



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 52.855/1
van 15 februari 2013

avis 52.855/1
du 15 février 2013

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
‘tot wijziging van het koninklijk
besluit van 20 maart 2007 tot
uitvoering van het Hoofdstuk 8 van
Titel IV van de programmawet (I)
van 27 december 2006 tot
voorafgaande melding voor
gedetacheerde werknemers en
zelfstandigen’

un projet d'arrêté royal ‘modifiant
l'arrêté royal du 20 mars 2007 pris
en exécution du Chapitre 8 du
Titre IV de la loi-programme (I) du
27 décembre 2006 instaurant une
déclaration préalable pour les
travailleurs salariés et indépendants
détachés’

Op 8 februari 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Bestrijding van de sociale en fiscale fraude verzocht binnen een termijn van 5 werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 maart 2007 tot uitvoering van het hoofdstuk 8 van titel IV van de programmawet (I) van 27 december 2006 tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 12 februari 2013. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Wouter PAS, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 februari 2013.

*

Le 8 février 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Secrétaire d'État à la Lutte contre la fraude sociale et fiscale à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet ‘modifiant l'arrêté royal du 20 mars 2007 pris en exécution du Chapitre 8 du Titre IV de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 instaurant une déclaration préalable pour les travailleurs salariés et indépendants détachés’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 12 février 2013. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Wouter PAS, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wilfried VAN VAERENBERGH, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 15 février 2013.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het spoedeisende karakter van de adviesaanvraag gemotiveerd

“door het arrest dat werd gewezen door het Hof van Justitie van de Europese Unie op 19 december 2012 in de zaak C-577/10.

Dat in dit arrest het Hof van Justitie de voorafgaande meldingsplicht voor in een andere lidstaat dan België gevestigde zelfstandigen, strijdig verklaarde met het Europees recht omdat geen verantwoording kon worden gegeven van de bij koninklijk besluit bepaalde gegevens die moeten worden meegedeeld in het raam van deze meldingsplicht.

Dat in dit arrest het Hof van Justitie de bij wet bepaalde meldingsplicht als zodanig niet strijdig verklaarde met het Europees recht, doch daarentegen aanvaardde dat een beperking van het vrij verkeer van diensten door een voorafgaande meldingsplicht kon worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, te weten de bestrijding van sociale fraude en voorkoming van misbruik met name schijnzelfstandigheid en zwartwerk, dat [volgens] het Hof van Justitie geacht wordt niet enkel samen te hangen met de doelstelling van vrijwaring van het financiële evenwicht van de socialezekerheidsstelsels maar ook met de doelstelling van voorkoming van oneerlijke concurrentie en sociale dumping alsmede de bescherming van de werkenden, daaronder begrepen zelfstandige dienstverrichters.

Dat een wijziging en rechtvaardiging van de in het koninklijk besluit bepaalde gegevens hoogdringend is, teneinde de wettelijk bepaalde meldingsplicht in overeenstemming te brengen met het Europees recht, om alzo te vermijden dat door de Europese Commissie een tweede inbreukprocedure zou worden opgestart, dat rechtsonzekerheid zou ontstaan betreffende de meldingsplicht hetgeen nefast zou zijn voor de werking van dit wettelijk bepaalde controle-instrument”.

*

2. 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 moeten beperken tot 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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het te wijzigen koninklijk besluit van 20 maart 2007 geeft uitvoering aan hoofdstuk 8 van titel IV van de programmawet (I) van 27 december 2006, dat een voorafgaande meldingsplicht invoert voor gedetacheerde werknemers, zelfstandigen en stagiairs, die in België tijdelijk of gedeeltelijk arbeidsprestaties leveren of een zelfstandige activiteit uitoefenen.

Dat besluit bepaalt onder meer welke categorieën van werknemers, zelfstandigen en stagiairs worden uitgesloten van het toepassingsgebied van voornoemde regeling, rekening houdende met de korte duur van hun verblijf in België (artikelen 1 tot 3), de categorieën van gegevens die deel uitmaken van de voorafgaande melding (artikelen 4, 5 en 7), de termijn waarbinnen de voorafgaande melding kan worden geannuleerd (artikel 6) en welke ambtenaren belast zijn met het toezicht op de naleving van voornoemd hoofdstuk 8 en de uitvoeringsbesluiten ervan (artikel 9).

