenning vlot kan verlopen”. Zij meent dat aldus is tegemoetgekomen aan de kritieken van het HvJ op de erkenningsmodaliteiten zodat “[s]inds deze wijziging, de verzoekende partij[en] dan ook niet langer over een (actueel) belang bij de vernietiging op dit punt [beschikken]” (p. 14).

5. In hun daaropvolgende laatste memorie – die zij aanduiden als “de eerste nuttige procedurehandeling waarin om uitbreiding kon worden verzocht” –, repliceren de verzoekende partijen. Zij betwisten niet alleen dat zij hun belang bij het middel zouden hebben verloren doch vorderen “bijkomend de vernietiging van het koninklijk besluit van 26 juni 2020.” (p. 51). Zij zetten in die laatste memorie verder uiteen dat zij “in het belang van de rechtszekerheid” de uitbreiding vorderen van het voorwerp van het voorliggende vernietigingsberoep tot het (inmiddels tussengekomen) wijzigingsbesluit van 26 juni 2020. De verzoekende partijen voeren aan dat zij er immers eveneens fundamentele bezwaren tegen koesteren omdat dit wijzigingsbesluit “in genendele [voldoet] aan de door het Hof van Justitie gestelde eisen”. Het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 behelst slechts een nadere uitwerking van het bestreden besluit, waarmee het niet alleen inhoudelijk maar ook juridisch-technisch “onlosmakelijk samenhangt”, zonder de vastgestelde onwettigheden ervan te remediëren. Het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 kan volgens de verzoekende partijen niet bestaan zonder het bestreden besluit. Zo het bestreden besluit wordt vernietigd, zullen de bepalingen van het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 “eenvoudigweg zonder voorwerp zijn en elke zin verliezen”: het wijzigingsbesluit kan immers niet bestaan zonder het bestreden besluit.

Beoordeling

6. Overeenkomstig artikel 2, § 1, 3°, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ (hierna: het algemene procedurereglement) moet het voorwerp van het beroep in het inleidend verzoekschrift worden aangegeven. In beginsel kan het later in het geding niet meer worden gewijzigd, nu een latere wijziging ervan niet alleen strijdig zou zijn met dit voorschrift, maar ook met het beginsel van het contradictoire debat, met de rechten van verdediging van de verwerende partij en van de belanghebbenden, kortom met een fair verloop van de rechtsstrijd. Wanneer een verzoekende partij een andere handeling wil aanvechten, dient dit in beginsel te gebeuren door een nieuw beroep in te stellen, en dit met inachtneming van de opgelegde vorm- en termijnvoorschriften.

Slechts in welbepaalde gevallen kan het beroep in de loop van het geding worden uitgebreid tot rechtshandelingen waarvan in het inleidend verzoekschrift niet de nietigverklaring werd gevorderd, doch die zeer nauw, zo niet onlosmakelijk, verbonden zijn met de bestreden akte. Het voorwerp van een beroep tot nietigverklaring kan aldus worden uitgebreid, in voorkomend geval van ambtswege, tot de handelingen die het logische en noodzakelijke gevolg van de bestreden handeling zijn. Latere, op een bestreden besluit steunende handelingen die niet het logische en noodzakelijke gevolg van dat besluit zijn, kunnen eveneens worden nietig verklaard, maar in dat geval vereist de rechtszekerheid dat ze aangevochten worden binnen de termijn die gesteld is om een beroep tot nietigverklaring in te stellen, hetzij met een verzoekschrift tot nietigverklaring, hetzij met een processtuk dat rechtsgeldig en binnen de gestelde termijn is ingediend.

7. Het te dezen geviseerde wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 is gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 juni 2020 en in werking getreden de daaropvolgende dag, met name op 1 juli 2020.

Uit de aanhef ervan blijkt dat ermee wordt beoogd om vanaf 1 juli 2020, enerzijds de Belgische wetgeving in overeenstemming te brengen met de Europese bepalingen inzake vrij verkeer en anderzijds rechtszekerheid te verschaffen aan (i) de werkgevers en aan de kandidaat-havenarbeiders die willen erkend worden buiten de pool in de verschillende Belgische havengebieden, (ii) de voormelde organisaties van werkgevers die optreden als lasthebbers voor de werkgevers in de verschillende Belgische havengebieden en (iii) de werknemersorganisaties die betrokken zijn bij de uitvoering en de toepassing van de havenarbeid. Voorts wordt in de aanhef nog overwogen, ter adstructie van het verzoek om spoedbehandeling, dat “indien de voormelde applicatie niet technisch en juridisch operationeel kan zijn tegen 1 juli 2020, de mogelijkheid zeer reëel is dat de Europese Commissie een nieuwe ingebrekestelling tegen België zal instellen”, wat “ten alle prijze dient te worden voorkomen”.

Concreet, wijzigt het koninklijk besluit van 26 juni 2020, op het procedurele vlak, de erkenningsregeling zoals uitgewerkt in het bestreden besluit door de invoering van de zogenaamde “Portunus”-regeling en bijhorende applicatie, althans wat de zogenaamde “volgende erkenningen” betreft van havenarbeiders die een eerste maal werden erkend *buiten* de pool. Zo bepaalt artikel 1, § 2/1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals ingevoegd door het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 dat in afwijking van artikel 1, § 1, eerste lid, ervan “een erkenning van een havenarbeider die niet werd opgenomen in de pool en die reeds een eerste keer door de administratieve commissie erkend is geweest, overeenkomstig de in artikel 1, § 2, bepaalde procedure (hierna aangeduid ‘als een volgende erkenning’), afgeleverd [kan] worden door middel van de in artikel 13/1 bedoelde applicatie, onder het toezicht van de administratieve commissie”.

Artikel 13/1 (hierna: artikel 13/1 (nieuw)), § 1, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals dat laatst is gewijzigd bij artikel 5 van het voormelde wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 (waarbij een hoofdstuk III/1 - ‘Elektronische erkenning van havenarbeiders die niet worden opgenomen in de

pool en de vaststelling van de wezenlijke elementen van de verwerking van persoonsgegevens’ in het koninklijk besluit van 5 juli 2004 werd ingevoegd), betreft de oprichting van een elektronische applicatie genaamd “Portunus”. Naar luid van paragraaf 2 van datzelfde artikel 13/1 (nieuw) wordt deze elektronische applicatie opgericht met het oog op de volgende doelstellingen: (1) het snel en automatisch behandelen van aanvragen en, in voorkomend geval, afleveren van een volgende erkenning van havenarbeiders die niet worden opgenomen in de pool, alsook het snel en automatisch beëindigen van dergelijke erkenningen; (2) controle mogelijk maken op de toepassing van artikel 1 van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid en (3) de referentiebron zijn voor statistische en geanonimiseerde informatie over “volgende erkenningen” van havenarbeiders die niet worden opgenomen in de pool, met het oog op beleidsanalyse en wetenschappelijk en/of historisch onderzoek. De artikelen 13/2 tot 13/9 van datzelfde Hoofdstuk III/1 bevatten de nadere regels inzake de te verstrekken persoonsgegevens, de doeleinden waarom ze worden verstrekt, evenals de verwerkingen ervan en de (overige) personen die er toegang toe hebben. Artikel 13/3 duidt de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg aan als verwerkingsverantwoordelijke voor de in artikel 13/2, bepaalde gegevens teneinde in te staan voor “het oprichten en in stand houden” van de in artikel 13/1 (nieuw) vermelde applicatie, waaronder de voormelde gegevens in de in artikel 13/1 (nieuw) vermelde applicatie inbrengen, aanpassen en actualiseren. Artikel 13/4 duidt de administratieve commissies aan als verwerkingsverantwoordelijken voor de verwerkingen van de in artikel 13/2 bepaalde persoonsgegevens met als doeleinden/finaliteit (i) het, via de Portunus-applicatie, op een digitale wijze behandelen en afleveren van een volgende erkenning van een havenarbeider die niet werd opgenomen in de pool en die reeds een eerdere erkenning heeft bekomen, op voorwaarde dat is voldaan aan alle in artikel 4, § 1, bepaalde erkenningsvoorwaarden” en (ii) nagaan of een (kandidaat-) havenarbeider al dan niet aan alle in artikel 4, § 1, bepaalde erkenningsvoorwaarden voldoet.

8. Hoewel het juridisch-technisch nog steeds om een nieuwe erkenning gaat, gebeurt de nieuwe, dit is de “volgende erkenning”, volgens de

verwerende partij “automatisch”, dus zonder dat de havenarbeider een nieuwe procedure moet aanvatten en volledig doorlopen. De psychotechnische proeven blijven voortaan geldig voor een periode van twee jaar en het attest van beroepsopleiding voor een periode van drie jaar (*cfr.* artikel 4, § 1, 3° en 6° van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals gewijzigd bij het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020).

Niettemin, hoewel er niet telkens door de havenarbeider buiten de pool een nieuwe erkenningsprocedure moet worden opgestart en doorlopen, dient er wel degelijk een nieuwe – zij het elektronische – erkenningsaanvraag te “worden ingediend door middel van de in artikel 13/1 bedoelde applicatie, die de aanvragen op geautomatiseerde wijze behandelt en, in voorkomend geval, de erkenning aflevert, onder het toezicht van de administratieve commissie”. De keten van opeenvolgende erkenningen met (in de feiten) kortlopende arbeidsovereenkomsten, arbeidsovereenkomst waarover de betrokken erkende havenarbeider buiten de pool bij elke “volgende” aanvraag tot erkenning moet beschikken, blijft in wezen overeind. Uit artikel 13/9, § 2, lijkt te moeten worden afgeleid dat de werkgever die “volgende erkenning” moet aanvragen nu deze bepaling toegang verschaft tot (bepaalde) gegevens in de applicatie aan de “werkgevers die aangesloten zijn bij een overeenkomstig artikel 3bis van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid erkende organisatie van werkgevers” met als doel “om te controleren of de (kandidaat-) havenarbeider aan alle erkenningsvoorwaarden voldoet en om een erkenningsaanvraag in te dienen”. Verder blijft het zo dat, overeenkomstig artikel 4, § 4, tweede en derde lid, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 die zijn toegevoegd bij artikel 3, 8) van het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020, in afwijking van het eerste lid van datzelfde artikel 4, § 4 (dat erin voorziet dat de aanvragen tot erkenning en tot hernieuwing worden ingediend bij en behandeld door de administratieve commissie), “voor de toepassing van artikel 1, § 2/1, de aanvraag kan worden ingediend door middel van de in artikel 13/1 (nieuw) bedoelde applicatie, die de aanvragen op geautomatiseerde wijze behandelt en, in voorkomend geval, de erkenning aflevert, onder het toezicht van de administratieve commissie (tweede lid). In afwijking van

dat tweede lid kan, aldus het derde lid, “indien de (kandidaat-) havenarbeider het uitdrukkelijk vraagt, zijn volgende erkenning gebeuren volgens de in het eerste lid bepaalde procedure”, wat nodig zal zijn wil de betrokken buiten de pool erkende havenarbeider naar aanleiding van een “volgende erkenning” alsnog toetreden tot de pool. Bovendien voorziet artikel 2, § 3, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 nog steeds dat (i) havenarbeiders die niet worden opgenomen in de pool, worden aangeworven met een (schriftelijke) arbeidsovereenkomst in de zin van de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’, (ii) de duurtijd van hun erkenning wordt beperkt tot de duurtijd van de arbeidsovereenkomst en (iii) artikel 4, § 1, 8°, tot slot, dat indien het de erkenning van een havenarbeider als bedoeld in artikel 2, § 3 betreft (dit is een havenarbeider buiten de pool) deze “bovendien beschikken over een schriftelijke arbeidsovereenkomst”.

Zo er uit zijn aard al een nauw verband bestaat tussen het bestreden besluit en het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 – het betreft immers een wijzigingsbesluit en beide besluiten strekken tot hervorming van de erkenningsregeling inzake havenarbeid in een poging, zo blijkt (ook) uit de aanhef van het wijzigingsbesluit om een antwoord te bieden op de Europeesrechtelijke bezwaren –, dan is daarmee nog niet aangetoond dat het wijzigingsbesluit het “logische en noodzakelijke gevolg” van de bestreden handeling is of daarmee “onlosmakelijk” verbonden. Het wijzigingsbesluit blijkt immers de resultante van een nieuwe autonome wilsuiking (en keuze) van de verwerende partij omtrent het te voeren beleid inzake de erkenning van havenarbeiders, met name om – ook nog na de overgangsperiode die was voorzien in artikel 13/1 (oud) (zie nog *infra*) – de erkenningsregeling te organiseren met behoud van het onderscheid tussen erkende havenarbeiders “binnen de pool” en “buiten de pool” waarbij die eerstgenoemde pool beperkt blijft in functie van de door de administratieve commissie te bepalen “behoeften aan arbeidskrachten”. Zoals de verwerende partij zelf aangeeft, tracht het wijzigingsbesluit (zij het slechts partieel) antwoord te bieden op de gerezen Europeesrechtelijke bezwaren, waarvan het derhalve het “logische gevolg” is, met name om een mogelijke nieuwe inbreukprocedure te vermijden. Daarmee is evenwel niet gezegd dat de door het wijzigingsbesluit uitgewerkte regeling

“noodzakelijk” of een “logisch” gevolg is van het bestreden besluit, laat staan er “onlosmakelijk” mee is verbonden. Evenzeer had de verwerende partij in een andere erkenningsregeling kunnen voorzien.

Het valt niet in te zien – en de verzoekende partijen ondernemen ook geen enkele poging om zulks te verantwoorden – waarom zij niet de gelegenheid te baat hebben genomen om, zoals de algemene procedureregeling dat voorschrijft, de vernietiging van het wijzigingsbesluit (dat bovendien een reglementair besluit is) te benaarstigen met een afzonderlijk verzoekschrift binnen een termijn van zestig dagen na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad. Dat geldt des te meer nu de verzoekende partijen zelf stellen dat het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 “in genendele aan de door het Hof van Justitie gestelde eisen voldoet” en waartegen zij dezelfde “fundamentele bezwaren koesteren”. Zij kunnen moeilijk voorhouden dat zij er geen weet van hadden en thans – zonder ook maar enige toelichting omtrent dat verzuim te geven (laat staan dat redelijkerwijze te verantwoorden) –, alsnog verwachten dat zij met een pas op 14 maart 2022 ingediende laatste memorie (dat is ruim anderhalf jaar na publicatie van het wijzigingsbesluit in het Belgisch Staatsblad) “omwille van de rechtszekerheid” op ontvankelijke wijze de vernietiging van dat wijzigingsbesluit kunnen vragen. Precies omwille van de zwaarwichtigheid van de sanctie van de vernietiging in het kader van het objectief contentieux, van te dezen een reglementair besluit, heeft de wetgever – net omwille van de rechtszekerheid – voorzien in een strikte termijn van zestig dagen om op ontvankelijke wijze om annulatie te kunnen verzoeken. De Raad van State ziet geen reden om hier te dezen aan voorbij te gaan.

9. Het verzoek om uitbreiding in niet ontvankelijk.

V. Ontvankelijkheid

A. Eerste exceptie wegens gebrek aan belang

Uiteenzetting

10. Zoals reeds *supra* in punt 4 is gesteld, is de verwerende partij van oordeel dat door de Portunus-regeling van 2020 de verzoekende partijen belang ontberen bij de vernietiging van de artikelen 2, §§ 1 en 3 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals dat werd gewijzigd door het bestreden besluit. De verwerende partij oordeelt dat zij met het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 tegemoet is gekomen aan de kritieken van het HvJ wat de erkenningsmodaliteiten betreft die fundamenteel anders waren voor erkende havenarbeiders buiten de pool terwijl, althans volgens de verwerende partij, “de combinatie van erkenning binnen en buiten de pool niet principieel strijdig is met het Werkingsverdrag”. Meer bepaald meent zij dat “de duurtijd van de erkenning van havenarbeiders buiten de pool (...) niet langer als een ongeschikte of disproportionele beperking van het vrij verkeer kan worden beschouwd en bijgevolg enige nietigverklaring van het K.B. van 5 juli 2004 of delen daarvan niet kan verantwoorden” en de verzoekende partijen derhalve sedert de wijziging van 26 juni 2020 “niet langer over (actueel) belang bij de nietigverklaring op dit punt [beschikken]”.

Beoordeling

11. Daargelaten nog, en anders dan de verwerende partij dat ziet, kan de beoordeling van de verenigbaarheid van de beperkte duurtijd van de erkenning van buiten de pool erkende havenarbeiders – die is gekoppeld aan de duur van de (in de havensector typische kortlopende) arbeidsovereenkomst – in het licht van het vrije verkeer van werknemers en werkgevers niet worden losgezien van het geheel van de uitgewerkte erkenningsregeling, daarin begrepen het naast elkaar bestaan van arbeiders binnen en buiten de pool en de geldende mobiliteitsregeling voor overgang binnen en buiten de pool en tussen havengebieden. Zoals hierna wordt uiteengezet, zal blijken dat – ook al is de procedure voor “volgende erkenningen” vereenvoudigd –, er toch nog aanzienlijke beperkingen zijn die niet geschikt, noodzakelijk of evenredig zijn. In die mate valt de exceptie derhalve samen met het onderzoek van de grond.

De verwerende partij kan dan ook niet worden bijgevalen waar zij stelt dat de verzoekende partijen sedert de invoering van de Portunus-regeling een actueel belang bij de vernietiging (geheel of gedeeltelijk) van het bestreden besluit zouden ontberen.

