

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.470/1
VAN 28 JUNI 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 4 juni 2012 door de Minister van Werk verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet ‘tot vaststelling van sancties en maatregelen voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen’, heeft het volgende advies gegeven:

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

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het omzetten in het interne recht van sommige bepalingen van richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 ‘tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen’.

Diverse bepalingen van de voornoemde richtlijn werden reeds in het interne recht omgezet door onder meer het Strafwetboek, het Gerechtelijk Wetboek en, vooral, het Sociaal Strafwetboek. Het heden om advies voorgelegde ontwerp beoogt in hoofdzaak het bepaalde in artikel 8 van richtlijn 2009/52/EG te implementeren, dat betrekking heeft op de regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van onderaannemers.¹ Andere richtlijnbeepalingen die het ontwerp beoogt om te zetten zijn onder meer de artikelen 3 (verbod op illegale tewerkstelling; artikel 3 van het ontwerp), 4 (verplichtingen van werkgevers; artikelen 13 tot 15 van het ontwerp), 6 (nabetalingen door werkgevers; artikelen 5 tot 8 van het ontwerp), 13 (faciliteren van klachten; artikelen 9 tot 11 van het ontwerp), en 15 (gunstiger bepalingen; artikelen 34 en 35 van het ontwerp).

VOORAFGAANDE OPMERKING

3. Aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, werd in het kader van het onderzoek van het wetsontwerp door de gemachtigde een tabel toegezonden waarin de concordantie wordt weergegeven tussen, enerzijds, richtlijn 2009/52/EG en, anderzijds, de al bestaande Belgische wetgeving die bepalingen van de voornoemde richtlijn heeft omgezet en het om advies voorgelegde ontwerp. Dergelijke tabel draagt bij tot een beter begrip van de ontworpen regeling omdat deze daardoor beter valt te situeren binnen het geheel van al bestaande en nog tot stand te brengen omzettingbepalingen en erdoor gemakkelijker kan worden nagegaan welke artikelen van de richtlijn of onderdelen ervan worden omgezet door de onderscheiden bepalingen van het ontwerp. Het verdient dan ook ten zeerste aanbeveling om de betrokken concordantietabel als een bijlage bij het ontwerp van wet op te nemen in de parlementaire documenten.

¹ Zie de artikelen 16 tot 33 van het ontwerp.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

4. Aangezien met de ontworpen regeling slechts een partiële omzetting van richtlijn 2009/52/EG wordt beoogd, late men artikel 2 van het ontwerp aanvangen als volgt:

“Deze wet voorziet in de gedeeltelijke omzetting van Richtlijn 2009/52/EG van ...”.

Artikel 3

5. Artikel 3 van het ontwerp bepaalt dat de wet tot doel heeft de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen te verbieden. Het artikel lijkt niet meer dan een declaratieve waarde te hebben. In de mate erin een beginsel zou worden geformuleerd waaraan de overige bepalingen van het ontwerp moeten worden getoetst, wordt zulks bij voorkeur nader verduidelijkt in de memorie van toelichting.²

Artikel 4

6. Met betrekking tot de definitie van “onderdaan”, in artikel 4, 1°, van het ontwerp, rijst de vraag of niet veeleer aan de Europese Economische Ruimte moet worden gerefereerd, ermee rekening houdend dat de in het ontwerp geregelde aangelegenheid in essentie een zaak van vrij verkeer van personen is.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 35/7, 1°, van de wet van 12 april 1965 ‘betreffende de bescherming van het loon der werknemers’ (artikel 17 van het ontwerp).

Artikel 5

7.1. In artikel 5, § 1, wordt de verplichting tot het betalen van een loon opgelegd aan “de in België gevestigde werkgever die, op basis van een arbeidsovereenkomst, er een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land tewerkstelt”.

² In die hypothese lijken sommige bepalingen van het ontwerp op gespannen voet te staan met dergelijk beginsel. Zo zou bijvoorbeeld uit artikel 5, § 1, van het ontwerp, een tempering van dat beginsel kunnen worden afgeleid ten voordele van de op basis van een arbeidsovereenkomst tewerkgestelde illegaal verblijvende onderdanen van derde landen.

Vastgesteld moet worden dat in de waarborgregeling die in artikel 6 van richtlijn 2009/52/EG is opgenomen met betrekking tot de nabetalings door werkgevers, niet met zoveel woorden wordt uitgegaan van het vereiste van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Derhalve kan de vraag worden opgeworpen of het de bedoeling is om de in het ontwerp beoogde waarborgregeling minder ver te laten strekken dan die in artikel 6 van de richtlijn. Meer in het algemeen kan trouwens worden opgemerkt dat in diverse andere bepalingen van het ontwerp gewag wordt gemaakt van een arbeidsovereenkomst gesloten met een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land,³ hetgeen op het eerste gezicht duidt op een andere benadering van de tewerkstellingsproblematiek dan in de richtlijn het geval is. In deze laatste wordt immers uitgegaan van het meer algemene begrip “tewerkstelling”.

Daarenboven rijst de vraag of het bepaalde in artikel 5, § 1, van het ontwerp niet precies tot gevolg zal hebben dat de tegenstelbaarheid van de nietigheid die volgt uit de ongeoorloofde oorzaak van een arbeidsovereenkomst die wordt gesloten met een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land, zal worden ingeperkt, hetgeen op het eerste gezicht contradictorisch lijkt in het licht van het bepaalde in artikel 3 van het ontwerp.

7.2. Op de vraag van het bevoegde lid van het auditoraat waarom in het ontwerp in diverse bepalingen wordt gerefereerd aan het begrip “arbeidsovereenkomst” en er derhalve niet is geopteerd voor bijvoorbeeld een meer algemene en op het eerste gezicht meer in het verlengde van de richtlijn liggende notie als een “arbeidsverhouding in het kader van tewerkstelling”, antwoordde de gemachtigde:

“De illegaal verblijvende onderdaan van een derde land in België, zoals bedoeld in het voorontwerp van wet (verder in mijn antwoorden ‘de illegaal’), is met een werkgever verbonden door een arbeidsovereenkomst wanneer hij tegen loon (1) arbeid (2) verricht onder het gezag (3) van een werkgever zoals tussen hen overeengekomen (4).

1-4 vormen immers de constitutieve elementen van het bestaan van een arbeidsovereenkomst: overeenkomst, arbeid, loon en gezag.

Het is uiteraard zo dat de arbeidsovereenkomst van de illegaal nietig is omwille van het feit dat de overeenkomst geen geoorloofde oorzaak kent (de overeenkomst is met name in strijd met de openbare orde), waardoor zij wordt gesanctioneerd door een absolute nietigheid (op basis van het algemeen contractenrecht), doch deze nietigheid is in Belgisch recht niet automatisch, maar dient door een rechter te worden uitgesproken.

Vandaar dat, zolang de nietigheid niet wordt uitgesproken, een illegaal arbeid verricht op basis van een arbeidsovereenkomst, zelfs al wordt deze tewerkstelling door de wet verboden.

³ Zie de artikelen 5, § 2, en 8 van het ontwerp, en het ontworpen artikel 35/7, 10°, van de reeds genoemde wet van 12 april 1965 (artikel 17 van het ontwerp).

Indien de rechter de nietigheid van de arbeidsovereenkomst uitspreekt, heeft de illegaal toch nog alle rechten die voortvloeien uit de toepassing van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst (bv. recht op loon). Dit is uitdrukkelijk voorzien in artikel 14 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst. In de Memorie van Toelichting bij artikel 5 van het voorontwerp wordt daar overigens uitdrukkelijk aan herinnerd.

Uiteraard is het mogelijk dat een illegaal prestaties verricht die niet gebaseerd zijn op een arbeidsovereenkomst (bv. een illegaal als echte zelfstandige), met name wanneer één van de voormelde constitutieve bestanddelen van de arbeidsovereenkomst niet aanwezig [is], doch dit wordt niet gevisieerd door het voorontwerp, noch door de richtlijn.”

Specifiek wat de vraag betreft waarom er in het ontwerp niet is voor geopteerd om de definitie van het begrip “tewerkstelling”, in artikel 2, c), van richtlijn 2009/52/EG, over te nemen of er meer uitdrukkelijk bij aan te sluiten, antwoordde de gemachtigde:

“Ik verwijs naar mijn antwoorden bovenaan. De richtlijn viseert slechts de tewerkstelling ‘onder leiding en/of toezicht van een werkgever’. De mogelijkheid van een tewerkstelling onder gezag, maar niet op basis van een arbeidsovereenkomst (zoals bv. stages uitgevoerd op basis van een echte stageovereenkomst), is in de context van arbeid verricht door illegalen, zoals gevisieerd door de richtlijn, louter theoretisch, komt in de praktijk niet voor en werd daarom niet weerhouden.”

7.3. Mede rekening houdend met de door de gemachtigde verstrekte uitleg verdient het aanbeveling dat in de memorie van toelichting zou worden verduidelijkt waarom is geopteerd voor het criterium van de arbeidsovereenkomst en niet voor een meer algemeen criterium. Daarbij kan dan worden uiteengezet op welke wijze via het criterium van de arbeidsovereenkomst kan worden bijgedragen tot het bereiken van de aan de ontworpen regeling ten grondslag liggende doelstelling die erin bestaat de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen te verbieden.⁴

Ook kan worden aangegeven waarom, als gevolg van de keuze voor het criterium van de arbeidsovereenkomst, diverse categorieën illegaal verblijvende onderdanen van derde landen van de ontworpen regeling worden uitgesloten, ook al wordt in artikel 2, c), van richtlijn 2009/52/EG uitgegaan van het begrip “tewerkstelling” dat wordt geacht “om het even welke vorm van arbeid of werk [te omvatten] die door nationale wetgeving of overeenkomstig de gevestigde praktijk is geregeld, voor of onder leiding en/of toezicht van een werkgever”, welke omschrijving een toch wel ruimere draagwijdte heeft dan het criterium van de arbeidsovereenkomst in het ontwerp.

⁴ Zie het bepaalde in artikel 3 van het ontwerp.

Meer in het algemeen kan worden verduidelijkt waarom de stellers van het ontwerp het aangewezen hebben geacht om niet zonder meer de in de voornoemde richtlijn voorgestane benadering van de problematiek van tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen over te nemen.

Artikel 8

8. In artikel 8 van het ontwerp wordt bepaald dat, wanneer de illegaal verblijvende onderdaan van een derde land in België werd tewerkgesteld op basis van een arbeidsovereenkomst, hij geacht wordt er prestaties te hebben verricht gedurende minstens drie maanden, “behoudens het bewijs van het tegendeel”.

Deze bepaling maakt deel uit van hoofdstuk 3, “Nabetalingen door werkgevers”. Vraag is derhalve of de erin geformuleerde regel enkel geldt voor de toepassing van dat hoofdstuk, dan wel of die bepaling ook moet worden in acht genomen voor de toepassing van de overige artikelen van het ontwerp. In deze laatste veronderstelling dient artikel 8 te worden ondergebracht in een afzonderlijk hoofdstuk.

Artikel 9

9. De in artikel 9, eerste lid, van het ontwerp bedoelde organisaties, instellingen van openbaar nut en verenigingen kunnen “in rechte optreden” ter verdediging van de rechten van de in België illegaal verblijvende onderdaan van een derde land. De vraag kan worden opgeworpen hoe ver die bevoegdheid reikt en of deze bijvoorbeeld ook de mogelijkheid impliceert tot het sluiten van dadingen. Dezelfde vraag kan worden gesteld bij de inleidende zin van het ontworpen artikel 35/13, eerste lid, van de wet van 12 april 1965 (artikel 23 van het ontwerp).

Artikel 17

10. In de inleidende zin van het ontworpen artikel 35/7 van de wet van 12 april 1965, lijkt te moeten worden geschreven: “Voor de toepassing van deze afdeling wordt verstaan onder:”.

11. De omschrijving van het begrip “onderaannemer” in het ontworpen artikel 35/7, 7°, van de wet van 12 april 1965 stemt niet overeen met de definitie die van het begrip “onderaannemer” wordt gegeven in artikel 2, f), van richtlijn 2009/52/EG. De gemachtigde verduidelijkt in dat verband:

“De Programmawet (I) van 29 maart 2012 heeft een Hoofdstuk VI/I ingevoegd in de wet van 12 april 1965. Artikel 67 van deze Programmawet voorziet een definitie van het begrip ‘onderaannemer’. In het huidige voorontwerp van wet, dat ter advies voorligt, wordt een Afdeling 2 ingevoegd in ditzelfde Hoofdstuk VI/I van de wet van ’65. Teneinde de coherentie binnen dezelfde wet (en hetzelfde hoofdstuk) te garanderen werd geopteerd om een gelijkaardige definitie te gebruiken. Het verschil tussen beide definities is dat de onderaanneming in de Programmawet enkel betrekking heeft op het verrichten van werkzaamheden (heeft enkel betrekking op de bouwsector), terwijl de definitie in het huidige wetsontwerp betrekking heeft op het verrichten van werkzaamheden en het verlenen van diensten (heeft betrekking op alle sectoren).

Inhoudelijk is er evenwel geen verschil tussen de definitie in het voorontwerp van wet en deze in de richtlijn.”

Artikel 19

12. In het ontworpen artikel 35/9, derde lid, van de wet van 12 april 1965 wordt het woord “bijvoorbeeld” beter geschrapt. Het is immers niet raadzaam om in een normatieve tekst voorbeelden te vermelden. Wat dat betreft, kan het volstaan om het voorbeeld in de memorie van toelichting op te nemen. Indien men het voorbeeld toch in de normatieve tekst wil behouden, wordt het woord “bijvoorbeeld” beter vervangen door de woorden “onder meer”.

Deze opmerking geldt eveneens ten aanzien van diverse andere bepalingen van het ontwerp waarin met een voorbeeld wordt gewerkt.

13. Aan het einde van het ontworpen artikel 35/9, derde lid, van de wet van 12 april 1965 wordt in de Nederlandse tekst melding gemaakt van een “schriftelijke” kennisgeving; in de Franse tekst wordt geschreven “quand ils sont informés”. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de ontworpen artikelen 35/10 (artikel 20 van het ontwerp), 35/11, § 1, eerste en tweede lid, van de wet van 12 april 1965 (artikel 21 van het ontwerp), en 175, § 3/1, derde lid, § 3/2, eerste lid, en § 3/3, eerste lid, 2°, van het Sociaal Strafwetboek (artikelen 31 tot 33 van het ontwerp).

Artikel 24

14. Men late artikel 24, eerste lid, van het ontwerp aanvangen als volgt: “In de artikelen 35/1, § 1, inleidende zin, en ...”.

Artikel 33

15. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 175, § 3/3, van het Sociaal Strafwetboek, wordt onder 1° een aantal keer van de “aannemer” melding gemaakt, terwijl de “onderaannemer” (sous-traitant) wordt bedoeld. De tekst van de betrokken bepaling dient op dat punt te worden aangepast.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. RIGAUX,	assessoren van de
	L. DENYS,	afdeling Wetgeving,
	W. GEURTS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer R. AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

W. GEURTS

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 51.470/1
DU 28 JUIN 2012

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par la Ministre de l'Emploi, le 4 juin 2012, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'prévoyant des sanctions et des mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour illégal', a donné l'avis suivant :

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de transposer en droit interne certaines dispositions de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 'prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier'.

Plusieurs dispositions de la directive précitée ont déjà été transposées en droit interne, notamment par le Code pénal, le Code judiciaire et, surtout, le Code pénal social. Le projet soumis ce jour pour avis vise principalement à mettre en œuvre la règle énoncée à l'article 8 de la directive 2009/52/CE qui porte sur le régime de la responsabilité solidaire des sous-traitants¹. Les autres dispositions de la directive que le projet vise à transposer sont notamment les articles 3 (interdiction de l'emploi illégal; article 3 du projet), 4 (obligations incombant aux employeurs; articles 13 à 15 du projet), 6 (paiement des arriérés par les employeurs; articles 5 à 8 du projet), 13 (facilitation des plaintes; articles 9 à 11 du projet), et 15 (dispositions plus favorables; articles 34 et 35 du projet).

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

3. Dans le cadre de l'examen du projet de loi, le délégué a transmis au Conseil d'État, section de législation, un tableau de concordance entre, d'une part, la directive 2009/52/CE et, d'autre part, la législation belge existante, qui a transposé des dispositions de la directive précitée, et le projet soumis pour avis. Pareil tableau contribue à une meilleure compréhension des dispositions en projet, dès lors qu'il permet de mieux les situer dans l'ensemble des dispositions de transposition existantes et encore à mettre en œuvre et d'ainsi vérifier plus facilement quels articles de la directive ou quelles subdivisions de ceux-ci sont transposés par les différentes dispositions du projet. Il est donc particulièrement recommandé d'insérer le tableau de concordance concerné dans les documents parlementaires, en annexe du projet de loi.

¹ Voir les articles 16 à 33 du projet.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

4. Le règlement en projet ne visant à transposer que partiellement la directive 2009/52/CE, on rédigera le début de l'article 2 du projet comme suit :

« La présente loi transpose partiellement la directive 2009/52/CE du ... ».

Article 3

5. L'article 3 du projet dispose que la loi a pour objectif d'interdire l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Il ne paraît pas avoir davantage qu'une valeur déclarative. Dans la mesure où il formulerait un principe au regard duquel les autres dispositions du projet devront être vérifiées, il serait préférable de le préciser dans l'exposé des motifs ².

Article 4

6. En ce qui concerne la définition de « ressortissant » figurant à l'article 4, 1^o, du projet, la question se pose de savoir s'il ne faut pas plutôt se référer à l'Espace économique européen, étant donné que la matière réglée par le projet est essentiellement une matière relevant de la libre circulation des personnes.

La même observation vaut en ce qui concerne l'article 35/7, 1^o, en projet, de la loi du 12 avril 1965 'concernant la protection de la rémunération des travailleurs' (article 17 du projet).

Article 5

7.1. L'article 5, § 1^{er}, instaure vis-à-vis de « l'employeur établi en Belgique et qui, dans le cadre d'un contrat de travail, y occupe un ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal » l'obligation de payer une rémunération.

² Dans cette hypothèse, certaines dispositions du projet paraissent être en contradiction avec un tel principe. Ainsi, par exemple, l'article 5, § 1^{er}, du projet, pourrait apporter un tempérament à ce principe en faveur de ressortissants de pays tiers en séjour illégal employés sur la base d'un contrat de travail.

Force est de constater que le régime de la garantie prévu à l'article 6 de la directive 2009/52/CE en ce qui concerne le paiement des arriérés par les employeurs, ne requiert pas expressément l'existence d'un contrat de travail. On peut dès lors se demander si l'intention est de donner au régime de garantie prévu dans le projet une portée plus restreinte que celle du régime prévu par l'article 6 de la directive. D'une manière plus générale, on peut d'ailleurs souligner que dans plusieurs autres dispositions du projet, il est fait mention d'un contrat de travail conclu avec un ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal³, ce qui indique à première vue une approche de la problématique de l'emploi différente de la directive. En effet, cette dernière s'appuie sur la notion plus générale d'« emploi ».

En outre se pose la question de savoir si la règle énoncée à l'article 5, § 1^{er}, du projet n'aura pas précisément pour effet de restreindre l'opposabilité de la nullité qui découle de la cause illicite d'un contrat de travail conclu avec un ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal, ce qui, à première vue, paraît contradictoire au regard de la règle énoncée à l'article 3 du projet.

7.2. En réponse à la question du membre compétent de l'auditorat de savoir pourquoi plusieurs dispositions du projet font référence à la notion de « contrat de travail » et pourquoi on n'a donc pas opté, par exemple, pour une notion plus générale, comme la « relation de travail dans le cadre d'un emploi » s'inscrivant davantage, à première vue, dans le prolongement de la directive, le délégué a déclaré :

« De illegaal verblijvende onderdaan van een derde land in België, zoals bedoeld in het voorontwerp van wet (verder in mijn antwoorden 'de illegaal'), is met een werkgever verbonden door een arbeidsovereenkomst wanneer hij tegen loon (1) arbeid (2) verricht onder het gezag (3) van een werkgever zoals tussen hen overeengekomen (4).

1-4 vormen immers de constitutieve elementen van het bestaan van een arbeidsovereenkomst: overeenkomst, arbeid, loon en gezag.

Het is uiteraard zo dat de arbeidsovereenkomst van de illegaal nietig is omwille van het feit dat de overeenkomst geen geoorloofde oorzaak kent (de overeenkomst is met name in strijd met de openbare orde), waardoor zij wordt gesanctioneerd door een absolute nietigheid (op basis van het algemeen contractenrecht), doch deze nietigheid is in Belgisch recht niet automatisch, maar dient door een rechter te worden uitgesproken.

Vandaar dat, zolang de nietigheid niet wordt uitgesproken, een illegaal arbeid verricht op basis van een arbeidsovereenkomst, zelfs al wordt deze tewerkstelling door de wet verboden.

³ Voir les articles 5, § 2, et 8 du projet, et l'article 35/7, 10°, en projet, de la loi précitée du 12 avril 1965 (article 17 du projet).

Indien de rechter de nietigheid van de arbeidsovereenkomst uitspreekt, heeft de illegaal toch nog alle rechten die voortvloeien uit de toepassing van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst (bv. recht op loon). Dit is uitdrukkelijk voorzien in artikel 14 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst. In de Memorie van Toelichting bij artikel 5 van het voorontwerp wordt daar overigens uitdrukkelijk aan herinnerd.

Uiteraard is het mogelijk dat een illegaal prestaties verricht die niet gebaseerd zijn op een arbeidsovereenkomst (bv. een illegaal als echte zelfstandige), met name wanneer één van de voormelde constitutieve bestanddelen van de arbeidsovereenkomst niet aanwezig [is], doch dit wordt niet gevisieerd door het voorontwerp, noch door de richtlijn ».

En ce qui concerne plus spécifiquement la question de savoir pour quelle raison on n'a pas choisi dans le projet de reproduire la définition de la notion d'« emploi » figurant à l'article 2, c), de la directive 2009/52/CE ou de s'en rapprocher plus explicitement, le délégué a répondu :

« Ik verwijs naar mijn antwoorden bovenaan. De richtlijn viseert slechts de tewerkstelling 'onder leiding en/of toezicht van een werkgever'. De mogelijkheid van een tewerkstelling onder gezag, maar niet op basis van een arbeidsovereenkomst (zoals bv. stages uitgevoerd op basis van een echte stageovereenkomst), is in de context van arbeid verricht door illegalen, zoals gevisieerd door de richtlijn, louter theoretisch, komt in de praktijk niet voor en werd daarom niet weerhouden ».

7.3. Compte tenu, également, de l'explication fournie par le délégué, il est recommandé de préciser dans l'exposé des motifs pour quelle raison il est opté en faveur du critère du contrat de travail et non en faveur d'un critère plus général. À cette occasion, il pourra être précisé de quelle manière le critère du contrat de travail permet de contribuer à atteindre l'objectif poursuivi par le règlement en projet, qui consiste à interdire l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour illégal ⁴.

Il peut également être indiqué pour quel motif, à la suite du choix en faveur du critère du contrat de travail, plusieurs catégories de ressortissants de pays tiers en séjour illégal sont exclues du règlement en projet, même si l'article 2, c), de la directive 2009/52/CE se fonde sur la notion d'« emploi » qui est présumée englober « toute forme de travail ou d'occupation réglementé par le droit national ou selon une pratique établie, pour le compte ou sous la direction et/ou sous la surveillance d'un employeur », définition qui a tout de même une portée plus large que le critère du contrat de travail retenu dans le projet.

⁴ Voir la disposition énoncée à l'article 3 du projet.

Plus généralement, il pourrait être précisé pour quel motif les auteurs du projet ont jugé opportun de ne pas s'inspirer simplement de l'approche de la problématique de l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour illégal qui est préconisée dans la directive précitée.

Article 8

8. L'article 8 du projet dispose que, lorsque le ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal a été occupé en Belgique dans les liens d'un contrat de travail, il est présumé, « jusqu'à preuve du contraire », y avoir effectué des prestations pendant au moins trois mois.

Cette disposition fait partie du chapitre 3 « Paiement des arriérés par les employeurs ». La question se pose dès lors de savoir si la règle qui y est formulée vaut pour l'application de ce chapitre ou si cette disposition doit également être prise en considération pour l'application des autres articles du projet. Dans cette dernière hypothèse, il faudra faire figurer l'article 8 dans un chapitre distinct.

Article 9

9. Les organisations, établissements d'utilité publique et associations visés à l'article 9, alinéa 1^{er}, du projet peuvent « ester en justice » pour la défense des droits du ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal en Belgique. La question se pose de savoir quelle est l'étendue de cette compétence et si celle-ci implique par exemple aussi la possibilité de transiger. La même question peut être posée en ce qui concerne la phrase liminaire de l'article 35/13, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi du 12 avril 1965 (article 23 du projet).

Article 17

10. Dans la phrase liminaire de l'article 35/7, en projet, de la loi du 12 avril 1965, il convient vraisemblablement d'écrire : « Pour l'application de la présente section, on entend par : ».

11. La définition de la notion de « sous-traitant » figurant à l'article 35/7, 7°, en projet, de la loi du 12 avril 1965 ne concorde pas avec la définition de la notion de « sous-traitant » donnée à l'article 2, f), de la directive 2009/52/CE. À cet égard, le délégué a précisé ce qui suit :

« De Programmawet (I) van 29 maart 2012 heeft een Hoofdstuk VI/I ingevoegd in de wet van 12 april 1965. Artikel 67 van deze Programmawet voorziet een definitie van het begrip ‘onderaannemer’. In het huidige voorontwerp van wet, dat ter advies voorligt, wordt een Afdeling 2 ingevoegd in ditzelfde Hoofdstuk VI/I van de wet van ‘65. Teneinde de coherentie binnen dezelfde wet (en hetzelfde hoofdstuk) te garanderen werd geopteerd om een gelijkaardige definitie te gebruiken. Het verschil tussen beide definities is dat de onderaanneming in de Programmawet enkel betrekking heeft op het verrichten van werkzaamheden (heeft enkel betrekking op de bouwsector), terwijl de definitie in het huidige wetsontwerp betrekking heeft op het verrichten van werkzaamheden en het verlenen van diensten (heeft betrekking op alle sectoren).

Inhoudelijk is er evenwel geen verschil tussen de definitie in het voorontwerp van wet en deze in de richtlijn ».

Article 19

12. À l’article 35/9, alinéa 3, en projet, de la loi du 12 avril 1965, il est préférable de supprimer les mots « par exemple ». En effet, il n’est pas opportun de mentionner des exemples dans un texte normatif. À cet égard, il peut suffire de faire mention de l’exemple dans l’exposé des motifs. Si on entend néanmoins laisser l’exemple dans le texte normatif, mieux vaudrait remplacer les mots « par exemple » par le mot « notamment ».

Cette observation vaut également pour plusieurs autres dispositions du projet qui recourent à un exemple.

13. À la fin de l’article 35/9, alinéa 3, en projet, de la loi du 12 avril 1965, le texte néerlandais fait mention de « schriftelijk in kennis [...] gesteld » alors que le texte français indique « quand ils sont informés ». Il y a lieu de supprimer cette discordance.

La même observation vaut pour les articles 35/10 (article 20 du projet) et 35/11, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, en projet, de la loi du 12 avril 1965 (article 21 du projet), ainsi que pour l’article 175, § 3/1, alinéa 3, § 3/2, alinéa 1^{er}, et § 3/3, alinéa 1^{er}, 2^o, en projet, du Code pénal social (articles 31 à 33 du projet).

Article 24

14. On formulera le début de l’article 24, alinéa 1^{er}, du projet comme suit : « Dans les articles 35/1, § 1^{er}, phrase introductive, et ... ».

Article 33

15. Dans le texte néerlandais de l'article 175, § 3/3, en projet, du Code pénal social, il est fait mention à plusieurs reprises au 1° de « aannemer » alors qu'il s'agit de « onderaannemer » (sous-traitant). Il convient d'adapter le texte de la disposition concernée sur ce point.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	M. RIGAUX,	
	L. DENYS,	assesseurs de la
		section de législation,
	W. GEURTS,	greffier.

Le rapport a été présenté par Monsieur R. AERTGEERTS, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de Monsieur M. VAN DAMME.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

W. GEURTS

M. VAN DAMME