Het thans voorliggende ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de meldingsplicht voor stagiairs op te heffen (artikelen 1, 2, 3°, en 5 van het ontwerp), de gegevens die deel uitmaken van de voorafgaande melding te wijzigen (artikelen 2 en 3), de mogelijkheid van annulering van de voorafgaande melding aan te passen (artikel 4) en de aanwijzing van de ambtenaren belast met het toezicht te wijzigen (artikel 6).

4.1. Onder voorbehoud van wat hierna wordt opgemerkt vindt het ontwerp rechtsgrond in de artikelen 138, tweede en derde lid, 139, vijfde lid, 140, eerste lid, 141, derde lid, 153, vijfde lid, 154, eerste lid, en 155, derde lid, van de programmawet (I) van 27 december 2006.

4.2. Artikel 138, eerste lid, van de voornoemde programmawet bepaalt dat de regeling inzake de voorafgaande melding ook van toepassing is op gedetacheerde stagiairs en gedetacheerde zelfstandige stagiairs. Krachtens artikel 138, tweede en derde lid, kan de Koning evenwel bepaalde categorieën van gedetacheerde stagiairs en van gedetacheerde zelfstandige stagiairs uitsluiten van de toepassing van deze regeling.

Artikel 1 van het ontwerp beoogt in artikel 3 van het koninklijk besluit van 20 maart 2007 de categorieën van stagiairs en van zelfstandige stagiairs op wie de meldingsplicht niet van toepassing is, te schrappen. In het verslag aan de Koning wordt dienaangaande gesteld dat deze uitzondering zonder voorwerp is geworden omdat “met betrekking tot de stagiairs niet langer [wordt] voorzien in mede te delen gegevens” (zie wat dit laatste betreft, de artikelen 2, 3°, en 7 van het ontwerp).

Aangezien artikel 138 van de voornoemde programmawet evenwel bepaalt dat de wettelijke regeling inzake de voorafgaande melding van toepassing is op de stagiairs, zoals omschreven in artikel 137 ervan, en voorts de Koning enkel machtigt om bepaalde categorieën van stagiairs uit te sluiten, is er geen rechtsgrond voorhanden om op algemene wijze alle stagiairs uit te sluiten van de toepassing van de wettelijke regeling, meer bepaald door voor stagiairs niet langer te voorzien in mede te delen gegevens. Indien werkelijk de bedoeling voorligt om de stagiairs geheel te onttrekken aan de regeling van de voorafgaande melding, zal dit slechts kunnen worden bewerkstelligd door op dit punt de wettelijke regeling te wijzigen, meer bepaald door alle bepalingen die betrekking hebben op stagiairs in die regeling te schrappen.

4.3. Voor artikel 6 van het ontwerp, dat ertoe strekt artikel 9 van het koninklijk besluit van 20 maart 2007 te wijzigen, is geen rechtsgrond meer voorhanden, nu door de wijziging van artikel 156 van de voornoemde programmawet, bij de wet van 6 juni 2010, in laatstgenoemd artikel niet langer een machtiging aan de Koning is opgenomen om de ambtenaren belast met het toezicht aan te duiden, en thans in dat artikel wat het toezicht betreft op algemene wijze wordt verwezen naar het Sociaal Strafwetboek. Het lijkt er dan ook op dat voornoemd artikel 9 veeleer

in zijn geheel dient te worden opgeheven, aangezien ervoor geen rechtsgrond meer voorhanden is, in plaats van te worden gewijzigd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

5.1. Door het aanpassen van de gegevens die de werkgever van een gedetacheerde werknemer of de gedetacheerde zelfstandige voorafgaandelijk aan de tewerkstelling of de uitoefening van een beroepsactiviteit dient te melden (artikelen 2 en 3 van het ontwerp), beoogt het ontwerp tegemoet te komen aan het arrest van het Hof van Justitie C-577/10 van 19 december 2012 in de zaak Commissie tegen België. Uit dat arrest blijkt dat de huidige regeling strijdig is met het vrij verkeer van diensten (artikelen 56 e.v. VWEU), aangezien ze het verstrekken van zeer gedetailleerde informatie inhoudt, waarbij onvoldoende wordt gerechtvaardigd waarom “een aantal specifieke gegevens” worden opgevraagd. Artikel 56 VWEU verbiedt immers niet alleen elke discriminatie van dienstverrichters die in een andere lidstaat zijn gevestigd, maar vereist ook de opheffing van elke beperking die hun werkzaamheden belemmert of minder aantrekkelijk maakt en die bijgevolg moet worden beschouwd als onevenredig in verhouding tot de dwingende reden van algemeen belang die ermee wordt nagestreefd. Uit het arrest kan evenwel niet worden opgemaakt voor welke “specifieke gegevens” de meldingsplicht dan wel als onevenredig moet worden beschouwd.