12. De exceptie is ongegrond.

B. Tweede exceptie wegens gebrek aan belang

Standpunt van de partijen

13. In haar laatste memorie werpt de verwerende partij op dat er in hoofde van de verzoekende partijen evenmin nog een (actueel) belang voorhanden is bij de gebeurlijke vernietiging van artikel 13/1 (oud) van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals dat werd ingevoegd bij artikel 17 van het bestreden besluit. De gebeurlijke vernietiging van het genoemde artikel 13/1 (oud) – het is inmiddels immers impliciet opgeheven bij artikel 5 van het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 (zie *supra*, punt 7) – kan volgens de verwerende partij geheel los worden gezien van de rest van het koninklijk besluit. Artikel 13/1 (oud) zoals ingevoerd bij artikel 17 van het bestreden besluit voorzag in een overgangsperiode waarbij arbeidsovereenkomsten met havenarbeiders buiten de pool aanvankelijk aan een minimumduur werden onderworpen, te weten een minimumduur van 2 jaar (vanaf 1 juli 2017), 1 jaar (vanaf 1 juli 2018) en 6 maanden (vanaf 1 juli 2019). Sinds 1 juli 2020 “geldt er geen enkele minimumduur meer voor arbeidsovereenkomsten met havenarbeiders buiten de pool. Het standpunt dat de overgangsregeling onevenredig is aan het doel om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen, gaat voorbij aan het feit dat deze overgangsmaatregel veeleer was ingegeven door de wens om een al te bruuske verandering van het havenarbeidsregime te vermijden met mogelijk nefaste gevolgen voor de betaalbaarheid van het pool-systeem (en zodoende ook de bestaanszekerheid van de arbeiders in de pool). Indien werkgevers immers onmiddellijk massaal een beroep hadden gedaan op

havenarbeiders buiten de pool voor kortlopende opdrachten had dit opnieuw tot een veel grotere inactiviteit van de poolarbeiders kunnen leiden en het pool-systeem op de helling kunnen zetten. De overgangsregeling was bijgevolg ingegeven door een “erkende dwingende reden van algemeen belang”, te weten het beschermen van werknemers en het vermijden van verstoringen op de arbeidsmarkt of, nog, het beschermen van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel. In ieder geval is de overgangsregeling inmiddels afgelopen, zodat er geen enkele beperking meer bestaat qua duur op de recrutering van havenarbeiders buiten de pool.

14. De verzoekende partijen volharden in hun laatste memorie. Zij stellen dat het gegeven dat de overgangsperiode is verlopen niet pertinent is omdat hen aldus gedurende vele jaren werd belet om werknemers van hun keuze aan te werven en ze aan hun onderneming te binden op basis van een gemeenrechtelijke arbeidsovereenkomst. Dit heeft hen “een concreet nadeel toegebracht, waarvan de juridische en feitelijke gevolgen zich nog steeds doen gevoelen” zodat zij nog steeds beschikken over het vereiste belang.

Beoordeling

15. De overgangsregeling van artikel 13/1 (oud) van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals ingevoegd door artikel 17 van het bestreden besluit, bepaalde wat volgt:

“Art. 13/1. 1^e de arbeidsovereenkomst waarvan sprake in artikel 2, § 3, 2e lid, moet worden gesloten voor onbepaalde duur;
2^e de arbeidsovereenkomst waarvan sprake in artikel 2, § 3, 2e lid, moet worden gesloten voor minstens 2 jaar;
3^e de arbeidsovereenkomst waarvan sprake in artikel 2, § 3, 2e lid, moet worden gesloten voor minstens 1 jaar;
4^e de arbeidsovereenkomst waarvan sprake in artikel 2, § 3, 2^e lid, moet worden gesloten voor minstens 6 maanden.”

Gelezen in samenhang met artikel 19 van het bestreden besluit gold artikel 13/1, 1^o (oud) (de verplichting om een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur te sluiten) in de periode van 14 juli 2016 tot 30 juni 2017, artikel

13/1, 2° (oud) (de verplichting om een arbeidsovereenkomst te sluiten voor minstens twee jaar) van 1 juli 2017 tot 30 juni 2018, artikel 13/1, 3° (oud) (de verplichting om een arbeidsovereenkomst te sluiten voor minstens een jaar) van 1 juli 2018 tot 30 juni 2019 en artikel 13/1, 4° (oud) (de verplichting om een arbeidsovereenkomst te sluiten voor minstens zes maanden) van 1 juli 2019 tot 30 juni 2020.

Inmiddels heeft artikel 13/1 met artikel 5 van het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 zoals hiervoor is gebleken, een geheel andere inhoud gekregen door de invoering van de elektronische Portunus-applicatie voor het aanvragen van de zogenaamde “volgende erkenningen” (zie *supra*, punt 7) zodat de bestreden overgangsbepaling (minstens impliciet) is opgeheven.

16. Naar het oordeel van het HvJ in zijn arrest van 11 februari 2021 (r.o. 105 *iuncto* 109 tot 111) was de (inmiddels opgeheven) overgangsbepaling onevenredig aan het doel om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen aangezien tijdens de overgangsperiode, en in acht genomen de in de sector typische kortlopende duur van arbeidsovereenkomsten, alleen de binnen de pool opgenomen havenarbeiders de mogelijkheid hadden om arbeidsovereenkomsten van korte duur te sluiten, wat in de praktijk leidde tot een situatie waarin deze pool bestaat uit een beperkt aantal havenarbeiders waarop (door de werkgevers) een beroep moest worden gedaan. Deze overgangsperiode is zoals de verwerende partij stelt, inmiddels verstreken zodat er geen enkele beperking meer bestaat qua duur op de rekrutering van havenarbeiders buiten de pool zodat de verzoekende partijen op dit punt het vereiste (actueel) belang bij vernietiging ervan, ontberen.

Zoals hiervoor is gebleken is de bestreden overgangsregeling inderdaad verstreken en overigens (minstens impliciet) opgeheven zodat de verzoekende partijen niet langer belang hebben bij de vernietiging ervan. De loutere bewering van de verzoekende partijen dat “de feitelijke en juridische gevolgen van dat nadeel zich nog steeds doen gevoelen” omdat zij in het verleden

deze havenarbeiders niet aan zich konden binden op duurzame wijze, volstaat niet om een zeker en actueel belang bij de vernietiging van die bepaling te adstrueren.

17. De exceptie is gegrond.

Artikel 13/1 (oud) van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals het was ingevoegd bij artikel 17 van het bestreden besluit doch inmiddels (impliciet) is opgeheven met het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 wordt hierna bij de beoordeling van de middelen dan ook buiten beschouwing gelaten.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Vooraf: eerste middel, zevende en achtste middel

18. Het eerste middel werd reeds ongegrond bevonden bij 's Raads tussenarrest nr. 244.504 van 16 mei 2019. Ook het zevende middel kon op zich niet tot nietigverklaring leiden: voor zover kritieken in dat zevende middel samenvielen met het achtste middel werd naar dat achtste middel verwezen. Dat achtste middel kon in de in het genoemde tussenarrest aangegeven mate evenmin tot vernietiging leiden. In zoverre het achtste middel evenwel met het tweede middel samenviel, werd geoordeeld dat het was aangewezen om het *sub* 3.4 genoemde arrest van 11 februari 2021 af te wachten.

B. Het tweede, het derde en het vijfde middel

Standpunt van de partijen

19. Het tweede middel is genomen uit de schending van artikel 49 (vrijheid van vestiging) en artikel 106, lid 1, van het VWEU. In het derde middel betrekken de verzoekende partijen hun kritieken en uiteenzettingen inzake de door hen in het tweede middel bestreden restricties die voor “herhaald” moeten worden aangezien, op het vrij verkeer van werknemers gewaarborgd door artikel 45 van het VWEU dat zij eveneens geschonden achten. In het vijfde middel betrekken de

verzoekende partijen hun kritieken en uiteenzettingen inzake de door hen in het tweede middel bestreden restricties die weerom voor “herhaald” moeten worden aangezien, op het vrij verkeer van diensten gewaarborgd door artikel 56 van het VWEU dat zij eveneens geschonden achten.

De standpunten van de partijen over deze middelen zijn uiteengezet in het tussenarrest nr. 244.504 van 16 mei 2019. Er wordt naar verwezen.

20. In hun laatste memorie na het (tweede) aanvullend verslag van het auditoraat beklemtonen de verzoekende partijen nog dat, anders dan de verwerende partij voorhoudt, zij geenszins (geheel noch gedeeltelijk) hun belang bij het (tweede, het derde en het vijfde) middel hebben verloren door de invoering met het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 van de Portunus-regeling (en bijbehorende applicatie). Verder herinneren de verzoekende partijen in hun laatste memorie, wat de samenstelling van de administratieve commissie en de ontstentenis van een beslistermijn betreft, nogmaals aan “de realiteit” van de toegang tot het beroep van havenarbeider, meer bepaald de haven als “*‘closed shop’* (‘gesloten werkplaats’) voorbehouden voor vakbondsleden (en vaak hun familieleden)” waarvan zij vervolgens de naar hun oordeel “reële gang van zaken” verder illustreren, wat volgens hen “zwart op wit aan[toont] dat sprake is van corporatisme en nepotisme” en indruist tegen de fundamentele rechten inzake vrij verkeer. Zij herhalen dat het bestreden besluit tekort komt in de elementaire procedurele waarborgen. Ze beklemtonen dat niet gegarandeerd is dat een kandidaat die aantoonbaar aan alle erkenningsvoorwaarden voldoet, ook daadwerkelijk de erkenning zal ontvangen. De lokale codices bepalen slechts dat wie aan de erkenningsvoorwaarden voldoet, “in aanmerking komt” om te worden erkend. Specifiek wat de poolarbeiders betreft waarvan het aantal op voorhand door de administratieve commissie wordt beperkt op basis van de zogenaamde “behoefte aan arbeidskrachten”, is elke transparantie zoek. Wat het exclusief recht inzake de controle van de medische geschiktheid betreft – wat de verzoekende partijen op zich erkennen als een relevant criterium –, volharden zij dat het niet verantwoord is om het in te passen in een erkenningensysteem waarbij de controle

daarover wordt voorbehouden aan “één enkele, bovendien niet-onafhankelijk optredende monopolist”, zijnde de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk, waarbij de lokale werkgeversorganisatie – zonder een beroep op de mededinging te doen – is aangesloten. Volgens het gemeen arbeidsrecht kan het verplichte preventieve medische onderzoek van werknemers belast met risicovolle taken worden uitgevoerd door om het even welke preventieadviseur-arbeidsarts, vrij gekozen door de werkgever. Ook kunnen werkgevers zelf een “externe dienst voor preventie en bescherming op het werk” kiezen of er zelfs vrij een oprichten. Er bestaat geen enkele valabele en wetenschappelijk onderbouwde reden waarom werkgevers die een niet-poolarbeider willen tewerkstellen, of een poolarbeider voor erkenning willen voordragen, niet vrij de “preventieadviseur-arbeidsarts” of de “externe dienst voor preventie en bescherming op het werk” zouden mogen kiezen of niet zelf een dergelijke dienst mogen oprichten. Wat de wijze betreft waarop de psychotechnische geschiktheid van de werknemers wordt nagegaan, volharden zij dat dergelijk criterium “uit zijn aard” vooral de kwaliteit van het werk en de productiviteit van de werknemer “en dus van de onderneming van de werkgever” dient, wat economische doelstellingen zijn die met het oog op arbeidsveiligheid irrelevant zijn. Bovendien is het een subjectief criterium wat uitnodigt tot willekeur en wordt het nagegaan “door het orgaan dat hiertoe werd aangewezen door de monopolistische werkgeversorganisatie”, wat misbruiken in de hand werkt en verhindert het systeem dat een individuele werkgever zich over de persoonlijkheid, de motivatie, etc. van de kandidaten zelf een oordeel vormt, zowel bij aanwerving van een niet-poolarbeider als bij voordracht van een poolarbeider. Nochtans wordt de organisatie van dergelijke proeven ook door andere erkende ondernemingen zoals uitzendkantoren aangeboden. Wat het exclusieve recht op de te verstrekken beroepsopleiding betreft, wijzen de verzoekende partijen erop dat de opleiding en de examinering volgens het bestreden besluit “vrij” kan worden aangeboden doch in de feiten betreft het “een monopolie voor een tweetal opleidingscentra” terwijl een andere (private) aanbieder “al jaren met alle middelen uit de lokale markt [wordt] geweerd”. De verzoekende partijen herhalen voorts hun bezwaren betreffende de samenstelling en de volgens hen inadequate beroepsmogelijkheid tegen de beslissingen van de

administratieve commissie onder meer omdat deze is samengesteld uit overheidsambtenaren en vertegenwoordigers van “andermaal, werkgevers- en werknemersorganisaties” die met unanimité beslissen (en waarbij de leden derhalve over een vetorecht beschikken) waaraan geen bindende beslistermijn is opgelegd waarbinnen deze haar beslissing moet nemen, en dat zowel wat de pool-havenarbeiders als de niet pool-havenarbeiders betreft. Zij stellen in hun laatste memorie dat “slechts een symbolisch handvol niet-poolarbeiders [werd] erkend”, te weten aan niet-poolarbeiders waren “[n]a 4 jaar [...] 4 erkenningen verleend, op een totaal van 9.400 arbeiders”. Het daaropvolgende jurisdictioneel beroep bij de arbeidsgerechten zou volgens de verzoekende partijen een doorlooptijd hebben van “een à twee jaar”, daargelaten nog de duur van de beroepsprocedure, eventuele cassatieprocedure, de moeilijkheden van prejudiciële vraagstelling, enzovoort zodat een benadeelde kandidaat voor erkenning “vijf tot tien jaar moet procederen vooraleer een met gebreken behepte beslissing van de administratieve commissie wordt tenietgedaan” zonder dat de arbeidsgerechten over een hervormingsbevoegdheid beschikken, zonder dat is voorzien in de mogelijkheid van een kortgedingprocedure “aangezien er geen sprake is van de aantasting van subjectieve rechten” en zonder dat er een adequaat rechtsmiddel is tegen stilzitten van de beroepscommissie zodat de rechtsbescherming ter zake “ver beneden de normale Unierechtelijke standaarden (...) blijft.” Wat buitenlandse (kandidaat)-havenarbeiders betreft, hernemen de verzoekende partijen hun eerdere kritieken. Zij stellen dat, ook al bepaalt het bestreden besluit dat havenarbeiders “die kunnen aantonen dat zij in een andere lidstaat van de Europese unie aan vergelijkbare voorwaarden inzake havenarbeid voldoen, voor de toepassing van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 niet meer aan die voorwaarden [worden] onderworpen”, de Belgische reglementering nog steeds eist dat een werknemer die in een andere lidstaat zou erkend zijn, zich in België opnieuw aan een erkenningsprocedure onderwerpt. Zij stellen dat dit leidt tot “overdreven hoge administratieve kosten” en de regelgeving is “zo strikt dat het al te gemakkelijk is om buitenlandse kandidaten voor erkenning te weren”, wat zij illustreren. De verzoekende partijen stellen nog dat “nergens anders in de EU “vergelijkbare” voorwaarden [bestaan] zodat het principe van de wederzijdse erkenning dode letter

is”. Wat de beperkingen op het werken in een ander havengebied betreft, brengen zij “de nieuwe cao bij die – voorafgaand aan de aanneming van het bestreden besluit in met medeweten en met medewerking van verwerende partij – over de tewerkstelling van havenarbeiders in een ander havengebied is gesloten”. Volgens de verzoekende partijen verbiedt deze cao – het betreft de collectieve arbeidsovereenkomst van 22 juni 2016 ‘houdende de voorwaarden en modaliteiten waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgene waar hij werd erkend’ (stuk 35 van de verzoekende partijen) – de tewerkstelling van poolarbeiders in een andere haven volledig. Het verbod op (zelfs maar exceptionele) tewerkstelling van poolarbeiders in een andere haven doet de bepaling van het bestreden besluit van 2016 luidens welke de erkenning geldig is in elk havengebied geheel teniet. Tot slot, herhalen de verzoekende partijen nog hun grieven inzake de beperkingen ingevolge het verplicht veiligheidscertificaat voor logistieke arbeiders, beperkingen die zij disproportioneel achten. Zij stellen in essentie dat dit hele “veiligheidscertificaat” met veiligheid absoluut niets te maken heeft. Het feit dat eenieder het “veiligheidscertificaat” kan ontvangen op vertoon van de identiteitskaart en tegen betaling van de commerciële prijs bewijst dat van enige doelstelling de “veiligheid” te verzekeren geen sprake is.

21. In haar laatste memorie na het (tweede) aanvullend verslag van het auditoraat stelt de verwerende partij dat, anders dan dat verslag laat uitschijnen, het HvJ zich “niet per definitie [verzet] tegen het principe van een tweeledige erkenning binnen of buiten de pool, noch tegen het behoud van een beperkte pool van erkende havenarbeiders waarvan de omvang is afgestemd op de behoefte aan arbeidskrachten”. Zij meent integendeel dat “in het prejudicieel arrest net steun te lezen [valt] voor het pool-systeem (los van de opmerkingen van het Hof m.b.t. een aantal modaliteiten inzake de erkenning van havenarbeiders binnen en buiten de pool”. Zo wijst de verwerende partij erop dat “een aantal van de bezwaren inmiddels werden weggewerkt en niet langer beantwoorden aan de realiteit”. De verwerende partij oordeelt dat het HvJ zich niet als dusdanig verzet tegen een systeem waarbij havenarbeiders ofwel worden erkend binnen de pool, in functie

van de behoefte aan arbeidskrachten, dan wel buiten de pool, mits de bijhorende inhoudelijke en procedurele erkenningsmodaliteiten geschikt en evenredig zijn. De verwerende partij erkent dat in punt 74 van het arrest van 11 februari 2021 wordt bevestigd dat een systeem waarbij ondernemingen die havenactiviteiten willen uitvoeren exclusief beroep kunnen doen op een ‘beperkte pool’ van erkende havenarbeiders “beslist onevenredig” is doch dat het HvJ oordeelt dat de pool waarin het bestreden besluit voorziet ‘geen starre pool’ vormt in die zin. De reden hiervoor is dat niet in de pool opgenomen arbeiders immers ook als havenarbeiders kunnen worden aangesteld op basis van een arbeidsovereenkomst en ondernemingen dergelijke havenarbeiders kunnen rekruteren buiten de pool om. De verwerende partij meent voorts dat voor haar standpunt nog steun kan worden gezocht door de analyse van het HvJ inzake de regeling via collectieve arbeidsovereenkomst van de wijze waarop havenarbeiders kunnen overgaan van de pool van het ene havengebied naar de pool van een ander havengebied (punten 128 e.v. van het arrest van 11 februari 2021). Het HvJ laat het volgens de verwerende partij aan “de bevoegde bodemrechter (lees: de verwijzende rechter (r.o. 134)) om te beoordelen of de bij CAO uitgewerkte voorwaarden *in concreto* geschikt (lees: noodzakelijk) en evenredig zijn”. Die analyse is volgens de verwerende partij maar zinvol indien men ervan uitgaat dat het oprichten en in stand houden van een wervingsreserve van gekwalificeerde arbeidskrachten (de ‘pool’), afgestemd op de behoefte aan arbeidskrachten in het havengebied, op zich niet strijdig is met het VWEU, althans indien het ondernemingen terzelfdertijd vrij staat om havenarbeiders aan te werven buiten de pool. Zij wijst daarvoor naar punt 65 van het arrest van 11 februari 2021 waarin het HvJ vertrekt van het uitgangspunt dat de wens om te voorzien in voldoende gespecialiseerde arbeidskrachten kan worden beschouwd als een dwingende reden van algemeen belang. Omgekeerd is het volgens de verwerende partij “evident” dat, indien het HvJ het loutere bestaan van de ‘pool’ (ongeacht de mogelijkheid tot erkenning en rekrutering *buiten de pool*) strijdig achtte met het VWEU het dit in duidelijke, niet mis te verstane bewoordingen zou hebben vastgesteld. Zij leidt dat ook nog af uit het antwoord van het HvJ op de vijfde vraag die de overgangsregeling “naar de nieuwe pool” van de voorheen erkende havenarbeiders betrof (m.n. artikel 15/1 van het koninklijk

besluit van 5 juli 2004 zoals ingevoegd bij artikel 18 van het bestreden besluit). Tot slot, herinnert de verwerende partij er “ten overvloede” aan dat meer algemeen het regime inzake de erkenning van havenarbeiders is ingegeven, niet alleen door overwegingen inzake openbare veiligheid en arbeidsveiligheid in de havengebieden, maar ook, aldus de verwerende partij, door “de noodzaak van de dagelijkse beschikbaarheid van gespecialiseerde arbeiders ten behoeve van een productieve, dienstverlenende en concurrentiële haven, wat een dwingende reden van algemeen belang betreft, die niet louter economisch van aard is”. Het feit dat de toelating van nieuwe havenarbeiders tot de pool afhankelijk is van de ‘behoefte aan arbeidskrachten’ is geen ongeschikte en/of disproportionele beperking van het vrij verkeer doch strekt ertoe het pool-systeem “werkbaar en betaalbaar” te houden, en op die manier de sociale bescherming van de betrokken arbeiders te waarborgen: men moet daarbij voor ogen houden dat, ter compensatie voor de flexibiliteit in hoofde van de havenarbeiders binnen de pool op vlak van inzetbaarheid, deze arbeiders “o.m. ook werkloosheidsvergoeding voor de dagen waarop ze niet worden ingezet” krijgen (met een supplement vanuit het Compensatiefonds voor Bestaanszekerheid, gefinancierd door de werkgevers welke gebruik maken van een poolwerknemer) zodat “indien het aantal arbeiders in de pool aanzienlijk hoger zou zijn dan de behoefte aan arbeidskrachten binnen het havengebied op piekniveau (mede rekening houdend met de onbeperkte aanwervingsmogelijkheid buiten de pool), een groot aantal arbeiders op non actief zou staan maar niettemin (deels) zou moeten worden doorbetaald, wat het solidariteitssysteem op termijn onbetaalbaar zou maken en ook ongunstig zou zijn voor de sociale bescherming van de betrokken arbeider, hun werkervaring en dus veiligheid”. Verder voert de verwerende partij nog aan dat de erkenningsmodaliteiten de vernietiging van het bestreden besluit niet kunnen rechtvaardigen. Zij wijst erop dat de kritieken van het HvJ betrekking hadden (i) op het feit dat havenarbeiders erkend buiten de pool bij elke nieuwe, zelfs opeenvolgende en kortlopende, arbeidsovereenkomst, opnieuw de erkenningsprocedure moeten doorlopen, (ii) het ontbreken van een beslissingstermijn voor erkenningsaanvragen en (iii) de samenstelling van de administratieve commissie. Volgens haar is aan die kritieken verholpen bij het

wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 met de introductie van de nieuwe elektronische ‘Portunus’-applicatie. Concreet houdt dat systeem in dat de eerste erkenning van een havenarbeider buiten de pool nog gebeurt door de administratieve commissie (en niet door Portunus), waarbij de commissie nagaat of alle (objectieve) erkenningsvoorwaarden zijn vervuld. De duurtijd van deze erkenning is beperkt tot de duur van de arbeidsovereenkomst. Echter, om te vermijden dat een havenarbeider buiten de pool bij een nieuwe arbeidsovereenkomst telkens een nieuwe procedure met passage via de administratieve commissie moet doorlopen, werd ervoor gekozen om “de erkenning te laten hernieuwen door Portunus”, wat inhoudt dat indien een havenarbeider nog aan alle erkenningsvoorwaarden voldoet, het systeem automatisch een nieuwe erkenning aflevert, zonder enige beoordelingsmarge, en zonder enig tijdverlies. De enige formaliteit die vervuld moet worden, is dat de werkgever het bewijs van een arbeidsovereenkomst moet opladen in het systeem. *De facto* gaat het dus eerder over een ‘verlenging’ van de erkenning (hoewel het juridisch-technisch een nieuwe ‘volgende erkenning’ is). Het wijzigingsbesluit is in werking getreden op 1 juli 2020, zijnde hetzelfde ogenblik waarop de overgangsregeling uitdoofde en het mogelijk werd om havenarbeiders buiten de pool aan te werven zonder enige minimumduur op vlak van de arbeidsovereenkomst. Het bepaalt voorts nog gedurende welke termijn een havenarbeider buiten de pool wordt verondersteld om de respectievelijke erkenningsvoorwaarden te blijven vervullen. Deze duur wordt bepaald aan de hand van het (maximale) interval tussen “de laatste dag van de geldigheid van de laatste erkenning” (lees: de einddatum van de aflopende arbeidsovereenkomst) en de startdatum van de nieuwe arbeidsovereenkomst. Voor de voorbereidingslessen veilig werken en vakbekwaamheid gaat het om een interval van drie jaren (art. 4(1), 6° van het koninklijk besluit van 5 juli 2004), voor de psychotechnische proeven om een interval van twee jaren (art. 4(1), 3° van datzelfde besluit van 5 juli 2004), voor het vereiste inzake het voorleggen van een bewijs van goed gedrag en zeden geldt een interval van maximum drie maanden (art. 4(1), 1°) en voor het bewijs van de medische geschiktheid geldt “een overgangsperiode van één jaar conform de Codex over het Welzijn op het Werk (Titel I, Boek IV)”, wat volgens de verwerende partij redelijke tussenpozen zijn. De verwerende partij is van

oordeel dat door die Portunus-regeling van 2020 “de duurtijd van de erkenning van havenarbeiders buiten de pool (...) niet langer als een ongeschikte of disproportionele beperking van het vrij verkeer kan worden beschouwd. Wat de beslistermijn voor erkenningsaanvragen betreft, herhaalt de verwerende partij dat de hernieuwing/verlenging van de erkenning van havenarbeiders buiten de pool voortaan “automatisch gebeurt via de Portunus-applicatie”, weliswaar met dien verstande dat deze verlenging afhankelijk is gesteld van het voorleggen van een (nieuwe) arbeidsovereenkomst wat volgens haar “op zich logisch is”. De verwerende partij stelt nog dat de initiële erkenningsbeslissing vanwege de administratieve commissie voor havenarbeiders binnen de pool inderdaad niet is onderworpen aan een uitdrukkelijke beslistermijn “hetgeen het Hof van Justitie hekelt” doch de verwerende partij meent dat deze “theoretische opmerking geen probleem vormt als men naar de concrete feiten kijkt” waaruit niet blijkt dat de doorlooptijd om tot een beslissing te komen eenmaal een volledig dossier is ingediend, problematisch is. Wat tot slot de samenstelling van de administratieve commissie betreft, herhaalt de Belgische Staat dat de hernieuwing/verlenging van havenarbeiders *buiten* de pool, voortaan “geautomatiseerd” verloopt via de Portunus-applicatie. Voor de eerste erkenning van havenarbeiders *buiten* de pool is het wel de administratieve commissie die nagaat of de erkenningsvoorwaarden voldaan zijn. Een belangrijke kanttekening hierbij is dat volgens haar de erkenningsvoorwaarden in de regel geen enkele beoordelingsvrijheid laten voor de administratieve commissie: de commissie verricht slechts een ‘technische verificatie’ of de aanvrager minstens 18 jaar is, geslaagd is voor de voorbereidingslessen, een attest van medische geschiktheid kan voorleggen, *etcetera*. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* met betrekking tot het voorleggen van een blanco attest van goed gedrag en zeden. Kortom: bij gebrek aan relevante beoordelingsvrijheid kan zij op zich niet leiden tot een schending van het Unierecht. Ook voor wat de erkenning van havenarbeiders *binnen* de pool betreft, geldt dat de erkenningsvoorwaarden in de regel geen beoordelingsvrijheid toelaten in hoofde van de administratieve commissie. Deze voorwaarden worden immers op dezelfde manier gecontroleerd voor havenarbeiders binnen en buiten de pool. “Dit is slechts anders”, aldus de verwerende partij, “voor de vereiste dat er maar

plaats is binnen de pool in functie van de behoefte aan arbeidskrachten”. En hoewel het HvJ daar volgens de verwerende partij op zich geen problemen mee had, wenst de Belgische Staat voor de volledigheid op te merken dat die evaluatie in functie van vele objectieve parameters gebeurt zoals “(i) de voorziene uitstroom van arbeiders (pensionering, exit, ...), (ii) algemene prognoses rond de conjunctuur in de haven(s), Vlaanderen en de wereld door officiële instanties zoals o.m. de Nationale Bank van België, (iii) studies van gespecialiseerde onderzoeksbureaus zoals Drewry, Alphaliner,... en discussies met andere stakeholders zoals de havenautoriteit, (iv) de prognoses van bedrijven, in het bijzonder van de leden van de RVB Cepa, opgevraagd om hun behoefte te capteren en af te zetten op de algemene prognoses, (v) evoluties gekoppeld aan investeringen van bedrijven (bv. een nieuw haventerrein dat vrijkomt, nieuwe technologie die ingevoerd wordt, automatisatie van bepaalde activiteiten, congestie,...) die een impact kunnen hebben op de behoefte aan arbeidskrachten”. Wat artikel 4(2) [lees: artikel 4, § 2] van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door het bestreden besluit, betreft, worden de “voorwaarden en modaliteiten waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgeen waar hij werd erkend vastgelegd via collectieve arbeidsovereenkomst”. Het loutere feit aldus de verwerende partij, dat deze materie niet rechtstreeks door de regelgever wordt geregeld, maar wordt overgelaten aan collectieve arbeidsovereenkomsten houdt op zich geen beperking in van het VWEU. Het prejudicieel arrest van het HvJ komt niet tot een ander besluit, maar stelt dat het aan de bevoegde bodemrechter toekomt om na te gaan of de bij cao vastgelegde voorwaarden en bepalingen inzake de mobiliteit tussen havengebieden noodzakelijk en evenredig zijn in het licht van de nagestreefde doelstellingen van algemeen belang. Te dezen is volgens de verwerende partij geenszins aangetoond dat het om beperkende voorwaarden of modaliteiten zou gaan. Ook is de precieze invulling van deze voorwaarden en modaliteiten via de cao nog steeds onderworpen aan rechterlijk toezicht zodat dit op zich geen strijdigheid oplevert. Luidens Artikel 4(3) [lees: artikel 4, § 3] van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 moeten buitenlandse werknemers kunnen aantonen aan vergelijkbare voorwaarden inzake havenarbeid te voldoen. Er kan volgens de verwerende partij geen redelijke

twijfel bestaan over de mogelijkheid om te eisen dat de havenarbeider zijn medische geschiktheid toont. Meer algemeen erkent het prejudicieel arrest van het HvJ dat de verschillende erkenningsvoorwaarden vervat in genoemd artikel 4 “in beginsel geschikt [zijn] om de veiligheid in de waarborgen en ... evenredig [zijn] aan dat doel”. De verwerende partij beklemtoont dat de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk, welke instaan voor de medische testen, in volle onafhankelijkheid opereren en aan een eigen regelgevend kader zijn onderworpen. Er is geen enkele aanwijzing dat deze diensten hun bevoegdheden incorrect zouden uitoefenen. *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor de externe partners die worden ingeschakeld voor het uitvoeren van psychotechnische tests, zoals het door CEPA ingeschakelde *Acerta Consult*. De verzoekende partijen maken niet aannemelijk dat het transparante, objectieve en onpartijdige karakter van de onderzoeken, tests of proeven in twijfel zou moeten worden getrokken. Van enige inbreuk op het VWEU is dan ook geen sprake. Wat tot slot artikel 1(3) [lees: artikel 1, § 3] van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals gewijzigd bij artikel 1, 2° van het bestreden besluit, betreft, dat voorziet dat ‘logistieke werknemers’ over een veiligheidscertificaat moeten beschikken met het oog op hun erkenning, stelt de verwerende partij dat “dit certificaat wordt aangevraagd door de werknemer [lees: werkgever] en wordt uitgegeven op vertoon van de identiteitskaart en de arbeidsovereenkomst”. De modaliteiten van deze procedure worden vastgelegd via cao. Het vereiste van een veiligheidscertificaat is niet alleen gelinkt aan overwegingen van arbeidsveiligheid, maar ook van openbare veiligheid (mede in bijvoorbeeld de problematiek inzake drugshandel is het immers van belang om toezicht te houden op wie er toegang verkrijgt tot het havengebied). Het HvJ erkent in het prejudicieel arrest dat de vereiste dat logistieke werknemers over een veiligheidscertificaat beschikken geen inbreuk op het VWEU impliceert, mits de verkrijging ervan “geen buitensporige en onevenredige administratieve lasten met zich brengt”. De verwerende partij beklemtoont dat de verdere uitwerking van het veiligheidscertificaat niet wordt geregeld door het bestreden koninklijk besluit zodat het ook niet op deze basis kan worden bekritiseerd. De modaliteiten worden immers geregeld per cao, welke op zichzelf is onderworpen aan rechterlijk toezicht. Desgevallend zouden deze cao’s dan aan een rechterlijke toetsing moeten

onderworpen worden, maar niet de vereisten van het bestreden besluit zelf. De Belgische Staat heeft geen kennis van het feit dat eisende partij een procedure zou ingesteld hebben tegen deze cao's. Voor het overige meent de verwerende partij dat de desbetreffende modaliteiten geenszins "buitensporige en onevenredige administratieve lasten" met zich brengen. Het veiligheidscertificaat voor logistieke werknemers wordt immers afgeleverd op vertoon van de identiteitskaart van de werknemer en de arbeidsovereenkomst. De verwerende partij stelt dat "[i]n overeenstemming met cao 135640 van het Paritair Comité voor het Havenbedrijf van 28 september 2016 het certificaat de vorm aan[neemt] van een 'Alfapass-kaart', i.e., een contactloze chipkaart die biometrische gegevens van de kaarthouder opslaat, dan wel een 'gelijkwaardig alternatief'. In praktijk gebeurt dit door een snelle afhandeling en tegen een geringe prijs. De Alfapass-kaart kan bijvoorbeeld eenvoudig worden aangevraagd door de werkgever via een online applicatie. Gelijkaardige systemen bestaan trouwens in andere havens. Daarbij lijken de gehanteerde tarieven (de Alfapass heeft een eenmalige aankoopkost van 35 euro, naast een jaarlijkse abonnementskost van 30 euro) niet noemenswaardig af te wijken van hetgeen elders gebruikelijk is." De verzoekende partijen maken volgens de verwerende partij niet aannemelijk dat op dit punt een schending van het VWEU voorligt. Dat is tot slot evenmin het geval wat artikel 15/1, zoals ingevoegd bij artikel 18 van het bestreden besluit betreft, waarin is bepaald dat personen die eerder als havenarbeider waren erkend onder de oude regeling van rechtswege worden opgenomen in de pool. Het HvJ stelt immers, aldus de verwerende partij, expliciet vast dat de artikelen 45, 49 en 56 VWEU "zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan havenarbeiders die als zodanig zijn erkend overeenkomstig het wettelijk kader dat op hen van toepassing was vóór de inwerkingtreding van die regeling, deze erkenning op grond van de nieuwe regeling behouden en worden opgenomen in de pool van havenarbeiders waarin die nieuwe regeling voorziet."

Beoordeling

B.I. Betreffende de verenigbaarheid van de beperkingen met het artikel 106, lid 1, van het VWEU

22. Wat betreft de in het tweede, het derde en het vijfde middel aangevoerde schending van de artikelen 101, 102 en 106, lid 1, van het VWEU heeft het Hof van Justitie er in zijn arrest in de gevoegde zaken C-407/19 en C-471/19 – zoals de advocaat-generaal in punt 38 van zijn conclusie in herinnering had gebracht – aan herinnerd dat een regeling zoals die te dezen aan de orde is en die particulieren ertoe verplicht om voor de uitvoering van havenactiviteiten uitsluitend een beroep te doen op erkende havenarbeiders, niet onder de artikelen 101 en 102 of artikel 106, lid 1, VWEU valt, aangezien havenarbeiders, ook al worden zij gezamenlijk beschouwd, niet als ‘ondernemingen’ in de zin van deze bepalingen kunnen worden aangemerkt (zie in die zin arrest van 16 september 1999, Becu e.a., nr. C-22/98, EU:C:1999:419, punten 27, 30 en 31).

Het tweede, het derde en het vijfde middel zijn in die mate dan ook ongegrond.

B.II. Betreffende de verenigbaarheid met de artikelen 45, 49 en 56 van het VWEU

23. De artikelen 45, 49 en 56 van het VWEU luiden:

“Art. 45. 1. Het verkeer van werknemers binnen de Unie is vrij.
2. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.
3. Het houdt behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen het recht in om:
a) in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling;
b) zich te dien einde vrij te verplaatsen binnen het grondgebied der lidstaten;
c) in een der lidstaten te verblijven teneinde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke voor de tewerkstelling van nationale werknemers gelden;
d) op het grondgebied van een lidstaat verblijf te houden, na er een betrekking te hebben vervuld, overeenkomstig de voorwaarden die zullen worden opgenomen in door de Commissie vast te stellen verordeningen.
4. De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing op de betrekkingen in overheidsdienst.”

“Art. 49. In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een Lidstaat op het grondgebied van

een andere Lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een Lidstaat die op het grondgebied van een Lidstaat zijn gevestigd.”

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.”

“Art. 56. In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der Lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.

Het Europees Parlement en de Raad kunnen, volgens de gewone wetgevingsprocedure, de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing verklaren ten gunste van de onderdanen van een derde Staat die diensten verrichten en binnen de Unie zijn gevestigd.”

24. Het HvJ heeft in zijn arrest in de gevoegde zaken C-407/19 en C-471/19 van 11 februari 2021 overwogen:

“51 Vastgesteld moet worden dat zowel in zaak C-407/19 als in zaak C-471/19 de feiten van het geding zich in één enkele lidstaat afspelen.

52 In dit verband staat het aan de verwijzende rechter om aan het Hof duidelijk te maken in welk opzicht er in het bij hem aanhangige geding, ondanks het zuiver nationale karakter ervan, sprake is van aanknopingspunt met de bepalingen van het Unierecht ter zake van de fundamentele vrijheden, zodat het prejudiciële verzoek om uitlegging noodzakelijk is voor de beslechting van het hoofdgeding (arrest van 15 november 2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, punt 55). Zoals blijkt uit de punten 18 tot en met 20 van het onderhavige arrest, heeft de Raad van State in zaak C-407/19 zorgvuldig uitgelegd in welk opzicht op basis van de internationale projectie van de in België gelegen havengebieden kan worden aangenomen dat de situaties waarop de toepasselijke nationale regeling betrekking heeft, een dergelijk aanknopingspunt met het Unierecht hebben. Deze overwegingen gelden ook onverkort voor het geding dat aanhangig is bij het Grondwettelijk Hof in zaak C-471/19.

53 Voorts is het zo dat, wanneer de verwijzende rechter zich tot het Hof wendt in het kader van een procedure tot vernietiging van bepalingen die niet alleen van toepassing zijn op nationale burgers maar ook op burgers van andere lidstaten, de beslissing die deze rechter naar aanleiding van het prejudiciële arrest van het Hof neemt, ook ten aanzien van burgers van andere lidstaten gevolgen zal sorteren, hetgeen rechtvaardigt dat het Hof een antwoord geeft op de vragen die aan het Hof zijn voorgelegd met betrekking tot de Verdragsbepalingen die zien op de fundamentele vrijheden, ook al spelen alle aspecten van het hoofdgeding zich in één lidstaat af (zie in die zin arrest van 15 november 2016, Ullens de Schooten, C-268/15,

EU:C:2016:874, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Deze overweging geldt ook in het geval dat het Hof wordt aangezocht in het kader van een procedure betreffende de verenigbaarheid van dergelijke nationale bepalingen met het Unierecht. In casu zijn de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde nationale bepalingen zonder onderscheid van toepassing op zowel Belgische onderdanen als onderdanen van andere lidstaten.

54 Het Hof is dus bevoegd om uitspraak te doen over alle prejudiciële vragen.”

25. Het HvJ merkt op, wat de door de Raad van State gestelde prejudiciële vragen (zaak C-407/19) betreft, dat deze zijn bedoeld om de Raad van State in staat te stellen om te beoordelen of een aantal bepalingen van het bestreden besluit, waarin de regels voor de uitvoering van de bepalingen van de wet van 8 juni 1972 ‘betreffende de havenarbeid’ (hierna: de wet van 8 juni 1972) worden vastgesteld, verenigbaar zijn met het Unierecht.

Wat de in het tweede, het derde en het vijfde middel door het bestreden besluit geschonden geachte vrijheden (vrijheid van vestiging, vrij verkeer van werknemers respectievelijk vrij verkeer van diensten) betreft, oordeelt het Hof van Justitie:

“81 Dienaangaande volgt in de eerste plaats uit het antwoord op de eerste prejudiciële vraag in zaak C-471/19 dat een dergelijke regeling onder de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting valt, die respectievelijk door de artikelen 49 en 56 VWEU worden gewaarborgd.

82 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat die regeling ook onder de werkingssfeer van artikel 45 VWEU valt. Op deze bepaling kan immers niet alleen een beroep worden gedaan door de werknemers zelf, maar ook door hun werkgevers. Het recht van werknemers om zonder discriminatie te worden tewerkgesteld en een beroep uit te oefenen, kan slechts doeltreffend en zinvol zijn indien daartegenover staat dat de werkgevers het recht hebben om werknemers met inachtneming van de regels betreffende het vrije verkeer in dienst te nemen (arrest van 16 april 2013, Las, C-202/11, EU:C:2013:239, punt 18). De bepalingen van het VWEU inzake het vrije verkeer van personen beogen het de onderdanen van de lidstaten in het algemeen gemakkelijker te maken op het grondgebied van de Unie een beroep uit te oefenen, en staan in de weg aan maatregelen die deze onderdanen zouden kunnen benadelen wanneer zij op het grondgebied van een andere lidstaat een economische activiteit willen verrichten. Die bepalingen en in het bijzonder artikel 45 VWEU staan bijgevolg in de weg aan elke maatregel die, zelfs wanneer hij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, het gebruik van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden door burgers van de Unie kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken (arrest van 16 april 2013, Las, C-202/11, EU:C:2013:239, punten 19 en 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”, en

“90 Uit de punten 59 en 60 van het onderhavige arrest volgt dat een regeling van een lidstaat die, zoals de artikelen 1 en 2 van de wet betreffende de havenarbeid, niet-ingezeten ondernemingen die zich in die lidstaat willen vestigen om aldaar havenactiviteiten uit te voeren of die, zonder zich daar te vestigen, aldaar havendiensten willen verrichten, verplicht uitsluitend een beroep te doen op overeenkomstig deze regeling erkende havenarbeiders, een beperking vormt van de door de artikelen 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden.

91 Evenzo kan een dergelijke nationale regeling een afschrikwekkende werking hebben op uit andere lidstaten afkomstige werknemers en werkgevers en vormt zij bijgevolg een beperking van het in artikel 45 VWEU neergelegde vrije verkeer van werknemers (zie naar analogie arrest van 16 april 2013, Las, C-202/11, EU:C:2013:239, punt 22).

92 Zoals uit respectievelijk de punten 61 en 63 van het onderhavige arrest naar voren komt, kunnen dergelijke beperkingen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang en kan het door de Belgische regering in haar schriftelijke opmerkingen aangevoerde doel om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen en arbeidsongevallen te voorkomen, een dergelijke reden zijn, die kan dienen ter rechtvaardiging van die beperkingen, mits deze noodzakelijk zijn en evenredig zijn aan het nagestreefde doel.

93 Bijgevolg moet voor elk van de in de prejudiciële vragen in zaak C-407/19 bedoelde maatregelen worden nagegaan of zij noodzakelijk zijn en evenredig zijn aan het in het vorige punt genoemde doel.”

B. II.1. Betreffende de erkenning van havenarbeiders binnen en buiten de pool door de administratieve commissie

26. In zijn arrest van 11 februari 2021 heeft het HvJ in zijn antwoord op de door de Raad van State gestelde prejudiciële vragen wat volgt overwogen:

“Eerste vraag, tweede vraag, onder d), en derde en vierde vraag

94 Met zijn eerste vraag, zijn tweede vraag, onder d), en zijn derde en vierde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in zaak C-407/19 in wezen te vernemen of de artikelen 45, 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan:

- de erkenning van havenarbeiders gebeurt door een administratieve commissie die paritair is samengesteld uit leden die door werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties zijn aangewezen;

- deze commissie, afhankelijk van de behoefte aan arbeidskrachten, ook bepaalt of de erkende arbeiders al dan niet moeten worden opgenomen in een pool van havenarbeiders;

- voor havenarbeiders die niet in die pool worden opgenomen, de duur van hun erkenning is beperkt tot de duur van hun arbeidsovereenkomst, mits deze overeenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten, waarbij de mogelijkheid om te worden erkend krachtens een bepaling van overgangsrecht eerst geleidelijk wordt uitgebreid tot havenarbeiders met een arbeidsovereenkomst van steeds kortere duur en uiteindelijk tot havenarbeiders met een arbeidsovereenkomst van welke duur dan ook;

– er geen maximumtermijn is waarbinnen die commissie een besluit moet nemen, en

– tegen besluiten van die commissie die zien op de erkenning van havenarbeiders alleen een beroep bij de rechter mogelijk is.

95 Wat ten eerste de samenstelling van de administratieve commissie betreft, moet worden opgemerkt dat, aangezien – zoals blijkt uit punt 92 van het onderhavige arrest – het vereiste van erkenning van havenarbeiders tot doel heeft de veiligheid in de havengebieden te waarborgen en arbeidsongevallen te voorkomen, een regeling op grond waarvan deze erkenning wordt verleend door een administratief orgaan dat paritair is samengesteld uit door werkgevers- en werknemersorganisaties aangewezen leden, niet noodzakelijk en geschikt is om dat doel te bereiken.

96 Het is immers niet zeker of de door die organisaties aangewezen leden van dit orgaan over de kennis beschikken die nodig is om te bepalen of een havenarbeider voldoet aan de erkenningscriteria die betrekking hebben op zijn bekwaamheid om de hem opgedragen taken veilig uit te voeren.

97 Bovendien worden de leden van het orgaan dat bevoegd is voor de erkenning van havenarbeiders, zoals de advocaat-generaal in de punten 126 tot en met 128 van zijn conclusie heeft opgemerkt, aangewezen door marktdeelnemers die al op de markt actief zijn, namelijk door een organisatie die havenarbeiders vertegenwoordigt die reeds zijn erkend en voor de beschikbare arbeidsplaatsen dreigen in concurrentie te komen met de arbeiders die hun erkenning hebben aangevraagd, zodat kan worden getwijfeld aan de onpartijdigheid van deze leden en de vraag rijst of zij zich op een objectieve, transparante en niet-discriminerende wijze zullen kunnen uitspreken over de aanvragen tot erkenning (zie naar analogie arresten van 15 januari 2002, Commissie/Italië, C-439/99, EU:C:2002:14, punt 39; 1 juli 2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, punt 51, en 26 september 2013, Ottica New Line, C-539/11, EU:C:2013:591, punten 53 en 54).

98 Ten tweede lijkt het ontbreken van een redelijke termijn waarbinnen het met de erkenning van havenarbeiders belaste orgaan zijn besluit moet nemen, evenmin noodzakelijk en geschikt voor de verwezenlijking van het doel om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen en arbeidsongevallen te voorkomen.

99 Integendeel, het ontbreken van een dergelijke termijn kan het risico vergroten op een willekeurige weigering om een havenarbeider met de vereiste kwaliteiten te erkennen, met de enkele bedoeling om de concurrentie op de betrokken arbeidsmarkt te beperken.

100 Wat ten derde het feit betreft dat uit de aanwijzingen van de verwijzende rechter in zaak C-407/19 volgt dat tegen de besluiten van de met de erkenning van havenarbeiders belaste commissie alleen een beroep bij de rechter openstaat, moet worden opgemerkt dat een maatregel die een beperking van een fundamentele vrijheid inhoudt, slechts evenredig aan het nagestreefde doel kan worden geacht indien hij aan de door artikel 47 van het Handvest gewaarborgde doeltreffende rechterlijke toetsing kan worden onderworpen (zie in die zin arrest van 8 mei 2019, PI, C-230/18, EU:C:2019:383, punten 78-81).

101 Het staat aan de verwijzende rechter in zaak C-407/19 om in voorkomend geval na te gaan of het beroep bij de rechter dat tegen de besluiten van de administratieve commissie kan worden ingesteld, voldoet aan de vereisten van een dergelijke toetsing.

102 Daarentegen doet het feit dat er voor besluiten inzake de erkenning van havenarbeiders geen beroep bij een bestuursorgaan mogelijk is, geen twijfel

rijzen over de noodzaak en de evenredigheid van een nationale maatregel waarbij een dergelijke erkenning verplicht wordt gesteld.

103 Wat ten vierde de omstandigheid betreft dat erkende havenarbeiders – bij besluit van de administratieve commissie – al dan niet worden opgenomen in een pool van werknemers, moet worden opgemerkt dat uit de aanwijzingen van de verwijzende rechter in zaak C-407/19 blijkt dat de pool waarin het koninklijk besluit van 2004 voorziet, geen starre pool zoals de in punt 74 van het onderhavige arrest genoemde pool vormt, aangezien, zoals blijkt uit artikel 2, § 3, van dat koninklijk besluit, de niet in die pool opgenomen arbeiders kunnen worden aangesteld als havenarbeiders op basis van een arbeidsovereenkomst.

104 Uit deze laatste bepaling en uit de aanwijzingen van de verwijzende rechter blijkt echter dat de erkenning van niet in de pool opgenomen arbeiders beperkt is tot de duur van hun arbeidsovereenkomst, terwijl volgens artikel 2, § 2, van het koninklijk besluit van 2004 de in de pool opgenomen havenarbeiders voor onbepaalde tijd kunnen worden erkend.

105 Bovendien werd krachtens de overgangsbepaling van artikel 13/1 van het koninklijk besluit van 2004 de mogelijkheid om te worden erkend zonder in de pool te zijn opgenomen, aanvankelijk beperkt tot havenarbeiders met arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Deze mogelijkheid werd geleidelijk uitgebreid tot havenarbeiders met tijdelijke overeenkomsten van steeds kortere duur. Pas sinds 1 juli 2020 kunnen alle havenarbeiders met een arbeidsovereenkomst als havenarbeider worden erkend, ongeacht de duur van hun arbeidsovereenkomst.

106 In dit verband moet worden opgemerkt dat het juist is dat een nationale regeling op grond waarvan de erkenning van havenarbeiders met redelijke tussenpozen moet worden verlengd, niet onverenigbaar is met de doelstelling om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen en arbeidsongevallen te voorkomen, aangezien het vereiste van periodieke verlenging van de erkenning het mogelijk maakt te verzekeren dat de havenarbeiders nog steeds beschikken over de nodige capaciteiten om de hun opgedragen taken veilig uit te voeren.

107 Een regeling op grond waarvan slechts een deel van de havenarbeiders in aanmerking komt voor erkenning voor onbepaalde tijd, terwijl de erkenning van bepaalde andere havenarbeiders automatisch eindigt bij het einde van hun arbeidsovereenkomst – ook al was deze slechts voor zeer korte tijd gesloten – zodat deze laatsten telkens een nieuwe erkenningsprocedure moeten doorlopen wanneer zij een nieuwe arbeidsovereenkomst sluiten, is echter niet geschikt en noodzakelijk om het in het vorige punt genoemde doel te bereiken.

108 Er zijn immers geen redenen die deze verschillende behandeling van twee categorieën havenarbeiders die zich uit het oogpunt van de veiligheid op hun werkplek in volstrekt vergelijkbare situaties bevinden, kunnen rechtvaardigen.

109 Dit geldt temeer daar er, zoals de advocaat-generaal in punt 157 van zijn conclusie heeft opgemerkt, in havenarbeid vooral sprake is van werkzaamheden van korte duur.

110 Tijdens de in punt 105 van het onderhavige arrest genoemde overgangsperiode hebben immers alleen de in de pool opgenomen havenarbeiders de mogelijkheid om arbeidsovereenkomsten van korte duur te sluiten, hetgeen in de praktijk leidt tot een situatie waarin deze pool bestaat uit een beperkt aantal havenarbeiders waarop een beroep dient te worden gedaan. Zoals in punt 74 van het onderhavige arrest reeds is opgemerkt, is de vorming van een dergelijke pool een maatregel die onevenredig is aan het doel om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen. Deze maatregel kan niet worden gerechtvaardigd uit het oogpunt van die doelstelling.

111 Bovendien vormt het feit dat de niet in de pool opgenomen havenarbeiders opnieuw moeten worden erkend telkens wanneer zij een nieuwe arbeidsovereenkomst sluiten, ook al zouden zij recentelijk – naar aanleiding van het sluiten van een eerdere arbeidsovereenkomst van korte duur – reeds zijn erkend, ook na het einde van de overgangsperiode een beperking van de in de artikelen 45, 49 en 56 VWEU neergelegde vrijheden die niet kan worden gerechtvaardigd door het in het vorige punt genoemde doel.

112 Er kan immers niet redelijkerwijs worden aangenomen dat die arbeiders, kort na hun erkenning als havenarbeider, de vaardigheden en kwaliteiten hebben verloren die niet lang daarvoor hun erkenning hadden gerechtvaardigd.

113 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag, de tweede vraag, onder d), en de derde en de vierde vraag in zaak C-407/19 worden geantwoord dat de artikelen 45, 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan:

- de erkenning van havenarbeiders gebeurt door een administratieve commissie die paritair is samengesteld uit leden die door werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties zijn aangewezen;
- deze commissie, afhankelijk van de behoefte aan arbeidskrachten, ook bepaalt of de erkende arbeiders al dan niet moeten worden opgenomen in een pool van havenarbeiders, waarbij voor de niet in die pool opgenomen havenarbeiders de duur van de erkenning beperkt is tot de duur van hun arbeidsovereenkomst, zodat voor elke nieuwe overeenkomst die zij sluiten, een nieuwe erkenningsprocedure moet worden gestart;
- er geen maximumtermijn is waarbinnen die commissie een besluit moet nemen.”

27. Artikel 1, §§ 1 en 2, van het bestreden besluit bepalen:

“§1. Binnen ieder havengebied worden de havenarbeiders erkend door een paritair samengestelde administratieve commissie, hierna genoemd ‘de administratieve commissie’, opgericht binnen het voor het betrokken havengebied bevoegde paritair subcomité.

De administratieve commissie is samengesteld uit :

- 1° een voorzitter en een ondervoorzitter;
- 2° vier gewone en vier plaatsvervangende leden aangewezen door de werkgeversorganisaties vertegenwoordigd in het betrokken paritair subcomité;
- 3° vier gewone en vier plaatsvervangende leden aangewezen door de werknemersorganisaties vertegenwoordigd in het betrokken paritair subcomité;
- 4° één of meer secretarissen.

De bepalingen van het koninklijk besluit van 6 november 1969 tot vaststelling van de algemene regels voor de werking van de paritaire comités en paritaire subcomités, alsmede de bijzondere regels, zoals bepaald in artikel 10 van dit besluit, zijn van toepassing op de werking van de administratieve commissie.

§2. De aanvraag tot erkenning wordt schriftelijk ingediend bij het bevoegde paritair subcomité via een model dat daartoe ter beschikking wordt gesteld.

Bij de aanvraag wordt aangegeven of deze wordt ingediend met het oog op tewerkstelling binnen of buiten de pool.”

Artikel 2, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 2 van het bestreden besluit, luidt:

“§1. De havenarbeiders zoals bedoeld in artikel 1, § 1, 1e lid, worden bij hun erkenning ofwel opgenomen in de pool van havenarbeiders ofwel niet. Bij de erkenning tot opname in de pool wordt rekening gehouden met de behoefte aan arbeidskrachten.

§ 2. Havenarbeiders opgenomen in de pool worden erkend voor bepaalde of onbepaalde duur.

De nadere regels betreffende de duur van de erkenning worden vastgelegd via collectieve arbeidsovereenkomst.”

Het is de administratieve commissie, paritair samengesteld overeenkomstig artikel 1, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, die beslist over “de behoefte aan arbeidskrachten” waarmee bij de erkenning tot opname in de pool rekening wordt gehouden.

Artikel 2, § 3, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 2 van het bestreden besluit, luidde – wat de *niet* in de pool opgenomen erkende havenarbeiders betreft –, tot aan de inwerkingtreding op 1 juli 2020 van het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020:

“§ 3. Havenarbeiders die niet worden opgenomen in de pool, worden aangeworven met een arbeidsovereenkomst conform de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

De duurtijd van hun erkenning wordt beperkt tot de duurtijd van deze arbeidsovereenkomst.”

Bij artikel 2 van het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 is in het aangehaalde artikel 2, § 3 tussen de woorden “een” en “arbeidsovereenkomst” het woord “schriftelijke” ingevoegd.

28. Uit het (*dictum* van het) arrest van 11 februari 2021 van het HvJ volgt dat de artikelen 45, 49 en 56 van het VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat deze zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan: (1) de erkenning van havenarbeiders gebeurt door een administratieve commissie die paritair is samengesteld uit leden die door werkgevers- en werknemersorganisaties zijn aangewezen; (2) deze commissie, afhankelijk van de behoefte aan arbeidskrachten, ook bepaalt of de erkende arbeiders al dan niet moeten worden opgenomen in een pool van havenarbeiders, waarbij voor de niet in die pool

opgenomen havenarbeiders de duur van de erkenning beperkt is tot de duur van hun arbeidsovereenkomst, zodat voor elke nieuwe overeenkomst die zij sluiten, een nieuwe erkenningsprocedure moet worden gestart; (3) er geen maximumtermijn is waarbinnen die commissie een besluit moet nemen.

Waar de verwerende partij weliswaar kan worden bijgevalen dat het HvJ geen schending ziet in het gegeven dat – omwille van veiligheidsredenen – in een erkenning van havenarbeiders wordt voorzien, dan kan er niet aan worden voorbijgegaan dat het HvJ in zijn arrest van 11 februari 2021 evenzo stelt dat dergelijke erkenning moet zijn gesteund op (i) objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria die (ii) logischerwijze uitsluitend betrekking hebben op de vraag of deze arbeiders beschikken over de eigenschappen en vaardigheden die nodig zijn om de hun opgedragen taken veilig uit te voeren en (iii) aan de hand waarvan havenarbeiders uit andere lidstaten kunnen aantonen dat zij in hun lidstaat van herkomst aan gelijkwaardige eisen voldoen als die welke voor binnenlandse havenarbeiders gelden (zie r.o. 70-73). Hieruit volgt dat de opdeling van erkende havenarbeiders (die dus (alle) zijn erkend omdat zij aan de vereiste eigenschappen en vaardigheden met het oog op het veilig verrichten van de hen opgedragen taken voldoen) tussen deze die zijn erkend “binnen de pool” en deze die zijn erkend “buiten de pool” zoals die te dezen is uitgewerkt, de toetsing aan de voormelde verdragsbepalingen (nog steeds) niet doorstaat zoals hierna (evenals *infra* onder B.II.2.) wordt uiteengezet.

Het gaat immers niet op, zoals de verwerende partij in haar laatste memorie pleegt te doen, te stellen dat het HvJ slechts aanstoot neemt aan “de modaliteiten” van de erkenning binnen en buiten de pool. De verwerende partij gaat er daarbij aan voorbij dat die zogenoemde “modaliteiten” onlosmakelijk verbonden zijn met de fundamenteen zelf van de opdeling door het bestreden besluit van erkende havenarbeiders – die derhalve allen, zonder onderscheid, volgens dezelfde criteria en standaarden zo moet worden aangenomen, zijn erkend en hun taken dienvolgens op een veilige wijze kunnen volbrengen – in, eensdeels, die havenarbeiders die door de administratieve commissie worden toegelaten tot de

pool en, anderdeels, die erkende havenarbeiders die (hoewel evenzo erkend) niet in die pool worden opgenomen afhankelijk “van de behoefte aan arbeidskrachten”.

In zoverre het criterium “behoefte aan arbeidskrachten” zou kunnen gerechtvaardigd worden in de mate daarmee wordt beoogd “op gerichte wijze” te voorzien in de behoeften aan gespecialiseerde arbeidskrachten in elk havengebied *teneinde* aldus (legitiem doel) de veiligheid in elk havengebied te waarborgen, belet zulks niet dat ook (de toepassing van) dit criterium de vereiste waarborgen moet kunnen bieden inzake objectiviteit, non-discriminatie en transparantie zodat het door de administratieve commissies die daarover oordelen niet op willekeurige wijze kan worden gebruikt. Het wordt door de verwerende partij niet inzichtelijk, laat staan (redelijkerwijze) aannemelijk gemaakt hoe die “behoefte aan arbeidskrachten” waarbij de administratieve commissies over een (discretionaire) “beoordelingsvrijheid” beschikken, worden bepaald. Nochtans – zoals de verwerende partij in haar laatste memorie zelf erkent – geldt deze behoeftebepaling als “een erkenningsvoorwaarde van havenarbeiders binnen de pool” en is het dus decisief om al dan niet in de pool te worden opgenomen (en dienvolgens om aanspraak te kunnen maken op een erkenning voor onbepaalde duur). Eenmaal die behoeften bepaald, is het voorts geheel onduidelijk, laat staan vooraf op transparante wijze, wie wel of niet tot die pool wordt toegelaten, wat des te meer bevreemdt nu alle erkende havenarbeiders een opleiding hebben genoten en de opgelegde proeven en tests met succes hebben doorstaan zodat zij (binnen of buiten de pool) zonder onderscheid moeten worden geacht de veiligheid te kunnen garanderen. Niet blijkt overigens dat een regeling op grond waarvan slechts een deel van de havenarbeiders (met name deze die zijn erkend binnen de pool) in aanmerking komt voor erkenning voor onbepaalde tijd, terwijl de erkenning van havenarbeiders (buiten de pool) automatisch eindigt bij het einde van hun arbeidsovereenkomst, geschikt en noodzakelijk is om het vooropgestelde doel (de veiligheid in de havengebieden waarborgen) te bereiken. Er liggen immers geen redenen voor die deze verschillende behandeling van twee categorieën havenarbeiders die zich uit het oogpunt van de veiligheid op hun werkplek in volstrekt vergelijkbare situaties bevinden, kunnen rechtvaardigen.

De onduidelijkheden worden niet weggewerkt door in de laatste memorie, ruim *ex post*, “voor de volledigheid” op te merken dat die behoeften-evaluatie in functie is van “vele objectieve parameters” zoals “(i) de voorziene uitstroom van arbeiders (pensionering, exit, ...), (ii) algemene prognoses rond de conjunctuur in de haven(s), Vlaanderen en de wereld door officiële instanties zoals o.m. de Nationale Bank van België, (iii) studies van gespecialiseerde onderzoeksbureaus zoals Drewry, Alphaliner,... en discussies met andere stakeholders zoals de havenautoriteit, (iv) de prognoses van bedrijven, in het bijzonder van de leden van de RVB Cepa, opgevraagd om hun behoefte te capteren en af te zetten op de algemene prognoses, (v) evoluties gekoppeld aan investeringen van bedrijven (bv. een nieuw haventerrein dat vrijkomt, nieuwe technologie die ingevoerd wordt, automatisatie van bepaalde activiteiten, congestie,...) die een impact kunnen hebben op de behoefte aan arbeidskrachten”. Daarmee is nog niet aangetoond hoe die parameters worden gerelateerd aan de beweerde veiligheidsaspecten en niet louter economisch van aard zijn, daargelaten nog dat deze criteria/parameters, aldus geformuleerd, niet transparant zijn noch vooraf gekend.

De argumentatie van de verwerende partij in haar laatste memorie dat het criterium “behoefte aan arbeidskrachten” niet als een ongeschikte of disproportionele beperking van het vrije verkeer kan worden beschouwd nu dit criterium “immers [dient] om het pool-systeem werkbaar en betaalbaar te houden, en op die manier de sociale bescherming van de betrokken arbeiders te waarborgen” bevreemdt in het licht van de overwegingen van het HvJ met betrekking tot de door het Grondwettelijk Hof gestelde vragen. In zijn arrest van 11 februari 2021 herinnert het HvJ er immers aan “wat ten eerste het doel betreft dat alle havenarbeiders gelijk worden behandeld op het gebied van sociale rechten”, dat de bescherming van werknemers een dwingende reden van algemeen belang vormt die een beperking van de vrijheden van verkeer kan rechtvaardigen doch dat een dergelijk doel *niet* kan worden bereikt via een erkenningsregeling. Het feit dat een havenarbeider als zodanig is erkend, impliceert immers niet, aldus het HvJ, dat

hij noodzakelijkerwijze dezelfde sociale rechten zal hebben als alle andere erkende havenarbeiders. Dit doel, zo vervolgt het Hof, kan (wel) worden bereikt middels de verplichting voor de werkgevers van havenarbeiders om zich bij één organisatie aan te sluiten; verplichting die kan worden opgelegd krachtens artikel 3bis van de wet van 8 juni 1972 (r.o. 63-64).

29. Kortom, het moge te dezen dan al niet gaan om een “starre pool” aangezien de niet in de pool opgenomen havenarbeiders (die “buiten de pool” zijn erkend), kunnen worden aangesteld op basis van een arbeidsovereenkomst, het doet er niet aan af dat de erkenning van de niet in de pool opgenomen arbeiders beperkt blijft tot de duur van de arbeidsovereenkomst terwijl de erkenning van de in de pool opgenomen havenarbeiders – anders dan voor deze buiten de pool – van onbepaalde duur kan zijn en in ieder geval niet is verbonden aan de duur van enige arbeidsovereenkomst die in de sector van de havenarbeid overigens van kortlopende duur zijn. Hieruit volgt dat enkel erkende havenarbeiders buiten de pool bij afloop van hun arbeidsovereenkomst, hoe beperkt in duur die ook mag zijn, telkens opnieuw een (nieuwe) erkenning moeten aanvragen.

De met het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 aangebrachte (procedurele) wijzigingen veranderen wezenlijk niet aan hetgeen hiervoor is geschetst.

30. Overeenkomstig artikel 4, § 4 (lees thans: artikel 4, § 4, eerste lid) van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 worden “[d]e aanvragen tot erkenning en tot hernieuwing (...) ingediend bij en behandeld door de administratieve commissie”. Met artikel 3, 8) van het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 werd in het genoemde artikel 4, § 4, een tweede en een derde lid toegevoegd die luiden:

“[...]

In afwijking van het eerste lid en voor de toepassing van artikel 1, § 2/1, kan de aanvraag worden ingediend door middel van de in artikel 13/1 bedoelde applicatie, die de aanvragen op geautomatiseerde wijze behandelt en, in voorkomend geval, de erkenning aflevert, onder het toezicht van de administratieve commissie.

In afwijking van het vorig lid kan, indien de (kandidaat-) havenarbeider het

uitdrukkelijk vraagt, zijn volgende erkenning gebeuren volgens de in het eerste lid bepaalde procedure.”

De in artikel 13/1 (nieuw) bedoelde (elektronische) Portunus-applicatie geldt volgens het aangehaalde artikel 4, § 4, tweede lid, voor de toepassing van artikel 1, § 2/1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004. Artikel 1, § 2/1 betreft een erkenning (aangeduid als “een volgende erkenning”) van een havenarbeider die *niet* werd opgenomen in de pool en die reeds een eerste keer door de administratieve commissie erkend is geweest overeenkomstig de in artikel 1, § 2, bepaalde procedure. Volgens de verwerende partij wordt met de invoering van deze Portunus-applicatie, zoals *supra* is uiteengezet, onder meer beoogd te voorzien in “het snel en automatisch behandelen van aanvragen en, in voorkomend geval, afleveren van een volgende erkenning van havenarbeiders die niet worden opgenomen in de pool, alsook het snel en automatisch beëindigen van dergelijke erkenningen”. De verwerende partij geeft in haar laatste memorie (p. 13) aan dat zulks ertoe strekt “te vermijden dat een havenarbeider buiten de pool bij een nieuwe arbeidsovereenkomst telkens een nieuwe procedure met passage van de administratieve commissie moet doorlopen”. Daarom werd ervoor gekozen om de erkenning te laten hernieuwen “door Portunus” indien deze werd aangevraagd in Portunus, met bewijs van een schriftelijke arbeidsovereenkomst in de zin van de wet van 3 juli 1978 (artikel 13/1 (nieuw), *iuncto* artikelen 4, 1, 8° en 2, §3). Dit betekent, aldus de verwerende partij, dat als een havenarbeider nog aan alle erkenningsvoorwaarden voldoet “het systeem automatisch een nieuwe erkenning aflevert, zonder enige beoordelingsmarge, en zonder tijdsverlies.”

Daargelaten nog dat niet wordt verduidelijkt waarom deze elektronische procedure – gezien de beweerde afwezigheid (behoudens wat het bepalen van de “behoefte aan arbeidskrachten” betreft) van enige beoordelingsmarge of “relevante beoordelingsvrijheid” (laatste memorie van de verwerende partij,) – niet ook is weggelegd voor een eerste erkenning of voor een overgang naar de pool naar aanleiding van een “volgende erkenning”, neemt een en ander niet weg dat voor een “volgende erkenning” buiten de pool nog steeds een aanvraag – zij het via de elektronische applicatie – moet worden ingediend. Die

“volgende erkenning” moet ook nog steeds worden afgeleverd, zij het dat, naar luid van artikel 4, § 4, tweede lid, het “de applicatie” is die de aanvragen op geautomatiseerde wijze *behandelt* en in voorkomend geval, de erkenning *aflevert*, weliswaar “onder het toezicht van de administratieve commissie”.

De keten van opeenvolgende erkenningen en kortdurende arbeidsovereenkomsten (in de havensector gelden nog steeds werkzaamheden van korte duur) voor erkende havenarbeiders buiten de pool blijft aldus overeind, evenals de steeds weerkerende – en bekritiseerde – aanvraag tot erkenning. Meer nog, blijft met het nieuwe systeem de opdeling “in de pool” *versus* “buiten de pool” onaangetast waarbij zowel de eerste erkenning als de toetreding tot de – volgens de “behoeften aan arbeidskrachten” *beperkte* – pool afhankelijk blijft van een in te dienen aanvraag én door te lopen erkenningsprocedure bij de paritair samengestelde administratieve commissie en, dienvolgens, haar toelating, zonder bepaling van enige termijn waarbinnen daartoe moet worden beslist.

31. Voorts blijft (ook) de samenstelling van de administratieve commissie ongewijzigd en worden de leden ervan nog steeds aangewezen door marktdeelnemers die al op de markt actief zijn, namelijk, zo stelt het HvJ in zijn arrest van 11 februari 2021 (r.o. 97), “door een organisatie die havenarbeiders vertegenwoordigt die reeds zijn erkend en voor de beschikbare arbeidsplaatsen dreigen in concurrentie te komen met de arbeiders die hun erkenning hebben aangevraagd, zodat kan worden getwijfeld aan de onpartijdigheid van deze leden en de vraag rijst of zij zich op een objectieve, transparante en niet-discriminerende wijze zullen kunnen uitspreken over de aanvragen tot erkenning (zie naar analogie arresten van 15 januari 2002, Commissie/Italië, C-439/99, EU:C:2002:14, punt 39; 1 juli 2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, punt 51, en 26 september 2013, Ottica New Line, C-539/11, EU:C:2013:591, punten 53 en 54).” Minstens het criterium “behoefte aan arbeidskrachten” behelst – wat de verwerende partij ook erkent – een discretionaire beoordelingsvrijheid waarbij onduidelijk blijft hoe dit criterium te dezen wordt betrokken op de veiligheidsaspecten aan de hand van objectieve, niet-discriminerende, kenbare en zodoende verifieerbare criteria (zie

supra, punt 28). Dat de administratieve commissie waarvan de leden worden aangewezen door marktdeelnemers die al op de markt actief zijn de behoeften aan arbeidskrachten bepaalt, bevreemdt nog meer nu de bevoegde gewestelijke (overheids)dienst voor arbeidsbemiddeling klaarblijkelijk toch in staat wordt geacht om een tekort aan erkende havenarbeiders opgenomen in de pool vast te stellen (artikel 6 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004), in welk geval zelfs “bij wijze van uitzondering en voor één taak” (niet-erkende) gelegenheidsarbeiders voor havenarbeid kunnen worden angeworven. Het blijft evenzo obscuur op basis van welke criteria een erkend havenarbeider al dan niet tot de pool wordt toegelaten. Er kan niet aan worden voorbijgegaan dat de onpartijdigheid van de administratieve commissie die daarover moet oordelen minstens in twijfel kan worden getrokken (schijn van partijdigheid of *likelihood of bias*), te meer gelet op de vereiste unanimiteitsregel (wat een vetorecht impliceert) zoals die volgt uit het artikel 1, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, gelezen in samenhang met het koninklijk besluit van 6 november 1969 ‘tot vaststelling van de algemene regels voor de werking van de paritaire comités en paritaire subcomités’ en artikel 47, laatste lid van de wet van 5 december 1968 ‘betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités’.

32. Evenmin is, ondanks de invoering van het Portunus-systeem, verholpen aan het gegeven dat de regelgeving niet in een bepaalde beslistermijn voorziet waarbinnen de met de (eerste) erkenning – of, nog, bij een latere erkenningsvraag om alsnog *in* de pool te worden opgenomen – belaste instantie tot haar beslissing moet komen en vanaf welk ogenblik die termijn begint te lopen (bijvoorbeeld vanaf de datum van de ontvangstbevestiging of, als het dossier onvolledig is, vanaf het tijdstip waarop de aanvrager nadat die van de onvolledigheid van het dossier in kennis is gesteld, de bijkomende documenten heeft ingediend). Noch is voorzien welk het rechtsgevolg is van een eventuele termijnoverschrijding (stilzwijgende weigeringsbeslissing *versus* stilzwijgende erkenningsbeslissing) zodat ook op dat vlak niet tegemoet is gekomen aan de bezwaren van het HvJ dat geoordeeld heeft dat de artikelen 45, 49 en 56 VWEU

zich verzetten tegen een regeling op grond waarvan “er geen maximumtermijn is waarbinnen de commissie een besluit moet nemen.”

33. De verzoekende partijen worden evenwel niet gevolgd in de mate zij nog aanvoeren dat er onvoldoende (preventieve) rechtsbescherming zou zijn omdat “de belanghebbende kennis moet kunnen nemen van de redenen van het jegens hem genomen besluit” terwijl “de Belgische reglementering aan deze standaarden tekort (komt)”. Er valt immers niet in te zien hoe een beslissing inzake de erkenning van een havenarbeider in of buiten de pool zou kunnen ontsnappen aan het toepassingsgebied van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’, op de naleving waarvan ook de arbeidsgerechten toezien.

34. Tot slot, – en anders dan de verzoekende partijen oordelen –, valt evenmin in te zien dat er onvoldoende curatieve rechtsbescherming zou zijn in hoofde van de kandidaat-havenarbeiders. Uit het arrest van 11 februari 2021 blijkt immers dat het volstaat dat tegen de besluiten van de met erkenning van havenarbeiders belaste commissie alleen een jurisdictioneel beroep openstaat. Het feit dat er voor besluiten inzake erkenning van havenarbeiders geen (administratief) beroep bij een bestuursorgaan mogelijk is, doet geen twijfel rijzen over de noodzaak en evenredigheid van een nationale maatregel waarbij een erkenning verplicht wordt gesteld. In het verwijzingsarrest werd reeds vastgesteld dat besluiten van de administratieve commissie inzake erkenningen rechtstreeks met een jurisdictioneel beroep bij de arbeidsgerechten kunnen worden bestreden.

Artikel 583, vierde lid, Ger.W. bepaalt inderdaad dat de arbeidsrechtbank kennis neemt van de geschillen betreffende de individuele bestuurshandelingen inzake het verlenen, het schorsen en het intrekken van de erkenning als havenarbeider, genomen in toepassing van de wet van 8 juni 1972. Er valt voorts niet in te zien waarin de te dezen door de arbeidsgerechten verleende rechtsbescherming niet adequaat, doeltreffend of afdoende zou zijn. Die gerechten die ter zake over een vernietigingsbevoegdheid beschikken, moeten immers

voldoen aan alle door artikel 6 van het Verdrag ‘tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden’, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: het EVRM) en door artikel 47 van het Handvest van 12 december 2007 ‘van de Grondrechten van de Europese Unie’ gestelde vereisten, daarin begrepen beschikken over “volle rechtsmacht” in de zin van het genoemde artikel 6 EVRM evenals aan de ter zake geldende algemene rechtsbeginselen van behoorlijke rechtsbedeling, inclusief deze van Europeesrechtelijke oorsprong.

In zoverre – zoals de Europese commissie lijkt te vrezen (*cfr.* stuk 34 bijgebracht door de verzoekende partijen, p. 34) – de toegang tot de arbeidsgerechten tegen erkenningsbeslissingen van de administratieve commissies op grond van artikel 583, vierde lid, van het Ger.W. zich enkel zou situeren “in het kader van een arbeidsconflict” en niet zou openstaan voor de werkgever, dan dient nog rekening te worden gehouden met de residuaire vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State op grond van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Een vrijheidsbeperkende erkenningsregeling moet immers ook verenigbaar zijn met het vrije vestigingsrecht en het vrije verkeer van diensten zodat ook op dat vlak door de nationale rechter een adequate rechtsbescherming aan de werkgever moet worden gegarandeerd naar aanleiding van nationale (algemene of individuele) maatregelen die het vrije vestigingsrecht of het vrije verkeer van diensten beperken.

35. Artikel 2, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 2 van het bestreden besluit, gelezen in samenhang met artikel 1, § 1, is in de aangegeven mate onverenigbaar met de artikelen 45, 49 en 56 van het VWEU.

B.II.2. Betreffende de bij cao vastgestelde voorwaarden en modaliteiten waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgeen waarin hij werd tewerkgesteld

36. In zijn arrest van 11 februari 2021 heeft het HvJ in zijn antwoord op de door de Raad van State gestelde prejudiciële vragen wat volgt overwogen:

“Zesde vraag

128 Met zijn zesde vraag wenst de verwijzende rechter in zaak C-407/19 in wezen te vernemen of de artikelen 45, 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling volgens welke voor de overgang van een havenarbeider naar de pool van werknemers van een ander havengebied dan dat waar hij is erkend, de bij cao vastgestelde voorwaarden en bepalingen gelden.

129 Om te beginnen dient erop te worden gewezen dat het feit dat dergelijke voorwaarden en bepalingen worden vastgelegd bij cao, niet betekent dat zij niet vallen onder de werkingssfeer van die Verdragsartikelen (zie in die zin arrest van 11 december 2007, *International Transport Workers’ Federation en Finnish Seamen’s Union*, C-438/05, EU:C:2007:772, punten 33 en 34).

130 Dienaangaande zij opgemerkt dat een nationale regeling die voorwaarden stelt aan de mogelijkheid voor een erkende havenarbeider om te werken in een ander havengebied dan dat waar hij is erkend, ongeacht of deze voorwaarden bij wet dan wel bij cao worden vastgesteld, een beperking vormt van zowel het vrije verkeer van werknemers als de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

131 Een dergelijke regeling beperkt immers zowel de vrijheid van een havenarbeider om in verschillende havengebieden werkzaam te zijn, als de mogelijkheid voor een onderneming die zich in een bepaald havengebied vestigt of daar diensten wil verrichten, om gebruik te maken van de diensten van een havenarbeider van haar keuze die zijn erkenning in een ander havengebied heeft verkregen.

132 De Belgische regering heeft in haar schriftelijke opmerkingen evenwel betoogd dat overeenkomstig artikel 4, § 2, van het koninklijk besluit van 2004 de erkenning van een havenarbeider in elk havengebied geldig is, tenzij die havenarbeider deel uitmaakt van de pool van een specifiek havengebied. In dat geval hangt de overgang van het ene havengebied naar een ander havengebied af van de vraag of er een behoefte aan arbeidskrachten is en of de wervingsreserve openstaat. Deze bepaling sluit dus enkel de mogelijkheid uit dat een havenarbeider die deel uitmaakt van een pool, tegelijkertijd buiten de pool werkzaam is, hetzij in hetzelfde havengebied, hetzij in een ander gebied. De mogelijkheid om in een ander havengebied te werken blijft echter openstaan voor elke erkende havenarbeider die geen deel uitmaakt van de pool.

133 In dit verband moet erop worden gewezen dat een dergelijke regeling een beperking kan vormen van de door de artikelen 45, 49 en 56 VWEU gewaarborgde vrijheden, ook al heeft zij slechts betrekking op een beperkt aantal werknemers.

134 Voorts moet op basis van de aanwijzingen in punt 132 van het onderhavige arrest worden opgemerkt dat, aangezien een pool van havenarbeiders in de zin van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling bedoeld is om op gerichte wijze in de behoeften aan gespecialiseerde arbeidskrachten in elk havengebied van de betrokken lidstaat te voorzien, het feit dat de overgang van een havenarbeider tussen de pools van twee verschillende gebieden in die omstandigheden afhankelijk is van voorwaarden en bepalingen die ertoe strekken te verzekeren dat elke pool over voldoende arbeidskrachten beschikt, gerechtvaardigd kan worden in het licht van het legitieme doel om de veiligheid in elk havengebied te waarborgen. Met een maatregel die in dergelijke voorwaarden voorziet, kan er immers met name voor worden gezorgd dat er permanent een minimumaantal gekwalificeerde werknemers is die de veilige werking van de

haven kunnen garanderen. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of een dergelijke maatregel, gelet op dat doel, noodzakelijk en evenredig is. 135 Gelet op een en ander moet op de zesde vraag in zaak C-407/19 worden geantwoord dat de artikelen 45, 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling volgens welke voor de overgang van een havenarbeider naar de pool van werknemers van een ander havengebied dan dat waar hij is erkend, de bij cao vastgestelde voorwaarden en bepalingen gelden, mits deze voorwaarden en bepalingen noodzakelijk zijn voor het doel om de veiligheid in elk havengebied te waarborgen, en evenredig zijn aan dit doel, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.”

37. Wat de mobiliteit tussen havengebieden betreft, bepaalt artikel 4, § 2, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals gewijzigd door artikel 4 van het bestreden besluit:

“§2. De erkenning van een havenarbeider is geldig in elk havengebied zoals bepaald door de Koning in uitvoering van de artikelen 35 en 37 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités. De voorwaarden en modaliteiten waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgene waar hij werd erkend, worden vastgelegd via collectieve arbeidsovereenkomst. De organisatie van werkgevers die overeenkomstig artikel 3bis van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid aangeduid werd als lasthebber in het havengebied waar de havenarbeider werd erkend, blijft ook lasthebber indien de havenarbeider wordt tewerkgesteld buiten het havengebied waar hij erkend werd.”

38. In hun verzoekschrift hebben de verzoekende partijen erop gewezen wat het verrichten van havenarbeid in een ander havengebied dan datgene waar de havenarbeider is erkend betreft, dat luidens artikel 4, § 2, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals vervangen bij artikel 4, 7° van het bestreden besluit “de voorwaarden en modaliteiten van dergelijke tewerkstelling moeten worden bepaald bij collectieve arbeidsovereenkomst”. Zij wijzen erop dat in de praktijk vele werkgevers vestigingen hebben in meer dan één havengebied en dat, in plaats van de tewerkstelling op een andere plaats in België vrij te maken, zoals het in andere sectoren het geval is, het bestreden besluit nieuwe restricties invoert. Ook deze restricties beogen de machtspositie van de lokale werkgeversverenigingen, hun leden en van de betrokken lokale afdelingen van de werknemersorganisaties van de havenarbeiders te versterken. In hun memorie van wederantwoord betwisten de verzoekende partijen dat, zoals de verwerende partij “op foutieve wijze” voorhoudt, het bestreden besluit ter zake “een versoepeling

inhoudt” en “dat poolarbeiders in een andere haven zullen kunnen werken overeenkomstig een te sluiten cao”. Wat die cao betreft, repliceren de verzoekende partijen (zie *supra*, punt 20) dat deze de tewerkstelling in een andere haven volledig verbiedt. Het verbod op (zelfs maar exceptionele) tewerkstelling van poolarbeiders in een andere haven doet de bepaling van het bestreden besluit luidens welke de erkenning geldig is in elk havengebied (art. 4, § 2, eerste lid van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals gewijzigd door art. 4 van het besteden besluit) volledig teniet. De verzoekende partijen verwijzen in hun laatste memorie nog naar het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State dat voorafgaat aan het bestreden besluit waarin deze in punt 7.3.3. opmerkt dat “[h]et ontworpen artikel 4, § 2, van het KB Havenarbeid beoogt tegemoet te komen aan de eis van de Europese Commissie dat erkende havenarbeiders in het hele land kunnen worden tewerkgesteld, en dus niet per haven apart moeten worden erkend. De voorwaarden en nadere regelen waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgene waar hij werd erkend, moeten evenwel nog worden bepaald bij collectieve arbeidsovereenkomst (ontworpen artikel 4, § 2, tweede lid, KB Havenarbeid – zie ook opmerking 6.3). Op dit ogenblik kan bijgevolg niet worden uitgemaakt of dit aspect van de ontworpen regeling volledig in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging.” Samenvattend, stellen de verzoekende partijen vast dat verwerende partij er niet in slaagt het bestaan van de diverse beperkingen van de vrijheid van vestiging vermeld in het verzoekschrift te weerleggen. Met hun laatste memorie na het tweede aanvullend auditoraatsverslag brengen ze een cao van 22 juni 2016 ‘houdende de voorwaarden en modaliteiten waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgene waar hij erkend is” bij (stuk 35 van de verzoekende partijen). Zij stellen dat deze cao een scherpe segmentatie in de arbeidsmarkt invoert, welke ertoe leidt dat de geldigheid van de erkenning “in elk havengebied”, welke het bestreden besluit proclameert, verregaand wordt uitgehold. De cao vestigt weliswaar het principe dat een niet-poolarbeider ook in andere havengebieden mag werken doch alleen buiten de pool. Een poolarbeider die wenst te werken buiten de pool wordt niet langer als een poolarbeider beschouwd. Deze regeling geldt even goed voor havenarbeiders uit

andere lidstaten, ongeacht of zij aan “vergelijkbare voorwaarden inzake havenarbeid” voldoen of niet.

39. Zoals reeds is weergegeven *supra* onder punt 21, repliceert de verwerende partij in haar memorie van antwoord dat het bestreden besluit op dit punt tot een versoepeling leidt ten opzichte van de voorheen bestaande situatie. Vóór de invoering ervan diende een havenarbeider uit het algemeen contingent die erkend was in een havengebied, opnieuw een erkenning te bekomen in een ander havengebied indien deze zijn activiteiten in het ander havengebied wenste uit te voeren, wat nu niet langer het geval is. Indien een erkende havenarbeider binnen of buiten de pool in een ander havengebied wenst te werken is dit mogelijk en dient hij hiervoor niet langer een nieuwe erkenningsprocedure te doorlopen. Indien echter de erkende havenarbeider wenst opgenomen te worden *in* de pool van de andere haven “dient deze “pool” uiteraard wel open te staan”. De verwerende partij vervolgt dat “[h]et is om deze laatste situatie te regelen dat een cao dient afgesloten te worden om de verdere praktische modaliteiten te regelen”. Ze herhaalt een en ander in haar laatste memorie na het tweede aanvullend auditoraatsverslag en benadrukt nog dat “de loutere vaststelling door het bestreden besluit dat de “voorwaarden en modaliteiten” waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied zullen worden vastgelegd via een cao op zich op geen enkele manier beperkend is”, waarbij ze preciseert dat het aan “de bevoegde bodemrechter” toekomt om na te gaan of de bij cao vastgelegde voorwaarden en bepalingen inzake de mobiliteit tussen havengebieden noodzakelijk en evenredig zijn in het licht van de nagestreefde doelstellingen van algemeen belang. Volgens de verwerende partij is geenszins aangetoond dat het om beperkende voorwaarden of modaliteiten zou gaan.

Beoordeling

40. Uit het *dictum* van het arrest van 11 februari 2021 volgt dat de artikelen, 45, 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat “zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling volgens welke voor de overgang van een havenarbeider naar de pool van werknemers van een ander havengebied dan dat

waar hij is erkend, de bij collectieve arbeidsovereenkomst vastgestelde voorwaarden en bepalingen gelden, “mits deze voorwaarden en bepalingen noodzakelijk zijn voor het doel om de veiligheid in elk havengebied te waarborgen, en evenredig zijn aan dit doel, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat”.

Ook al kan de omstandigheid dat, luidens het bestreden besluit, de voorwaarden en modaliteiten waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgene waar hij werd erkend, worden vastgelegd bij cao, op zich niet tot onevenredigheid doen besluiten, dan belet zulks niet dat om “op een alomvattende wijze” te kunnen beoordelen of een uitgewerkte regeling waarbij beperkingen gelden op het vrije verkeer, voldoet aan de vereisten inzake noodzakelijkheid en evenredigheid, rekening moet worden gehouden “met alle voorwaarden voor de erkenning van havenarbeiders en de wijze waarop die regeling ten uitvoer wordt gelegd” (zie het arrest van 11 februari 2021, r.o. 69), dat wil zeggen ook wanneer die voorwaarden en modaliteiten zijn vastgelegd bij cao.

Voorts komt het conform de rechtspraak van het HvJ de bevoegde nationale overheid toe aan te tonen enerzijds dat de uitgewerkte regeling – te dezen de voorwaarden en bepalingen die gelden voor de overgang van een havenarbeider naar de pool van werknemers van een ander havengebied dan dat waar hij is erkend –, noodzakelijk is/zijn voor het (legitiem) doel, te dezen om de veiligheid in elk havengebied te waarborgen, en evenredig zijn aan dit doel (zie o.m. HvJ Commissie/Spanje, C-576/13, van 11 december 2014, r.o. 48 en de aldaar aangehaalde referenties) .

41. In de mate de verwerende partij met haar verwijzing naar de “bevoegde bodemrechter” (zie *supra*, punten 21 en 39) zou beogen te suggereren dat het de Raad van State niet toekomt zich te buigen over een cao, vergist zij zich.

Vooreerst, conform het *dictum* van het arrest van 11 februari

2021, staat het ter beoordeling van “de verwijzende rechter”, te dezen de Raad van State, de bij hem bestreden regeling te beoordelen op de vereiste noodzakelijkheid en evenredigheid. Daarbij moet rekening worden gehouden “met alle voorwaarden voor de erkenning van havenarbeiders en de wijze waarop die regeling ten uitvoer wordt gelegd” (*cfr.* r.o. 69), dat wil zeggen ook wanneer, gebeurlijk, deze voorwaarden en modaliteiten zijn vastgelegd bij cao.

Bovendien, zoals het Hof van Cassatie in zijn arrest van 19 februari 2015 (c14.0308.N) heeft geoordeeld, belet niets de Raad van State om de inhoud van een cao te betrekken bij de beoordeling van een middel gericht tegen een administratieve rechtshandeling zoals het bestreden verordenend besluit die bij hem wordt aangevochten met een annulatieberoep in het kader van het objectief contentieux en waarin de miskennis van een rechtsregel wordt aangevoerd, te dezen een schending van de beginselen van het vrije verkeer gewaarborgd door de artikelen 45, 49 en 56 van het VWEU. Meer nog om aldus de verenigbaarheid van het bestreden verordenend besluit te kunnen beoordelen dient de verwijzingsrechter “noodzakelijkerwijs” rekening te houden met alle voorwaarden voor de erkenning van havenarbeiders, ook wanneer die in een cao zijn bepaald.

42. Echter, te deze dient de Raad van State vast te stellen dat de verwerende partij geen cao bijbrengt waarin de “voorwaarden en modaliteiten waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgene waar hij werd erkend”, zijn uiteengezet. Zij brengt wel een aantal cao’s bij – die al dan niet definitief zijn – waaronder cao 135640 van het Paritair Comité voor het Havenbedrijf van 28 september 2016 ‘houdende invoering van een veiligheidscertificaat voor de werknemers zoals bepaald in artikel 1 § 3 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid’ die zij ook bespreekt met betrekking tot dat veiligheidscertificaat, maar deze cao 135640 regelt *niet* de (tijdelijke of definitieve) overgang van (de pool van) het ene havengebied naar het andere. Integendeel, zoals *sub* 21 en 39 is gebleken beperkt de verwerende partij zich ertoe

te stellen dat “het loutere feit dat deze materie niet rechtstreeks door de wetgever wordt geregeld maar wordt overgelaten aan collectieve arbeidsovereenkomsten op zich geen beperking in[houdt] van het Werkingsverdrag”, dat het “de bevoegde bodemrechter toekomt om na te gaan of de bij cao vastgelegde voorwaarden en bepalingen inzake de mobiliteit tussen havengebieden noodzakelijk en evenredig zijn in het licht van de nagestreefde doelstellingen van algemeen belang”, dat het bestreden besluit een versoepeling betreft ten opzichte van de eraan voorafgaande regeling met dien verstande dat “[i]ndien de erkende havenarbeider wenst opgenomen te worden in de pool van de andere haven, deze “pool” uiteraard [dient] open te staan” en, tot slot, dat “[h]et is om deze laatste situatie te regelen dat een cao vereist is om de verdere praktische modaliteiten te regelen”. Aansluitend verwijst ze naar haar argumentatie omtrent de “erkenning binnen de pool” en “erkenning buiten de pool” waarbij de toetreding tot de pool van een havengebied afhankelijk is van de “behoeften aan arbeidskrachten”, wat dan weer behoort tot de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de administratieve commissie van het betrokken havengebied, regeling die reeds *supra* onder punt B.II.1 is beoordeeld en onverenigbaar bevonden met het VWEU.

43. Conclusie is dat geheel onduidelijk blijft welke de (nadere) voorwaarden en modaliteiten zijn – al dan niet vastgelegd bij cao – inzake de overgang van de pool van het ene havengebied naar het andere behoudens dan een (discretionaire) beslissing van de betrokken administratieve commissie of er een “behoefte aan arbeidskrachten” is. Ook al is de pool van een havengebied geen starre pool in de zin van r.o. 74 van het arrest van 11 februari 2021 en strekt hij ertoe zoals de verwerende partij argumenteert om binnen elk havengebied omwille van veiligheidsredenen permanent een minimumaantal gekwalificeerde werknemers te garanderen volgens de “behoeften aan arbeidskrachten” dan blijkt, zoals reeds *supra* onder punt B.II.1. is uiteengezet, geenszins op grond van welke objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare onderscheidingscriteria een erkende havenarbeider (bijvoorbeeld bij meerdere kandidaten) al dan niet voor toelating tot die pool in aanmerking komt, noch overigens voor de overgang naar de pool van werknemers van een ander havengebied dan dat waar hij is erkend.

Evenmin blijkt hoe in voorkomend geval (dit is wanneer er een behoefte aan arbeidskrachten is) kenbaar wordt gemaakt – te dezen op een passende en transparante wijze gezien het grensoverschrijdend belang van de havensector – dat de “pool open staat” opdat binnen- en buitenlandse werknemers (daarin begrepen reeds buitenlandse erkende havenarbeiders) hun aanspraken kunnen doen gelden.

Gegeven de gevolgen verbonden aan het verlaten van de pool onder meer op het vlak van de duur van de erkenning, wordt de mobiliteit van de havenarbeiders, inclusief de buitenlandse havenarbeiders waarvan de erkenning nochtans in beginsel voor het hele Belgische grondgebied geldt, ernstig beperkt.

44. Nochtans draagt artikel 3 van de wet van 8 juni 1972 de Koning uitdrukkelijk op de voorwaarden en de modaliteiten te bepalen van de erkenning van de havenarbeiders op advies van het voor het betrokken havengebied bevoegd paritair comité. Wanneer het geraadpleegd paritair comité zijn advies niet meedeelt binnen twee maanden nadat het daarom werd verzocht, wordt er geen rekening mede gehouden. De inbreuken op de genoemde wet en zijn uitvoeringsbesluiten worden strafrechtelijk gesanctioneerd (artikel 3bis).

Zoals de afdeling Wetgeving van de Raad van State in haar advies 59.428/VR/1 van 24 juni 2016 bij het ontwerp dat tot het bestreden besluit heeft geleid, dient vastgesteld dat bepaalde aspecten die inherent moeten worden geacht aan de erkenningsregeling in het bestreden besluit niet of onvolledig worden geregeld. In het advies werd er “bij wijze van voorbeeld” op gewezen dat, wat betreft het (al dan niet) opnemen in de pool van havenarbeiders bij hun erkenning, “niet duidelijk is op welke wijze de omvang van de pool wordt bepaald en welke criteria worden gehanteerd op grond waarvan een erkende havenarbeider al dan niet wordt toegelaten tot de pool. Evenmin wordt bepaald op grond van welke criteria havenarbeiders die worden opgenomen in de pool, voor onbepaalde dan wel voor bepaalde duur worden erkend”. Dergelijke regels moeten met toepassing van de artikelen 37 en 108 van de Grondwet (*iuncto* artikel 33 ervan) op

grond waarvan uitsluitend de Koning bevoegd is om de wetten uit te voeren – en daargelaten nog dat te dezen de wetgever er de Koning uitdrukkelijk mee heeft belast –, door de Koning worden bepaald, minstens wat de essentiële elementen ervan betreft, wat te dezen niet is gebeurd en ook niet beantwoordt aan de vereisten van transparantie en kenbaarheid naar kandidaat-havenarbeiders, te meer nog in een grensoverschrijdende context zoals te dezen.

45. Artikel 4, § 2, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 4, 7°, van het bestreden besluit, gelezen in samenhang met de cao van 22 juni 2016 ‘houdende de voorwaarden en modaliteiten waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgene waarin hij werd erkend’ strijdt dan ook met de artikelen 45, 49 en 56 van het VWEU.

B.II.3. Betreffende de overgangsregeling van artikel 15/1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004

46. Het Hof van Justitie heeft overwogen:

“Vijfde vraag

121 Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 45, 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan havenarbeiders die als zodanig zijn erkend overeenkomstig het wettelijk kader dat op hen van toepassing was vóór de inwerkingtreding van die regeling, deze erkenning op grond van de nieuwe regeling behouden en worden opgenomen in de pool van havenarbeiders waarin die nieuwe regeling voorziet.

122 Aangezien, zoals blijkt uit punt 62 van het onderhavige arrest, het doel van een regeling voor de erkenning van havenarbeiders – zoals dit door de verwijzende rechter in zaak C-407/19 is beschreven – erin bestaat om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen en arbeidsongevallen te voorkomen, is een nationale regeling op grond waarvan havenarbeiders die overeenkomstig een oudere vergelijkbare regeling als zodanig waren erkend, volgens de nieuwe regeling hun erkenning behouden, niet ongeschikt om het nagestreefde doel te bereiken en ook niet onevenredig aan dat doel.

123 Er kan immers redelijkerwijs van worden uitgegaan dat havenarbeiders die al onder de oudere regeling waren erkend, reeds over de vaardigheden en kwaliteiten beschikken die noodzakelijk zijn om de veiligheid in de havengebieden te waarborgen.

124 Uit de door de verwijzende rechter in zaak C-407/19 verstrekte gegevens blijkt dat zijn vijfde vraag is ingegeven door het betoog van verzoeksters in

het hoofdgeding in deze zaak, namelijk dat een maatregel als bedoeld in punt 121 van het onderhavige arrest een werkgever de mogelijkheid ontnemt om reeds erkende havenarbeiders rechtstreeks – dat wil zeggen buiten de pool – aan te werven, aangezien die havenarbeiders terughoudend zijn om de pool te verlaten en een dergelijke arbeidsovereenkomst te sluiten, omdat zij daardoor hun erkenning verliezen.

125 Met dat betoog wordt niet opgekomen tegen de omstandigheid dat de erkenning die een havenarbeider heeft verkregen uit hoofde van de oude wettelijke regeling, behouden blijft volgens de nieuwe wettelijke regeling, maar tegen het feit dat de betrokken arbeider de erkenning niet behoudt wanneer hij de pool verlaat om rechtstreeks met een werkgever een arbeidsovereenkomst te sluiten.

126 Uit punt 113 van het onderhavige arrest volgt dat de artikelen 45, 49 en 56 VWEU zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan een erkende havenarbeider die niet is opgenomen in de pool van werknemers waarin die regeling voorziet, voor elke nieuwe door hem gesloten arbeidsovereenkomst een nieuwe erkenningsprocedure moet doorlopen.

127 Gelet op een en ander moet op de vijfde vraag in zaak C-407/19 worden geantwoord dat de artikelen 45, 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan havenarbeiders die als zodanig zijn erkend overeenkomstig het wettelijk kader dat op hen van toepassing was vóór de inwerkingtreding van die regeling, deze erkenning op grond van de nieuwe regeling behouden en worden opgenomen in de pool van havenarbeiders waarin die nieuwe regeling voorziet.”

47. Artikel 15/1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals ingevoegd bij artikel 18 van het bestreden besluit, luidt:

“Voor de toepassing van dit besluit :

1° worden de havenarbeiders, erkend op basis van het vroegere artikel 2, 2e lid, van rechtswege erkend als havenarbeider opgenomen in de pool conform het gewijzigde artikel 2, § 1, onverminderd de toepassing van de artikelen 5 tot 9 van dit besluit;

2° worden de havenarbeiders, erkend op basis van het vroegere artikel 2, 3e lid, van rechtswege gelijk gesteld met de logistieke werknemers zoals bedoeld in artikel 1, § 3, onverminderd de toepassing van de artikelen 5 tot 9 van dit besluit.”

De wijze waarop artikel 15/1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals ingevoegd bij artikel 18 van het bestreden besluit, op zichzelf genomen een schending van het vrije verkeer uitmaakt, wordt in het verzoekschrift niet aannemelijk gemaakt. Op zichzelf genomen kan daarin immers geen schending van het vrije verkeer zoals gewaarborgd door de artikelen 45, 49 en 56 van het VWEU worden ontwaard. De overgangsregeling strekt er in de eerste

plaats toe de erkenning die havenarbeiders in het verleden hebben verworven, te bestendigen.

In hun laatste memorie lijken de verzoekende partijen dat ook wel te erkennen waar zij stellen dat “het Hof van Justitie [heeft] aangegeven dat, waar het bestreden besluit de reeds eerder erkende havenarbeiders van rechtswege opnam in de pool, dit op zich niet onverenigbaar [is] met het Unierecht” (p. 17).

48. In de mate de verzoekende partijen vervolgens evenwel nog aangeven dat “er wel een onverenigbaarheid rijst in de mate dat de arbeider die wil ingaan op een werkaanbod buiten de pool, zijn erkenning verliest en voor elke arbeidsovereenkomst een nieuwe erkenningsprocedure moet doorlopen”, treft hun kritiek in wezen de vraag naar de verenigbaarheid met het Unierecht van erkende arbeiders binnen en buiten de pool wat reeds *supra* is beoordeeld (zie B.II.1. en B.II.2.).

In die zin kan deze overgangsbepaling niet los worden gezien van de bestreden erkenningsregeling als geheel, daarin begrepen het naast elkaar bestaan volgens de geldende voorwaarden en modaliteiten van een erkenning als havenarbeider binnen respectievelijk buiten de pool, wat invloed heeft op de omvang van de uit te spreken vernietiging (zie *infra*).

49. Het tweede, het derde en het vijfde middel zijn, in hun geheel genomen, in de aangegeven mate gegrond.

VII. Omvang van de uit te spreken vernietiging

Standpunt van de partijen

50. De verwerende partij verzoekt de Raad van State om, bij vernietiging, rekening te houden met de omvang van de gebeurlijk vastgestelde onwettigheid, die niet moet worden “overschat”. Zij volhardt dat “de tweeledige

aanpak waarbij havenarbeiders ofwel kunnen worden erkend binnen de pool (in functie van de behoefte aan arbeidskrachten), dan wel buiten de pool (mits bepaalde objectieve criteria vervuld zijn) op zich niet strijdig is met het Werkingsverdrag”. Volgens de verwerende partij beperken de problemen zich tot de procedure voor de administratieve commissies, en eventueel de overgangsregeling van artikel 13/1 (oud), ingevoerd bij artikel 17 van het bestreden besluit die inmiddels “voorbij” is. Het valt moeilijk in te zien waarom het niet mogelijk zou zijn om slechts welbepaalde onderdelen af te splitsen met het oog op vernietiging. Volgens de verwerende partij lijkt het bijvoorbeeld perfect mogelijk om de overgangsregeling van artikel 17 (artikel 13/1 (oud)) van het bestreden besluit af te splitsen, zonder zich daarbij op het domein van de beleidsuitoefening te begeven (dergelijke vernietiging ressorteert geen verdere gevolgen, gezien de desbetreffende overgangperiode intussen afgelopen is). Voor andere bepalingen is het duidelijk dat zij mogelijk in de praktijk al geen probleem zijn (bijvoorbeeld de automatische erkenning via het Portunus systeem) “maar enkel een uitdrukkelijke vermelding in het K.B. behoeven wat via een overgangperiode kan geredieerd worden”. Een volledige vernietiging van het bestreden besluit leidt tot een terugkeer naar de oude versie van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 waarbij er geen mogelijkheid bestond om buiten de besloten “pool” havenarbeiders aan te nemen en ook op andere punten rigider was, onder meer wat de erkenning van logistieke werknemers betreft. Een volledige vernietiging van het bestreden besluit leidt tot de herleving van een regeling die net méér problematisch was onder het Europees recht, en hypothekeert voorts de toepassing van het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 waarbij de Portunus-applicatie werd ingevoerd: een gedeeltelijke vernietiging is derhalve “meer van aard om de verzoekende partijen genoegdoening te geven dan een volledige vernietiging.”

51. De verzoekende partijen repliceren dat, zoals ook blijkt uit het auditorsverslag, het bestreden besluit, gelet op zijn achtergrond, doelstelling en totstandkoming, één geheel vormt zodat geen te vernietigen gedeelte kan worden afgesplitst van de rest van het besluit. Deze afsplitsbaarheid is een voorwaarde

opdat een gedeeltelijke vernietiging mogelijk zou zijn. Zij voegen daaraan nog toe dat de ingewikkelde structuur en redactie van het bestreden besluit bezwaarlijk zou toelaten tot een partiële vernietiging over te gaan welke de nodige rechtszekerheid kan bieden. Daarenboven is niet voldaan aan de tweede voorwaarde om tot een partiële vernietiging te kunnen overgaan, te weten dat het de verzoekende partijen volledige genoegdoening verschaft. Voor de verzoekende partijen is het essentieel dat het bestreden besluit, dat slechts een betekenisloze schijnhervorming heeft ingevoerd, integraal uit de rechtsorde verdwijnt, zodat “de verwerende partij haar huiswerk kan overdoen en ditmaal tot een reële normalisering van de arbeidsmarkt in de havens komt, welke de toets van het Unierecht en de andere hogere rechtsnormen eindelijk kan doorstaan en de Belgische havens op een gelijk speelveld plaatst met andere Europese havens.” Het initiële koninklijk besluit van 5 juli 2004 was inderdaad ook aangetast door tal van onverenigbaarheden met hogere rechtsnormen waardoor de wet van 8 juni 1972 “op de helling staat”, want zowel het HvJ als de Advocaat-Generaal hebben geïnsisteerd dat de verenigbaarheid van die wet met het Unierecht afhangt van de verenigbaarheid van het gehele regelgevende stelsel, inbegrepen de uitvoeringsbesluiten. Specifiek wat de “hypothekering” van de Portunus-applicatie betreft, herhalen de verzoekende partijen dat zij eveneens om uitbreiding van het voorliggende vernietigingsberoep hebben verzocht tot het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020. Volgens haar zullen door de vernietiging van het bestreden besluit “de bepalingen van het koninklijk besluit van 26 juni 2020 eenvoudigweg zonder voorwerp zijn en elke zin verliezen”. Het koninklijk besluit van 26 juni 2020 kan niet bestaan zonder het bestreden besluit.

Beoordeling

52. Wat de vraag van de verzoekende partijen betreft, inzake de vernietiging van het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 wordt eraan herinnerd dat haar vordering tot uitbreiding van het voorwerp van het vernietigingsberoep tot dat wijzigingsbesluit niet ontvankelijk is (zie *supra*).

53. Het bestreden besluit is een reglementair besluit. Het is derhalve in beginsel één en ondeelbaar. Dit impliceert dat wanneer de Raad van State heeft vastgesteld dat in een ontvankelijk annulatieberoep een gegrond middel wordt aangevoerd, hij in beginsel het bestreden besluit in zijn geheel vernietigt. Wanneer, in afwijking van het voornoemde beginsel wordt overgegaan tot een gedeeltelijke vernietiging van het bestreden besluit, moet aan twee voorwaarden worden voldaan. In de eerste plaats moet blijken dat de gedeeltelijke vernietiging aan verzoeker volledige genoegdoening geeft in het licht van het door hem aangevoerde belang. Vervolgens moet komen vast te staan dat het vernietigde gedeelte kan worden afgesplitst van de rest van het bestreden besluit en dat de overheid, ook afgezien van het afgesplitste gedeelte, voor het overige dezelfde beslissing zou hebben genomen. Er anders over oordelen, zou tot gevolg hebben dat de Raad van State zich op het domein van de beleidsuitoefening van de betrokken overheid zou begeven en zou overgaan tot hervorming van het besluit waarvan het betreffende gedeelte een onlosmakelijk onderdeel is, vermits het bestreden besluit voor het overige hoe dan ook zou blijven bestaan.

54. Daargelaten nog de vraag of een gedeeltelijke vernietiging de verzoekende partijen wel voldoende genoegdoening kan bieden, moet worden vastgesteld dat het bestreden besluit het (initiële) koninklijk besluit van 5 juli 2004 op een alomvattende wijze heeft aangepast in het licht van de ingebrekestelling van de Europese Commissie van 28 maart 2014 die wat de initiële regeling betreft, oordeelde dat de Belgische regeling betreffende de havenarbeid een inbreuk vormde op het VWEU in essentie omdat deze regeling buitenlandse ondernemingen ontmoedigde om in België vestigingen op te zetten, doordat zij geen vrije keuze van personeelsleden hadden maar verplicht waren om een beroep te doen op de erkende havenarbeiders, zelfs voor logistieke taken, die bovendien geografisch slechts beperkt inzetbaar waren.

Ook al bracht het bestreden besluit versoepelingen aan dan blijkt uit de beoordeling van de middelen dat het nog steeds op essentiële punten die het fundament van de erkenningsregeling betreffen, niet verenigbaar is met de

beginselen inzake het vrije verkeer zoals die voortvloeien uit de artikelen 45, 49 en 56 van het VWEU.

De wijzigingen die bij het bestreden besluit werden aangebracht, zijn deze die de Belgische Staat nodig achtte om de regeling opgenomen in het koninklijk besluit van 5 juli 2004 conform artikel 49 van het VWEU te maken. De Europese Commissie heeft gemeld dat op 17 mei 2017 de inbreukprocedure (voorwaardelijk) werd stopgezet. Dat blijkt voorts nog uit het wetgevingsdossier dat aan het bestreden besluit ten grondslag ligt. Zo wordt in het advies van 11 mei 2016 van het interfederaal Korps van de inspectie van Financiën over het ontwerp dat uiteindelijk heeft geleid tot het bestreden besluit gewag gemaakt over “een delicate evenwichtsoefening tussen de Europese vereisten en de voorkeuren van het werkveld”. In de begeleidende brief van de minister van Werk bij de adviesaanvraag aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, wordt gewezen op het uitvoerige overleg dat is gepleegd met de sociale partners – langs zowel werknemers- als werkgeverszijde – over het ontwerp en op het feit dat het ontwerp een onderdeel uitmaakt van een voorakkoord met de sociale partners over de remediëringsmaatregelen in het kader van de ingebrekestelling door de Europese Commissie. Uit het voorgaande volgt dat de in het bestreden besluit opgenomen regeling één geheel vormt, strekkende tot een hervorming van het stelsel van havenarbeid, die een antwoord moet bieden op de Europeesrechtelijke bezwaren én de sociale vrede dient te handhaven in uitvoering van een akkoord met de sociale partners.

In die omstandigheden kan, gelet op de genese van het bestreden besluit, niet tot het oordeel worden gekomen dat is voldaan aan de tweede voorwaarde, waarbij bepaalde artikelen of bepalingen kunnen worden afgesplitst van de rest van het bestreden besluit. De bepalingen van het bestreden besluit vormen een ondeelbaar geheel zodat de onwettigheden die zijn vastgesteld, moeten leiden tot de volledige vernietiging van het bestreden besluit. Het komt de Raad van State niet toe om bepaalde aspecten van die algehele regeling uit het rechtsverkeer te verwijderen en andere niet door ze daarvan te isoleren.

Tot slot, moeten ook de opgeheven overgangsbepalingen worden vernietigd, minstens in het belang van de duidelijkheid in het rechtsverkeer.

55. Het gebrek aan opdeelbaarheid van de bepalingen van het bestreden besluit volstaat om vast te stellen dat er niet van de principiële regel van ondeelbaarheid van de reglementaire akte kan worden afgeweken.

VIII. Betreffende de vraag van de verzoekende partijen om toepassing van de artikelen 36, § 1, eerste lid, minstens artikel 35/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State

Uiteenzetting

56. In de mate het voorwerp van het voorliggende annulatieberoep niet tot het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 wordt uitgebreid, vragen de verzoekende partijen de Raad van State om de verwerende partij op grond van artikel 36, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State te bevelen om de bij het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 gewijzigde en ingevoegde bepalingen van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 binnen een termijn van 15 dagen na de uitspraak van het arrest op te heffen. Bij gebrek aan opheffing van die bepalingen, zou de erkenning van havenarbeiders na de vernietiging van het bestreden besluit immers worden beheerst door een onbegrijpelijke en onuitvoerbare regeling, wat de rechtszekerheid nog meer zou aantasten.

57. Ondergeschikt, voor zover het voornoemde bevel niet aan de verwerende partij zou worden opgelegd, vragen de verzoekende partijen, om dezelfde redenen, om minstens op grond van artikel 35/1 van diezelfde gecoördineerde wetten in het te nemen arrest te verduidelijken dat, teneinde aan de vastgestelde onwettigheden te verhelpen zonder aanzienlijke uitvoerings- en interpretatieproblemen te veroorzaken, op zijn allerminst ook de bij het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 gewijzigde en ingevoegde bepalingen van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 moeten worden opgeheven.

Beoordeling

58. Artikel 36, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State luidt:

“Art. 36. § 1. Wanneer het arrest inhoudt dat de betrokken overheid een nieuwe beslissing neemt, kan de afdeling bestuursrechtspraak, waarbij een vordering in die zin is ingesteld, in dat arrest bevelen dat die beslissing binnen een bepaalde termijn moet worden genomen. Zij kan dit bevelen bij een later arrest, op voorwaarde dat de partij op wier verzoek de nietigverklaring werd uitgesproken, voorafgaandelijk en via een aangetekende brief, de overheid in gebreke heeft gesteld een nieuwe beslissing te nemen en er ten minste drie maanden zijn verstreken sinds de kennisgeving van het arrest houdende de nietigverklaring.”

Artikel 35/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State luidt:

“Art. 35/1. Op verzoek van één der partijen, ten laatste in de laatste memorie, verduidelijkt de afdeling bestuursrechtspraak in de motieven van haar arrest houdende nietigverklaring, de maatregelen die moeten worden genomen om de onwettigheid die heeft geleid tot deze nietigverklaring te verhelpen.”

59. Te dezen houden het uit te spreken vernietigingsarrest en de motieven ervan *de lege lata* in dat de verwerende partij opnieuw een reglementair besluit dient aan te nemen teneinde uitvoering te verlenen aan artikel 3, eerste en tweede lid, van de wet van 8 juni 1972. Laatstgenoemde bepaling belast de Koning ermee – wat niet alleen een recht is maar ook een plicht – om “de voorwaarden en de modaliteiten van de erkenning van de havenarbeiders [te bepalen] op advies van het voor het betrokken havengebied bevoegd paritair comité”, waarbij het geraadpleegd paritair comité zijn advies meedeelt binnen twee maanden nadat het daarom verzocht werd, zoniet wordt er geen rekening mede gehouden.

Bij de uitoefening van zijn verordenende bevoegdheid ter uitvoering van de wet blijft de Koning – uiteraard –, eensdeels, binnen de contouren van de wet (de “wet” te begrijpen als het geheel van de normenhiërarchie) in het algemeen en de beginselen inzake het vrije verkeer zoals die voortvloeien uit het VWEU in het bijzonder en, anderdeels, met inachtneming

van de redelijke termijn-eis, beschikken over een discretionaire beoordelingsruimte om in het belang van de veiligheid van de havenarbeid een erkenningsregeling voor havenarbeiders nader gestalte te geven.

Het komt de Koning daarbij toe – met inachtneming van die hogere regelgeving én het gezag van gewijsde van het *dictum* van de in deze zaak tussengekomen arresten (en de ermee verbonden determinerende motieven) – te beoordelen of het wijzigingsbesluit van 26 juni 2020 moet worden behouden of aangepast en, zo ja, in welke mate, dan wel (geheel of gedeeltelijk) moet worden opgeheven. De Raad van State is in ieder geval niet bevoegd om, in de plaats van de verwerende partij, die beoordeling te doen of daartoe een bevel te geven.

Voorts blijkt uit niets dat de verwerende partij die taak niet op zorgvuldige wijze met inachtneming van de redelijke termijn-eis, zou volbrengen.

60. Om die redenen alleen al wordt niet op het verzoek tot bevel ingegaan in het kader van voorliggende procedure.

61. Wat tot slot het verzoek om toepassing van het aangehaalde artikel 35/1 betreft, blijkt uit de wetsgeschiedenis van deze bepaling dat deze bevoegdheid van de Raad van State voortvloeit uit het idee dat, “wanneer te verwachten valt dat een arrest uitvoerings- of interpretatieproblemen dreigt te veroorzaken door de complexiteit van de zaak”, de partijen kunnen vragen “dat in hetzelfde arrest wordt verduidelijkt hoe de tenuitvoerlegging ervan wordt gefaciliteerd.” Deze verduidelijkingen omvatten “de nodige uitleg betreffende de inhoud van het gezag van gewijsde om aan de onregelmatigheden te remediëren die tot de nietigverklaring hebben geleid” (*Parl. St. Senaat*, 2012-13, nr. 5-2277/1, 26).

62. Te dezen maken de verzoekende partijen niet aannemelijk dat te verwachten valt dat het arrest specifieke uitvoerings- of interpretatieproblemen dreigt te veroorzaken. De vernietigingsmotieven zijn duidelijk in het arrest

uiteengezet, wat de verwerende partij ondanks de complexiteit van de materie moet toelaten tegemoet te komen aan de vastgestelde gebreken zodat bijkomende preciseringen zich niet opdringen.

In de mate de verzoekende partijen alsnog zouden betrachten de Raad van State te horen bevelen welk rechtsherstel zich “opdringt”, gaan zij eraan voorbij dat artikel 35/1 van de gecoördineerde wetten, anders dan het geval is met artikel 36 van diezelfde gecoördineerde wetten, geen mogelijkheid omvat om enige injunctie of verbod op te leggen, noch de mogelijkheid om een wettigheidsbrevet af te leveren omtrent nog door de verwerende partij te nemen maatregelen die niet eens het voorwerp hebben uitgemaakt of kunnen uitmaken van het voorliggend vernietigingsberoep.

63. Het verzoek om toepassing te maken van artikel 35/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State wordt eveneens afgewezen.

IX. Betreffende de vraag van de verwerende partij om toepassing van artikel 14, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State

Uiteenzetting

64. De verwerende partij verzoekt de Raad van State om toepassing te maken van artikel 14^{ter} van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en de gevolgen van het bestreden besluit gedurende twaalf maanden te handhaven. Zij steunt haar vraag op de overweging “de bevoegde regelgever de kans te bieden om de totstandkoming van een lacune te vermijden”. Ze beklemtoont nog dat het bestreden besluit het resultaat was van intense onderhandelingen met de Europese Commissie, de bestreden regeling “ook van belang [is] voor de veiligheid van de arbeiders en voor het behoud van de sociale vrede en, zodoende, voor de goede werking van de Belgische havens”. In haar laatste memorie na het tweede aanvullend verslag benadrukt de verwerende partij dat een vernietiging van het bestreden besluit impliceert dat een nieuwe regeling moet worden aangenomen, wat overleg tussen alle betrokken partijen (vakbonden, werkgeversverenigingen, ...) vereist waarbij het regelgevend proces inherent bepaalde tijd in beslag neemt.

Een voldoende tijdsbestek van “minstens” twaalf maanden is vereist om een kwalitatieve nieuwe regeling uit te werken. Naast de inhoudelijke uitwerking, moet immers rekening worden gehouden met de andere stappen in het regelgevend proces zoals het advies van het paritair comité, het advies van de Inspectie van Financiën, het begrotingsakkoord en het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.

Beoordeling

65. Krachtens artikel 14^{ter} van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling Bestuursrechtspraak als deze het nodig oordeelt, op verzoek van de verwerende partij, bij wege van algemene beschikking, die gevolgen van een vernietigd reglement aanwijzen, die voorlopig gehandhaafd worden voor de termijn die ze vaststelt. Dergelijke maatregel kan enkel worden bevolen om uitzonderlijke redenen die een aantasting van het legaliteitsbeginsel rechtvaardigen.

66. Het komt de Raad van State voor zoals de verwerende partij dat ook heeft kunnen lezen in de conclusies van de advocaat-generaal die aan het arrest van 11 februari 2021^{voorafgaan}, dat enkel hoogst uitzonderlijke omstandigheden die verband houdend met dwingende redenen van algemeen belang zouden kunnen rechtvaardigen dat de gevolgen van het te vernietigen reglementair besluit worden gehandhaafd, te meer te dezen waar een strijdigheid is vastgesteld van het bestreden besluit met het materieel Unierecht dat rechtstreeks toepasselijk is en dat principieel voorrang moet krijgen op het daarmee strijdige nationale recht. Voor een dergelijke opschorting van een rechtstreeks werkende materiële voorrangsregel moeten niet alleen dwingende vereisten van algemeen belang bestaan; een (zelfs slechts tijdelijke) terzijdestelling daarvan zou door de Raad van State slechts kunnen worden toegestaan onder de voorwaarden die (nadat het daarover in voorkomend geval prejudicieel is bevraagd) enkel door het HvJ kunnen worden vastgesteld, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Dergelijke uitzonderlijke omstandigheden die een aantasting van het legaliteitsbeginsel rechtvaardigen, te dezen een aantasting van de voorrangsregel van rechtstreeks werkende Uniebepalingen, toont de verwerende partij te dezen evenwel niet aan, noch maakt zij dit in haar laatste memorie *in concreto* aannemelijk.

67. Het verzoek tot voorlopige handhaving van de gevolgen van het te vernietigen besluit wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het koninklijk besluit van 10 juli 2016 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid’.

De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partijen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zesentwintig oktober tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	kamervoorzitter,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques