RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 70.721/1
van 18 januari 2022

over

een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 16 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 70.721/1
du 18 janvier 2022

sur

un avant-projet de loi ‘modifiant la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale’

‡ LW-CEBWLEJAF-HAHCBSQ‡

Op 17 december 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Werk verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 16 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 13 januari 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wouter PAS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 januari 2022.

*

Le 17 décembre 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Travail à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 13 janvier 2022. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wouter PAS et Inge VOS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 janvier 2022.

*

‡ LW-CEBWLEJAF-HAHCBSQ‡

1. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet sterkt tot wijziging van de wet van 16 november 2015 'houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken'. Aan artikel 4, § 1, van die wet wordt als voorwaarde voor tewerkstelling in het kader van een flexi-job toegevoegd dat de werknemer "niet is tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst bij de gebruiker aan wie hij door een uitzendkantoor ter beschikking wordt gesteld om een flexi-job uit te oefenen".

2. De ontworpen bepaling stelt een verbod in om een werknemer via een uitzendkantoor als flexi-job-werknemer te werk te stellen bij dezelfde werkgever als diegene waarmee de werknemer rechtstreeks verbonden is met een arbeidsovereenkomst.

De stellers van het voorontwerp wensen aldus gevolg te geven aan de vaststelling van de Nationale Arbeidsraad in zijn advies nr. 2.231 van 29 juni 2021 dat "wanneer een eigen werknemer van een gebruiker via een uitzendkantoor eveneens als flexi-jobber wordt ingeschakeld bij diezelfde gebruiker (zelfde arbeidsplaats)" dit een oneigenlijk gebruik van de reglementering inzake uitzendarbeid inhoudt.

Gelet op de doelstelling om het oneigenlijk geachte gebruik van de regelgeving inzake uitzendarbeid tegen te gaan, rijst de vraag of ook niet andere, gelijkaardige hypotheses, door de wetgever moeten worden uitgesloten. Zo rijst de vraag naar de hypothese – spiegelbeeld van de door het voorontwerp uitgesloten mogelijkheid – waarin een werknemer minstens 4/5 prestaties verricht bij een bepaalde onderneming via een uitzendkantoor en daarnaast bij diezelfde onderneming rechtstreeks als flexi-job-werknemer prestaties verricht.

De gemachtigde antwoordde hierop als volgt:

> "Ook [deze] hypothese zou beschouwd kunnen worden als een vorm van verboden rechtsmisbruik, die zich weliswaar niet bestendig maar slechts tijdelijk zou kunnen voordoen aangezien de basistewerkstelling (van minstens 4/5) gebeurt in het kader van uitzendarbeid. Ons inziens bestaat er dan ook geen verschil in behandeling ten opzichte van de door het wetsontwerp beoogde constructie, die eveneens verboden is (zij het voortaan expliciet).
>
> Het wetsontwerp betreft een doelgerichte maatregel die een expliciet wettelijk verbod inschrijft op een in de praktijk bekende constructie. Het nemen van een dergelijke doelgerichte maatregel verplicht de wetgever ons inziens niet om alle mogelijke vormen van rechtsmisbruik die zich in de praktijk zouden kunnen voordoen te viseren, hetgeen ook moeilijk uitvoerbaar zou zijn, gelet op de algemene criteria van de leer van rechtsmisbruik die tot een veelheid aan concrete toepassingsgevallen aanleiding zou kunnen geven."

Zelfs indien de door het voorontwerp uitgesloten hypothese daadwerkelijk, gelet op de actueel geldende wetgeving, een vorm van rechtsmisbruik uitmaakt, moet vastgesteld worden dat de stellers een uitdrukkelijk verbod in de wet nastreven. Aangezien de spiegelbeeldhypothese, zoals de gemachtigde bevestigt, eveneens een oneigenlijk gebruik uitmaakt van de regeling inzake uitzendarbeid en flexi-jobs, zullen de stellers moeten nagaan of verantwoord kan worden waarom de ene situatie uitdrukkelijk wordt verboden en de andere niet.

‡ LW-CEBWLEJAF-HAHCBSQ‡

3. Artikel 3 van het voorontwerp bepaalt dat de aan te nemen wet in werking treedt op de dag van de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad.*

Aangezien die bekendmaking in beginsel in de loop van de ochtend of de voormiddag plaatsvindt, dreigt de wet uitwerking te hebben ten aanzien van arbeidsprestaties die reeds zijn verricht of aangevat. Om die reden raadt de Raad van State, afdeling Wetgeving, de inwerkingtreding van een arbeidsrechtelijke regeling op de datum van bekendmaking af.[1]

Hieromtrent ondervraagd, verklaarde de gemachtigde het volgende:

> "De inwerkingtreding op de dag van de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad werd ingegeven door het feit dat de beoogde constructie reeds verboden is op grond van rechtsmisbruik. De wettelijke explicitering van een dergelijk verbod kan ons inziens dan ook geen probleem van retroactiviteit veroorzaken. Indien de Raad van State het met deze zienswijze niet eens is, kan de datum van inwerkingtreding aangepast worden."

Het is echter van tweeën een. Indien de wetgever werkelijk van oordeel is dat het beoogde verbod reeds vervat ligt in de actueel geldende wetgeving, dan is de onmiddellijke inwerkingtreding niet noodzakelijk. Is dat niet het geval, dan kan de ontworpen inwerkingtredingsbepaling enkel doorgang vinden indien kan worden verantwoord dat de terugwerkende kracht onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang en waarom de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van wetten, namelijk de tiende dag die volgt op de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*,[2] niet in acht kan worden genomen.

*

[1] Adv.RvS 69.632/1 van 15 juli 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 12 december 2021 'tot wijziging van het koninklijk besluit nr. 213 van 26 september 1983 betreffende de arbeidsduur in de ondernemingen die onder het Paritair Comité voor het bouwbedrijf ressorteren', opm. 5 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 2195/1).

[2] Artikel 4 van de wet van 31 mei 1961 'betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen'.

‡ LW-CEBWLEJAF-HAHCBSQ‡

1. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier la loi du 16 novembre 2015 'portant des dispositions diverses en matière sociale'. À l'article 4, § 1er, de cette loi, l'avant-projet ajoute à titre de condition pour l'occupation dans le cadre d'un flexi-job que le travailleur « n[e soit] pas occupé sous un contrat de travail par l'utilisateur auprès duquel il est mis à disposition par une entreprise de travail intérimaire pour exercer un flexi-job ».

2. La disposition en projet interdit d'occuper un travailleur comme travailleur exerçant un flexi-job via une entreprise de travail intérimaire auprès du même employeur que celui avec lequel le travailleur est directement lié par un contrat de travail.

Les auteurs de l'avant-projet entendent ainsi donner suite au constat auquel est parvenu, dans son avis n° 2.231 du 29 juin 2021, le Conseil national du travail selon lequel « lorsqu'un travailleur propre d'un utilisateur est également occupé en tant que flexi-travailleur auprès de ce même utilisateur (même lieu de travail) par l'intermédiaire d'une entreprise de travail intérimaire », il est fait un usage inapproprié de la réglementation sur le travail intérimaire.

Eu égard à l'objectif qui est de lutter contre l'usage, jugé inapproprié, de la réglementation sur le travail intérimaire, la question se pose de savoir si d'autres hypothèses, similaires, ne devraient pas elles aussi être exclues par le législateur. Ainsi en va-t-il de l'hypothèse – qui est le miroir de la possibilité exclue par l'avant-projet – dans laquelle un travailleur accomplit, dans une entreprise donnée, au moins 4/5es des prestations par l'intermédiaire d'une entreprise intérimaire et effectue en outre des prestations pour cette même entreprise directement en tant que travailleur exerçant un flexi-job.

Le délégué a répondu à cette question en ces termes :

> « Ook [deze] hypothese zou beschouwd kunnen worden als een vorm van verboden rechtsmisbruik, die zich weliswaar niet bestendig maar slechts tijdelijk zou kunnen voordoen aangezien de basistewerkstelling (van minstens 4/5) gebeurt in het kader van uitzendarbeid. Ons inziens bestaat er dan ook geen verschil in behandeling ten opzichte van de door het wetsontwerp beoogde constructie, die eveneens verboden is (zij het voortaan expliciet).
>
> Het wetsontwerp betreft een doelgerichte maatregel die een expliciet wettelijk verbod inschrijft op een in de praktijk bekende constructie. Het nemen van een dergelijke doelgerichte maatregel verplicht de wetgever ons inziens niet om alle mogelijke vormen van rechtsmisbruik die zich in de praktijk zouden kunnen voordoen te viseren, hetgeen ook moeilijk uitvoerbaar zou zijn, gelet op de algemene criteria van de leer van rechtsmisbruik die tot een veelheid aan concrete toepassingsgevallen aanleiding zou kunnen geven ».

Même si l'hypothèse exclue par l'avant-projet constitue bel et bien une forme d'abus de droit au regard de la législation actuellement en vigueur, force est de constater que les auteurs entendent instaurer une interdiction expresse dans la loi. Dès lors que l'hypothèse miroir, comme le confirme le délégué, constitue, elle aussi, un usage inapproprié de la réglementation sur le travail intérimaire et les flexi-jobs, les auteurs devront examiner s'il est possible de justifier pourquoi une situation est expressément interdite et l'autre ne l'est pas.

‡ LW-CEBWLEJAF-HAHCBSQ‡

3. L'article 3 de l'avant-projet dispose que la loi à adopter entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*.

Vu que cette publication a en principe lieu dans le courant de la matinée ou de l'avant-midi, la loi risque de produire ses effets à l'égard de prestations de travail déjà accomplies ou entamées. Pour ce motif, le Conseil d'État, section de législation, déconseille l'entrée en vigueur d'une réglementation de droit du travail à la date de sa publication [1].

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « De inwerkingtreding op de dag van de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad werd ingegeven door het feit dat de beoogde constructie reeds verboden is op grond van rechtsmisbruik. De wettelijke explicitering van een dergelijk verbod kan ons inziens dan ook geen probleem van retroactiviteit veroorzaken. Indien de Raad van State het met deze zienswijze niet eens is, kan de datum van inwerkingtreding aangepast worden ».

De deux choses l'une, toutefois : soit le législateur estime effectivement que la législation actuellement en vigueur renferme déjà l'interdiction envisagée auquel cas l'entrée en vigueur immédiate n'est pas nécessaire ; soit tel n'est pas le cas et la disposition d'entrée en vigueur en projet ne peut se concrétiser que si le législateur peut justifier que la rétroactivité est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général et pourquoi le délai usuel d'entrée en vigueur des lois, à savoir le dixième jour qui suit celui de leur publication au *Moniteur belge* [2], ne peut être observé.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER — DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES — Marnix VAN DAMME

[1] Avis C.E. 69.632/1 du 15 juillet 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 12 décembre 2021 'modifiant l'arrêté royal n° 213 du 26 septembre 1983 relatif à la durée du travail dans les entreprises ressortissant à la Commission paritaire de la construction', observation 5 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 2195/1).

[2] Article 4 de la loi du 31 mai 1961 'relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires'.

‡ LW-CEBWLEJAF-HAHCBSQ‡