5.2. Uit de rechtsleer kan worden afgeleid dat het Hof van Justitie weliswaar in veel gevallen dwingende redenen van algemeen belang aanvaardt, maar een maatregel toch in strijd met het vrij verkeer van diensten acht omdat hij de proportionaliteitstoets niet doorstaat.¹

Op grond van de bestaande jurisprudentie is de Europese Commissie van oordeel dat het proportionaliteitsbeginsel niet geschonden wordt wanneer “de ontvangende lidstaat van de dienstverlener uiterlijk bij het begin van de werkzaamheden een verklaring verlangt met vermelding van de gedetacheerde werknemers en de duur, de plaats en de aard van de werkzaamheden. Eventueel kan de verklaring een vermelding bevatten waaruit blijkt dat de gedetacheerde werknemers uit derde landen in het land waar de dienstverlener gevestigd is aan alle voorschriften, ook wat de visumvereisten betreft, voldoen en daar legaal werkzaam zijn.”²

Uit de rechtspraak volgt ook dat een voorafgaande verplichting niet het karakter mag hebben van een “vergunning”. Volgens het Hof van Justitie is evenwel een loutere aanmeldingsplicht waaraan een zekere basisidentificatie kan worden gekoppeld wel aanvaardbaar. Het Hof bedoelt dan een verplichting om de plaatselijke autoriteiten vooraf in kennis te stellen van de aanwezigheid van één of meer ter beschikking gestelde werknemers, de vermoedelijke duur van die aanwezigheid en de dienst die de terbeschikkingstelling nodig maakt;

¹ Zie F. VAN OVERMEIREN, “De LIMOSA-aanmeldingsplicht nationaal- en Europeesrechtelijk gescand”, in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten, Economisch wondermiddel of sociaal kerkhof?*, Brugge, Die Keure, 2009, 472.

² Europese Commissie, Mededeling van de Commissie: Richtsnoeren betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, 2006, p. 6.

dit om de overheid in staat te stellen de naleving van de reglementering gedurende de detachering te controleren en zodoende een disproportionele voorafgaande controle te vermijden.³

5.3. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat, wat het ontwerp betreft, het behoud van de verplichte mededeling van het werkrooster van gedetacheerde werknemers mogelijk problematisch is. In het verslag aan de Koning wordt in dat verband gesteld dat de mededeling van het werkrooster de buitenlandse werkgever zou vrijstellen van de verplichting om een arbeidsreglement op te maken. Precies daaruit zou evenwel kunnen worden afgeleid dat de mededeling van het werkrooster een ruimere draagwijdte heeft en daardoor de grenzen van een loutere melding te buiten gaat, wat als een onevenredige belemmering van het vrij verrichten van diensten zou kunnen worden beschouwd. De Raad van State, afdeling Wetgeving, dient op dit punt dan ook een voorbehoud te maken bij de ontworpen regeling.

*

³ Zie F. VAN OVERMEIREN, o.c., 486, met vermelding van HvJ C-445/03, Commissie t. Luxemburg, Jur. 2004, I, 10191, overweging 31 en HvJ C-244/04, Commissie t. Duitsland, Jur. 2006, 885, overweging 45.

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence de la demande d'avis est motivée

« door het arrest dat werd gewezen door het Hof van Justitie van de Europese Unie op 19 december 2012 in de zaak C-577/10.

Dat in dit arrest het Hof van Justitie de voorafgaande meldingsplicht voor in een andere lidstaat dan België gevestigde zelfstandigen, strijdig verklaarde met het Europees recht omdat geen verantwoording kon worden gegeven van de bij koninklijk besluit bepaalde gegevens die moeten worden meegedeeld in het raam van deze meldingsplicht.

Dat in dit arrest het Hof van Justitie de bij wet bepaalde meldingsplicht als zodanig niet strijdig verklaarde met het Europees recht, doch daarentegen aanvaardde dat een beperking van het vrij verkeer van diensten door een voorafgaande meldingsplicht kon worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, te weten de bestrijding van sociale fraude en voorkoming van misbruik met name schijnzelfstandigheid en zwartwerk, dat [volgens] het Hof van Justitie geacht wordt niet enkel samen te hangen met de doelstelling van vrijwaring van het financiële evenwicht van de socialezekerheidsstelsels maar ook met de doelstelling van voorkoming van oneerlijke concurrentie en sociale dumping alsmede de bescherming van de werkenden, daaronder begrepen zelfstandige dienstverrichters.

Dat een wijziging en rechtvaardiging van de in het koninklijk besluit bepaalde gegevens hoogdringend is, teneinde de wettelijk bepaalde meldingsplicht in overeenstemming te brengen met het Europees recht, om alzo te vermijden dat door de Europese Commissie een tweede inbreukprocedure zou worden opgestart, dat rechtsonzekerheid zou ontstaan betreffende de meldingsplicht hetgeen nefast zou zijn voor de werking van dit wettelijk bepaalde controle-instrument ».

*

2. 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 dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

3. L'arrêté royal du 20 mars 2007 à modifier donne exécution au chapitre 8 du titre IV de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006, lequel instaure une obligation de déclaration préalable pour les travailleurs salariés, indépendants et stagiaires détachés qui effectuent des prestations de travail ou exercent une activité indépendante temporairement ou partiellement en Belgique.

Cet arrêté fixe notamment les catégories de travailleurs salariés, d'indépendants et de stagiaires qui sont exclues du champ d'application du régime précité, compte tenu de la brièveté de leur séjour en Belgique (articles 1 à 3), les catégories de données qui font partie de la

déclaration préalable (articles 4, 5 et 7), le délai dans lequel cette déclaration préalable peut être annulée (article 6) et les fonctionnaires qui sont chargés de contrôler le respect du chapitre 8 précité et de ses arrêtés d'exécution (article 9).

Le projet d'arrêté royal actuellement examiné a pour objet d'abroger l'obligation de déclaration pour les stagiaires (articles 1^{er}, 2, 3^o, et 5 du projet), de modifier les données que contient la déclaration préalable (articles 2 et 3), d'adapter la possibilité d'annulation de la déclaration préalable (article 4) et de modifier la désignation des fonctionnaires chargés de la surveillance (article 6).

4.1. Sous réserve de l'observation formulée ci-après, le projet trouve son fondement juridique dans les articles 138, alinéas 2 et 3, 139, alinéa 5, 140, alinéa 1^{er}, 141, alinéa 3, 153, alinéa 5, 154, alinéa 1^{er} et 155, alinéa 3, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006.

4.2. L'article 138, alinéa 1^{er}, de la loi-programme précitée dispose que le régime relatif à la déclaration préalable s'applique également aux stagiaires détachés et aux stagiaires indépendants détachés. Selon l'article 138, alinéas 2 et 3, le Roi peut toutefois exclure de l'application de ce régime certaines catégories de stagiaires détachés et de stagiaires indépendants détachés.

L'article 1^{er} du projet vise à supprimer à l'article 3 de l'arrêté royal du 20 mars 2007 les catégories de stagiaires et de stagiaires indépendants auxquels l'obligation de déclaration ne s'applique pas. Le rapport au Roi précise à ce sujet que cette exception est devenue sans objet puisqu'« [e]n ce qui concerne [les stagiaires], on ne prévoit [...] plus de données à communiquer » (voir sur ce dernier point, les articles 2, 3^o, et 7 du projet).

L'article 138 de la loi-programme précitée prévoyant toutefois que le régime légal de la déclaration préalable s'applique aux stagiaires, tels qu'ils sont définis à son article 137, et cet article n'habilitant en outre le Roi qu'à exclure certaines catégories de stagiaires, il n'existe aucun fondement juridique pour exclure de manière générale tous les stagiaires de l'application du régime légal, en particulier en ne prévoyant plus de données à communiquer pour les stagiaires. Si l'intention réelle est de soustraire totalement les stagiaires au régime de la déclaration préalable, cette intention ne pourra être réalisée qu'en modifiant le régime légal sur ce point, notamment en supprimant toutes les dispositions de ce régime qui ont trait aux stagiaires.

4.3. L'article 6 du projet, qui vise à modifier l'article 9 de l'arrêté royal du 20 mars 2007, est dépourvu de fondement juridique, dès lors qu'à la suite de la modification de l'article 156 de la loi-programme précitée par la loi du 6 juin 2010, ce dernier article n'habilite plus le Roi à désigner les fonctionnaires chargés de la surveillance et qu'en ce qui concerne celle-ci, cet article fait actuellement référence de manière générale au Code pénal social. Il semble dès lors qu'au lieu de le modifier, il faille plutôt abroger l'article 9 précité dans son ensemble, celui-ci n'ayant plus de fondement juridique.

EXAMEN DU TEXTE

Observation générale

5.1. En adaptant les données que l'employeur d'un travailleur détaché ou l'indépendant détaché doit déclarer préalablement à l'engagement ou à l'exercice d'une activité professionnelle (articles 2 et 3 du projet), le projet tend à donner suite à l'arrêt de la Cour de justice C-577/10 du 19 décembre 2012 dans l'affaire *Commission contre Belgique*. Il ressort de cet arrêt que le régime actuel est contraire à la libre circulation des services (articles 56 et suivants du TFUE), étant donné qu'il implique la communication d'informations de nature très détaillée et qu'il ne justifie pas suffisamment pourquoi « certaines informations spécifiques » sont demandées. En effet, l'article 56 du TFUE interdit non seulement toute discrimination à l'encontre de prestataires de services établis dans un autre État membre, mais exige également la suppression de toute restriction qui entrave leurs activités ou les rend moins attrayantes et qui, par conséquent, doit être considérée comme disproportionnée par rapport au motif impérieux d'intérêt général qui est ainsi poursuivi. L'arrêt ne permet toutefois pas d'inférer pour quelles « informations spécifiques » l'obligation de déclaration doit alors être considérée comme disproportionnée.

5.2. S'il peut se déduire de la doctrine que la Cour de justice accepte dans de nombreux cas des motifs impérieux d'intérêt général, elle juge néanmoins une mesure contraire à la libre circulation des services parce qu'elle ne résiste pas au contrôle de proportionnalité ¹.

Sur la base de la jurisprudence existante, la Commission européenne considère que le principe de proportionnalité n'est pas violé lorsque « l'État membre d'accueil [...] de la part du prestataire de services une déclaration au plus tard au début des travaux contenant des indications sur les travailleurs détachés, la durée, le lieu et le type de leur service. La déclaration pourrait contenir une mention attestant que les travailleurs des pays tiers détachés sont en situation régulière dans le pays d'établissement du prestataire de services, y compris en ce qui concerne les exigences de visa, et y sont légalement employés » ².

Il résulte également de la jurisprudence qu'une obligation préalable ne peut pas avoir le caractère d'une « autorisation ». Selon la Cour de justice, une simple obligation de déclaration pouvant être assortie de certaines données d'identification de base peut toutefois être admise. La Cour vise par là une obligation d'informer préalablement les autorités locales de la présence d'un ou de plusieurs travailleurs mis à disposition, de la durée présumée de cette présence et du service qui nécessite cette mise à disposition, et ce afin de permettre à l'autorité de contrôler le respect de la réglementation pendant le détachement et d'éviter ainsi un contrôle préalable disproportionné ³.

¹ Voir F. VAN OVERMEIREN, « De LIMOSA-aanmeldingsplicht nationaal- en Europeesrechtelijk gescand », dans Y. JORENS (éd.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten, Economisch wondermiddel of sociaal kerkhof?*, Bruges, Die Keure, 2009, 472.

² Commission européenne, Communication de la Commission : Orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, 2006, p. 6.

³ Voir F. VAN OVERMEIREN, o.c., 486, avec mention de C.C. C-445/03, *Commission c/ Luxembourg*, Rec. 2004, I, 10191, considérant 31 et C.C. C-244/04, *Commission c/ Allemagne*, Rec. 2006, 885, considérant 45.

5.3. Il ressort de ce qui précède qu'en ce qui concerne le projet, le maintien de la communication obligatoire des horaires de travail des travailleurs détachés pourrait poser problème. Le rapport au Roi précise à cet égard que la communication des horaires de travail dispenserait l'employeur étranger de l'obligation d'établir un règlement de travail. Il pourrait toutefois précisément s'en déduire que la communication des horaires de travail a une portée plus large et va ainsi au-delà des limites d'une simple déclaration, ce qui pourrait être considéré comme une entrave disproportionnée à la libre prestation de services. Le Conseil d'État, section de législation, se doit dès lors de formuler une réserve sur ce point du régime en projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME