

OFFICIELE BERICHTEN — AVIS OFFICIELS

FEDERALE OVERHEIDSDIENST KANSELARIJ VAN DE EERSTE MINISTER

[C - 2014/21081]

22 JULI 2014. — Omzendbrief overheidsopdrachten — Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer — Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer die illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt — Uitbreiding van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de fiscale en sociale schulden naar bepaalde fraudegevoelige dienstensectoren

Aan de aanbestedende overheden, de overheidsbedrijven en de aanbestedende entiteiten, als bedoeld in de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 of in de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied. In wat volgt worden deze personen aangeduid met de overkoepelende benaming "aangebestedende instantie".

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk I. Inleiding

Hoofdstuk II. De inhoudingsplicht en hoofdelijke aansprakelijkheid voor sociale en fiscale schulden

II.1. Het systeem van de inhoudingsplicht en de hoofdelijke aansprakelijkheid voor fiscale en sociale schulden zoals het begin 2012 in voege was

II.1.a. Sociale schulden

II.1.b. Fiscale schulden

II.2. Aanpassingen aan het systeem van de inhoudingsplicht en de hoofdelijke aansprakelijkheid voor fiscale en sociale schulden

II.2.a. Invoering van de subsidiaire hoofdelijke aansprakelijkheid voor sociale en fiscale schulden

II.2.b. Inhoudingsplicht op factuur en hoofdelijke aansprakelijkheid uitgebreid naar de bewakingssector (en de vleesverwerkingssector)

Hoofdstuk III. Hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden en maatregelen tegen tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen

III.1. Stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de lonen in bepaalde sectoren (klassiek stelsel)

- Inleiding

- Artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken

- Principe

- Toepassingsgebied

- Aanplakkingsplicht

- Specifieke modaliteiten in bepaalde sectoren

III.2. Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden in het kader van de uitvoering van de Europese "sanctie"-richtlijn

- Principe

- Hoofdelijke aansprakelijkheid van de aanbestedende instantie als opdrachtgever voor het nog verschuldigde loon

- Aanplakkingsplicht

- Strafrechtelijke sanctie voor de aanbestedende instantie als opdrachtgever

- Vergoeding voor de kosten van repatriëring en forfaitaire vergoeding voor de kosten van huisvesting, verblijf en gezondheidszorg

- Gelijikstelling met de werkgever

Hoofdstuk IV. De gevolgen van de toepassing van de in de vorige hoofdstukken toegelichte maatregelen op de uitvoering van opdrachten

IV.1. Algemene impact

IV.2. Reactiemiddelen die de wetgeving overheidsopdrachten aanreikt

IV.3. Mogelijkheid om clausules in de opdrachtdocumenten op te nemen die de risico's voor de aanbestedende instantie nog verder beperken

SERVICE PUBLIC FEDERAL CHANCELLERIE DU PREMIER MINISTRE

[C - 2014/21081]

22 JUILLET 2014. — Circulaire marchés publics — Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant — Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant qui occupe des ressortissants de pays tiers en séjour illégal — Extension de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales à certains secteurs sensibles à la fraude

A l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entreprises publiques et des entités adjudicatrices, tels que visés dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ou la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité. Toutes ces personnes sont désignées ci-après par la dénomination générale « autorités adjudicatrices ».

TABLE DES MATIERES

Chapitre I. Introduction

Chapitre II. Obligation de retenue et responsabilité solidaire pour les dettes sociales et fiscales

II.1. Le régime de l'obligation de retenue et de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales tel qu'il était en vigueur au début de l'année 2012

II.1.a. Dettes sociales

II.1.b. Dettes fiscales

II.2. Adaptations du régime de l'obligation de retenue et de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales

II.2.a. Introduction de la responsabilité solidaire subsidiaire pour les dettes fiscales et sociales

II.2.b. Extension de l'obligation de retenue sur facture et de la responsabilité solidaire au secteur de gardiennage (et au secteur de la transformation de la viande)

Chapitre III. Responsabilité solidaire pour les dettes salariales et mesures à l'encontre de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal

III.1. Régime de responsabilité solidaire salariale dans certains secteurs (régime classique)

- Introduction

- Article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics

- Principe

- Champ d'application

- Obligation d'affichage

- Modalités spécifiques dans certains secteurs

III.2. Responsabilité solidaire en matière salariale dans le cadre de l'exécution de la Directive européenne « sanctions »

- Principe

- Responsabilité solidaire de l'autorité adjudicatrice en tant que donneur d'ordre pour la rémunération encore due

- Obligation d'affichage

- Sanction pénale pour l'autorité adjudicatrice en tant que donneur d'ordre

- Indemnité pour les frais de rapatriement et indemnité forfaitaire pour les frais d'hébergement, de séjour et de soins de santé

- Assimilation à l'employeur

Chapitre IV. Conséquences de l'application des mesures présentées aux Chapitres précédents sur l'exécution des marchés

IV.1. Incidence générale

IV.2. Moyens de réaction prévus par la législation relative aux marchés publics

IV.3. Possibilité d'insérer des clauses dans les documents du marché afin de limiter davantage les risques encourus par l'autorité adjudicatrice

IV.4. Inbreuk op artikel 42 van de wet van 15 juni 2006 - Ambtshalve maatregelen, meer bepaald de eenzijdige verbreking of uitvoering in eigen beheer dan wel het sluiten van een nieuwe overeenkomst

- Algemeen
- Afwijkingsclausule
- De opdracht al dan niet eenzijdig verbreken?

- Omgaan met bijzondere modaliteiten in de schoonmaaksector (en vleesverwerkingssector) - de eis dat niet verbroken kan worden indien de betrokken werknemers toch uitbetaald werden binnen de termijn van 14 werkdagen

IV. 5. Verbreking van de opdracht met toepassing van artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 – ernstige beroepsfout - vereffening in de staat waarin de opdracht zich bevindt

IV.6. Bevel geven de uitvoering van de opdracht, of althans het deel van de opdracht waarop de inbreuk betrekking heeft, te schorsen

IV. 7. De uitsluiting van toekomstige opdrachten en sanctie overeenkomstig artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers.

IV. 8. Schorsen en recupereren van voorschotten

IV.9. Verhouding tussen artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 en de bepalingen met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden opgenomen in de wet van 12 april 1965

Hoofdstuk V. Preventieve maatregelen tegen sociale inbreuken

Hoofdstuk VI. Corrigerende maatregelen

Bijlage 1 : Typeclausule die de toegang tot de plaats van uitvoering van de opdracht ontzegt alsook de verdere uitvoering van de opdracht verhindert voor een opdrachtnemer of een onderaannemer die een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land tewerkstelt, zoals blijkt uit een kennisgeving van de arbeidsinspectie

Bijlage 2 : Typeclausule die de toegang tot de plaats van uitvoering van de opdracht ontzegt alsook de verdere uitvoering van de opdracht verhindert voor een opdrachtnemer of onderaannemer die een werkggever blijkt te zijn die op zwaarwichtige wijze tekortschiet in zijn verplichting het aan zijn werknemers verschuldigde loon tijdig te betalen, zoals blijkt uit een kennisgeving van de arbeidsinspectie

Bijlage 3 : Voorbeeld van afwijkingsclausule wat de termijn betreft waarbinnen de opdrachtnemer zijn verweermiddelen kan doen gelden

Bijlage 4 : Voorbeeld van afwijkingsclausule wat de termijn betreft waarbinnen de opdrachtnemer zijn verweermiddelen kan doen gelden in de schoonmaaksector

Bijlage 5 : Voorbeeld van afwijkingsclausule waardoor een schorsing in aanwezigheid van een kennisgeving overeenkomstig de artikelen 49/1 of 49/2 Sociaal Strafwetboek, geen aanleiding geeft tot schadevergoeding

HOOFDSTUK I. — Inleiding

Deze omzendbrief heeft tot doel een overzicht te bieden van de verschillende maatregelen die de federale regering onlangs heeft genomen om diverse vormen van sociale en fiscale fraude tegen te gaan en erop toe te zien dat ze aansluiten bij de wetgeving inzake overheidsopdrachten.

De aandacht dient vooreerst te worden gevestigd op de grondige hervorming van het stelsel van de inhoudingsplicht en de hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgevers en aannemers voor de fiscale en sociale schulden van hun medecontractant. Dit stelsel, dat tot voor kort alleen van toepassing was van de zogenaamde “werken in onroerende staat”, is immers ook van toepassing gemaakt in sommige fraudegevoelige dienstensectoren (bewakings- en toezichtsdiensten en vleesverwerkingsdiensten). Daarnaast werd een stelsel van subsidiaire hoofdelijke aansprakelijkheid ingevoerd, dat onder meer toelaat beter op te treden tegen zogenaamde “lege doos-vennootschappen”.

Naast de voormelde maatregelen heeft de wetgever voor een aantal specifieke sectoren voor het eerst een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid voor bepaalde loonschulden ingevoerd. Kort gesteld komt het nieuwe systeem hierop neer dat opdrachtgevers (waaronder ook aanbestedende instanties), aannemers en onderaannemers die door de arbeidsinspectie schriftelijk in kennis worden gesteld dat een aannemer of een onderaannemer die zich in de aannemingsketen onder hen

IV.4. Manquement à l'article 42 de la loi du 15 juin 2006 – Mesures d'office, à savoir la résiliation unilatérale ou l'exécution en régie ou encore la conclusion d'un nouveau marché

- Généralités
- Clause dérogatoire
- Résiliation unilatérale du marché ou non?

- Modalités spéciales dans le secteur du nettoyage (et le secteur de la transformation de la viande) – l'exigence selon laquelle la résiliation est impossible si les travailleurs concernés ont effectivement été payés dans le délai de 14 jours ouvrables

IV.5. Résiliation du marché en application de l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 – faute professionnelle grave – liquidation du marché dans l'état dans lequel il se trouve

IV.6. Ordonner la suspension de l'exécution du marché, du moins de la partie du marché concernée par le manquement

IV.7. L'exclusion des marchés futurs et sanction conformément à l'article 19 de la loi du 21 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux

IV. 8. Suspension et récupération des avances

IV. 9. Articulation entre l'article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et les dispositions en matière de responsabilité solidaire salariale prévues par la loi du 12 avril 1965

Chapitre V. Mesures préventives contre les infractions sociales

Chapitre VI. Mesures correctrices

Annexe 1 : Clause type interdisant l'accès au lieu d'exécution du marché à un adjudicataire ou à un sous-traitant et l'empêchant de poursuivre l'exécution du marché, lorsqu'une notification de l'inspection du travail révèle qu'il occupe un ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal

Annexe 2 : Clause type interdisant l'accès au lieu d'exécution du marché à un adjudicataire ou à un sous-traitant et l'empêchant de poursuivre l'exécution du marché, lorsqu'une notification de l'inspection du travail révèle qu'il manque gravement à son obligation de payer dans les délais, à ses travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit

Annexe 3 : Exemple de clause dérogatoire en ce qui concerne le délai dont dispose l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense :

Annexe 4 : Exemple d'une clause dérogatoire en ce qui concerne le délai dont dispose l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense dans le secteur du nettoyage :

Annexe 5 : Exemple d'une clause dérogatoire selon laquelle une suspension accompagnée d'une notification conformément aux articles 49/1 ou 49/2 du Code pénal social n'ouvre le droit à aucun dédommagement

CHAPITRE I. — Introduction

L'objet de la présente circulaire est de dresser un aperçu des différentes mesures adoptées récemment par le Gouvernement fédéral pour lutter contre diverses formes de fraudes sociale et fiscale et de veiller à leur articulation avec la législation relative aux marchés publics.

Il convient tout d'abord d'attirer l'attention sur le fait que le régime de l'obligation de retenue sur facture et de la responsabilité solidaire des donneurs d'ordre et des entrepreneurs pour les dettes sociales et fiscales de leur(s) co-contractants(s) a subi une profonde réforme. En effet, ce régime qui, il y a peu de temps encore, ne s'appliquait qu'aux travaux dits « immobiliers », vise aussi désormais certains secteurs de services sensibles à la fraude (services de gardiennage et de surveillance, et services de transformation de la viande) et s'accompagne d'un régime de responsabilité solidaire subsidiaire, permettant notamment d'intervenir à l'encontre de sociétés qualifiées de « coquilles vides ».

A côté de ces mesures, le législateur a également instauré pour la première fois, un régime de responsabilité solidaire pour certaines dettes salariales, applicable à certains secteurs spécifiques. Succinctement, ce nouveau régime prévoit que les donneurs d'ordre (dont les autorités adjudicatrices), les entrepreneurs et les sous-traitants qui sont informés par écrit par l'inspection du travail qu'un entrepreneur ou un sous-traitant qui se trouve en-dessous d'eux dans la chaîne de

bevindt, op zwaarwichtige wijze tekortschiet in zijn verplichting tot uitbetaling van het loon, onder bepaalde voorwaarden hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de betaling van bepaalde loonschulden.

De wetgever heeft bovendien in een stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden voorzien dat toegepast wordt wanneer blijkt dat illegaal verblijvende onderdanen van derde landen worden tewerkgesteld en dat, in tegenstelling tot het "klassieke" stelsel (zie supra), van toepassing is in alle sectoren. Indien toepassing moet worden gemaakt van het bijzonder stelsel inzake hoofdelijke aansprakelijkheid ingevolge tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, mag geen toepassing worden gemaakt van het klassieke stelsel. Dit neemt niet weg dat de principes inzake inhoudingsplicht en hoofdelijke aansprakelijkheid voor sociale en fiscale schulden blijven gelden. Hierbij moet tot slot worden benadrukt dat in het ingevoerde aansprakelijkheidsstelsel bij illegale tewerkstelling, ook de opdrachtgevers (en dus ook aanbestedende instanties) strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld (voor zover ze strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn, zie infra), wanneer ze kennis krijgen van de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, en de inbreuken die verband houden met deze illegale tewerkstelling worden voortgezet.

De aldus ingevoerde maatregelen beogen niet alleen de werknemers te beschermen maar ook de ondernemingen, die worden geconfronteerd met oneerlijke concurrentie vanwege ondernemingen die sociale inbreuken begaan.

De maatregelen zijn niet alleen van toepassing op aannemers en dienstverleners, maar ook op de opdrachtgevers, en dus ook de aanbestedende instanties.

In wat volgt worden de aanbestedende instanties gewezen op de gevolgen die de nieuwe maatregelen impliceren. De maatregelen worden daarbij voornamelijk toegelicht vanuit het oogpunt van de aanbestedende instantie (tenzij indien het om technische redenen noodzakelijk zou zijn ook het standpunt van de opdrachtnemer of onderaannemer in ogenschouw te nemen).

Voor de toepassing van deze omzendbrief wordt onder "aanbestedende instantie" verstaan: de aanbestedende overheid, het overheidsbedrijf of de aanbestedende entiteit, als bedoeld in de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 of de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied.

De omzendbrief bestaat uit vijf hoofdstukken. Hoofdstuk I is het onderhavige inleidende hoofdstuk. In Hoofdstuk II wordt het stelsel van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor sociale en fiscale schulden behandeld, zowel het stelsel zoals het in voege was begin 2012, als de recent ingevoerde bepalingen.

In Hoofdstuk III komt vervolgens het stelsel van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden aan bod. In dat hoofdstuk worden daarnaast de maatregelen in verband met de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen behandeld (specifiek stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid ingevolge tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, alsook strafrechtelijke sancties).

De gevolgen van deze nieuwe maatregelen in het kader van de uitvoering van de opdracht worden toegelicht in Hoofdstuk IV, waarbij ook de mogelijkheden waarover de aanbestedende instanties beschikken om tegen de betreffende inbreuken op te treden, in herinnering worden gebracht. Tevens worden in dat hoofdstuk een aantal standaardclausules voorgesteld die de aanbestedende instanties in de opdrachtdocumenten kunnen opnemen ter voorkoming van problemen en verwickelingen.

Vervolgens worden een aantal belangrijke preventieve maatregelen aangehaald, die erop gericht zijn zoveel mogelijk problemen aangaande de diverse vormen van sociale fraude bij de uitvoering van de opdracht te voorkomen (Hoofdstuk V). Het abnormale prijsonderzoek is ongetwijfeld het belangrijkste luik in deze preventieve aanpak. Aanbestedende instanties hebben de plicht om de regelmatigheid van offertes te onderzoeken, waarvan een van de elementen is dat een offerte geen abnormale prijzen mag bevatten. In sommige fraude gevoelige sectoren, moet aan het prijsonderzoek bijzondere aandacht worden geschonken.

Er wordt afgesloten met een samenvatting van de maatregelen die de aanbestedende instantie zou moeten nemen, wanneer zij ondanks de preventieve maatregelen toch geconfronteerd zou worden met zware

sous-traitance manque gravement à son obligation de payer la rémunération, peuvent, sous certaines conditions, être tenus solidairement responsables du paiement de certaines dettes salariales.

Le législateur a par ailleurs également prévu un régime spécifique de responsabilité solidaire pour les dettes salariales en cas d'occupation illégale de ressortissants de pays tiers, lequel est, contrairement au régime « classique » de responsabilité solidaire pour les dettes salariales (voir supra), applicable à tous les secteurs. S'il convient d'utiliser ce régime spécifique suite à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, le régime « classique » ne peut être appliqué. Ceci n'empêche pas que les principes en matière d'obligation de retenue et de responsabilité solidaire pour les dettes sociales et fiscales restent d'application. Ce faisant, il convient enfin de souligner que ce régime spécifique permet en outre d'engager la responsabilité pénale des donneurs d'ordre - et donc aussi des autorités adjudicatrices - (pour autant que leur responsabilité pénale puisse être engagée, voir ci-dessous), lorsque ceux-ci ont connaissance de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal et que les infractions liées à cette occupation persistent.

Les mesures ainsi mises en place visent à protéger non seulement les travailleurs mais aussi les entreprises qui sont confrontées à une concurrence déloyale en raison d'infractions sociales commises par d'autres entreprises.

Ces mesures s'appliquent non seulement aux entrepreneurs et aux prestataires de services, mais aussi aux donneurs d'ordre, et donc également aux autorités adjudicatrices.

La suite de la présente circulaire entend particulièrement attirer l'attention des autorités adjudicatrices sur les conséquences engendrées par les nouvelles mesures. Ces mesures sont dès lors principalement envisagées selon la perspective de l'autorité adjudicatrice (sauf s'il est indispensable, pour des raisons techniques, de prendre également en considération le point de vue de l'adjudicataire ou du sous-traitant).

Par "autorité adjudicatrice", l'on entend pour l'application de la présente circulaire, le pouvoir adjudicateur, l'entreprise publique ou l'entité adjudicatrice, tels que visés dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ou la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

La circulaire se compose de cinq chapitres. Le chapitre Ier, est consacré à l'introduction. Le chapitre II traite du régime de responsabilité solidaire pour les dettes sociales et fiscales. Il expose le régime tel qu'il était en vigueur au début de l'année 2012 ainsi que les nouvelles dispositions introduites récemment.

Le chapitre III aborde ensuite le régime de responsabilité solidaire pour les dettes salariales. Ce chapitre traite en outre des mesures relatives à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal (régime spécifique de responsabilité solidaire en cas d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, ainsi que des sanctions pénales).

Au chapitre IV, sont exposées les conséquences de ces nouvelles mesures dans le cadre de l'exécution du marché ainsi que les possibilités dont disposent les autorités adjudicatrices pour combattre les infractions visées. En outre, sont également proposées dans ce chapitre, une série de clauses standards que les autorités adjudicatrices peuvent insérer dans les documents du marché afin d'éviter toute difficulté ou complication.

Au chapitre V, un certain nombre de mesures préventives importantes sont énumérées afin d'éviter autant que possible, les problèmes liés aux différentes formes de fraude sociale dans l'exécution du marché. L'examen des prix anormaux est sans doute le volet le plus important de cette approche préventive. Les autorités adjudicatrices sont tenues d'examiner la régularité des offres, dont l'un des éléments est que l'offre ne peut comporter de prix anormaux. Dans certains secteurs sensibles à la fraude, la vérification des prix mérite une attention particulière.

La circulaire se termine par un résumé de l'attitude à adopter par l'autorité adjudicatrice lorsqu'elle se trouve confrontée, malgré les mesures préventives, à des infractions sociales graves commises dans

sociale inbreuken bij de uitvoering van de opdracht, met name illegale tewerkstelling van werknemers enerzijds en zwaarwichtige onderverloning van werknemers anderzijds (Hoofdstuk VI. Corrigerende maatregelen).

De nieuw ingevoerde maatregelen die worden toegelicht in de hoofdstukken II en III zijn niet alleen van toepassing op de opdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van de voormelde wetten van 15 juni 2006 en 13 augustus 2011, maar ook op de opdrachten die nog werden geplaatst onder het stelsel van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. In wat volgt worden alleen de referenties gegeven naar de vigerende regelgeving. Echter mag ervan worden uitgegaan dat de maatregelen die door de aanbestedende instanties genomen kunnen worden onder het vigerende stelsel, tenzij anders vermeld, ook genomen kunnen worden voor de opdrachten die nog vallen onder het oude stelsel. Overigens kan voor alle lopende opdrachten, met name naar aanleiding van een verlenging of een herziening van de opdracht, van de gelegenheid gebruik worden gemaakt om de in Hoofdstuk IV voorgestelde clausules op te nemen in de opdrachtdocumenten.

HOOFDSTUK II. — *De inhoudingsplicht en hoofdelijke aansprakelijkheid voor sociale en fiscale schulden*

II.1. Het systeem van de inhoudingsplicht en de hoofdelijke aansprakelijkheid voor fiscale en sociale schulden zoals het begin 2012 in voege was

Ter ingeleide wordt eerst het systeem van de inhoudingsplicht en de hoofdelijke aansprakelijkheid voor fiscale en sociale schulden zoals dit begin 2012 in voege was, in herinnering gebracht.

De aanbestedende instantie (opdrachtgever) die een beroep doet op een aannemer om werken in onroerende staat uit te voeren (in de zin van het Koninklijk Besluit nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde) is onderworpen aan verschillende verplichtingen ten aanzien van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (hierna RSZ) en de FOD Financiën.

Er weze eraan herinnerd dat sinds 1 januari 2008, ingevolge de afschaffing van de verplichting tot registratie voor aannemers, de registratie van de opdrachtnemer op het ogenblik van de gunning van de opdracht de aanbestedende instantie niet langer beschermt tegen de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van de sociale of fiscale schulden van haar medecontractant.

Achtereenvolgens wordt de inhoudingsplicht en de sanctionering voor de sociale en fiscale schulden behandeld.

II.1.a. Sociale schulden

Inhoudingsplicht

Artikel 30bis van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders en het uitvoeringsbesluit van 27 december 2007 bepalen de principes die van toepassing zijn voor de sociale schulden. Bij het voormelde artikel 30bis wordt een inhoudingsplicht op factuur ingevoerd wanneer op het ogenblik dat een factuur dient te worden betaald, op de website www.socialsecurity.be wordt vermeld dat de inhoudingsplicht van toepassing is op de onderneming die de factuur heeft ingediend.

Wanneer de aanbestedende instantie de betaling uitvoert van alle of een deel van de werken bedoeld in artikel 30bis, aan een opdrachtnemer die op het ogenblik van de betaling sociale schulden heeft, dan moet die instantie bij de betaling 35 % van het bedrag van de factuur zonder btw inhouden en aan de RSZ doorstorten.

De inhoudingen op facturen gebeuren op de volgende wijze:

- ofwel bedraagt de factuur meer dan 7.143,00 euro: de aannemer moet een attest overleggen waarin het bedrag van zijn schuld vermeld is :

• als de schuld hoger is dan 35 % van het factuurbedrag zonder btw, is de inhouding beperkt tot 35 % van het bedrag van de factuur zonder btw ;

• als de schuld lager is dan 35 % van het factuurbedrag zonder btw, is de inhouding beperkt tot het bedrag van de RSZ-schuld ;

• als de aannemer geen attest overlegt, moet 35 % van het factuurbedrag zonder btw worden ingehouden;

- ofwel bedraagt de factuur minder dan 7.143 euro: de aannemer is niet verplicht om een attest over te leggen en 35 % van het factuurbedrag zonder btw moet worden ingehouden.

l'exécution du marché, telles que l'occupation illégale de travailleurs, d'une part, et la grave sous-rémunération de ceux-ci, d'autre part (Chapitre VI. Mesures correctrices).

Les nouvelles mesures introduites, qui seront précisées dans les chapitres II et III, ne s'appliquent pas uniquement aux marchés relevant du champ d'application des lois précitées des 15 juin 2006 et 13 août 2011, mais également aux marchés passés sous le régime de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Dans les lignes qui suivent, seules les références à la législation en vigueur sont mentionnées. Cependant, il y a lieu de supposer que les mesures auxquelles les autorités adjudicatrices peuvent avoir recours dans le cadre du régime en vigueur, peuvent, sauf indication contraire, également être prises pour les marchés tombant sous le coup de l'ancien régime. Au demeurant, pour tous les marchés en cours, l'occasion peut également être saisie, notamment suite à une prolongation ou à une révision du marché, pour insérer dans les documents du marché les clauses proposées au Chapitre IV.

CHAPITRE II. — *Obligation de retenue et responsabilité solidaire pour les dettes sociales et fiscales*

II.1. Le régime de l'obligation de retenue et de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales tel qu'il était en vigueur au début de l'année 2012

En guise d'introduction, rappelons d'abord le régime de l'obligation de retenue et de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales, tel qu'il était en vigueur au début de l'année 2012.

L'autorité adjudicatrice (donneur d'ordre) qui a désigné un adjudicataire pour réaliser des travaux immobiliers (au sens de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée) est soumise à différentes obligations vis-à-vis de l'Office National de la Sécurité Sociale (ci-après ONSS) et du SPF Finances.

Il y a lieu de rappeler que depuis le 1^{er} janvier 2008, suite à la suppression de l'obligation d'enregistrement des entrepreneurs, l'enregistrement de l'adjudicataire au moment de l'attribution du marché ne prémunit plus l'autorité adjudicatrice contre la responsabilité solidaire pour le paiement des dettes sociales ou fiscales de son co-contractant.

L'obligation de retenue et les sanctions pour les dettes sociales et fiscales sont traitées successivement ci-après.

II.1.a. Dettes sociales

Obligation de retenue

L'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et l'arrêté d'exécution du 27 décembre 2007 déterminent les principes applicables pour les dettes sociales. L'article 30bis précité instaure une obligation de retenue sur facture lorsqu'au moment du paiement d'une facture, le site internet www.socialsecurity.be indique que l'entreprise qui lui soumet sa facture est en obligation de retenues.

L'autorité adjudicatrice, lorsqu'elle effectue le paiement de tout ou partie des travaux visés par l'article 30bis, à un adjudicataire qui, au moment du paiement a des dettes sociales, est tenue, lors du paiement, de retenir et verser à l'ONSS, 35 % du montant de la facture hors TVA.

Les retenues sur facture s'effectuent de la manière suivante:

- soit le montant de la facture est supérieur à 7.143,00 euros : l'entrepreneur doit fournir une attestation mentionnant le montant de sa dette :

• si la dette est supérieure à 35 % du montant de la facture, hors TVA, la retenue est limitée à 35 % du montant de la facture, hors TVA ;

• si la dette est inférieure à 35 % du montant de la facture hors TVA, la retenue est limitée au montant de la dette ONSS ;

• si l'entrepreneur ne fournit pas d'attestation, la retenue doit être effectuée à concurrence de 35 % du montant de la facture hors TVA ;

- soit le montant de la facture est inférieur à 7.143 euros : l'entrepreneur n'a pas l'obligation de fournir une attestation et la retenue doit être égale à 35 % du montant de la facture hors TVA.

Indien de opdrachtnemer bij de RSZ uitstel van betaling heeft gekregen zonder gerechtelijke procedure of bij een rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan en hij bewijst dat hij de opgelegde termijnen strikt naleeft, dan wordt hij vrijgesteld van de inhoudingen op de facturen die hij voorlegt voor de uitvoering van werken die onder het toepassingsgebied van artikel 30bis vallen.

Sanctie

Het niet uitvoeren van de inhouding op factuur kan worden bestraft. De RSZ vordert dan het bedrag van de inhouding, hetzij (max.) 35 % van het bedrag (zonder btw) van de factuur, verhoogd met een sanctie van (max.) 35 % van het bedrag (zonder btw) van de factuur, van de aanbestedende instantie.

De aanbestedende instantie die een beroep doet op een opdrachtnemer die al sociale schulden had op het ogenblik van de sluiting van de opdracht (volgens de website www.socialsecurity.be), kan bovendien hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de sociale schulden die de opdrachtnemer aan de RSZ verschuldigd is. (1)

Onderscheid tussen het attest dat beschikbaar wordt gesteld op de website www.socialsecurity.be en het attest dat door de aanbestedende instantie met het oog op het onderzoek van het toegangsrecht wordt opgevraagd

Het voormelde attest dat beschikbaar wordt gesteld via de website www.socialsecurity.be, mag niet worden verward met het RSZ-attest dat door de aanbestedende instantie wordt opgevraagd met het oog op het onderzoek van het toegangsrecht (artikel 62 koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 en analoge bepalingen van de overige besluiten "plaatsing") (2). Aangezien beide attesten hun eigen finaliteit hebben, zijn ook de parameters die voor deze attesten worden gebruikt verschillend.

Zo wordt op het RSZ-attest dat aangewend wordt in het kader van het onderzoek van het toegangsrecht slechts een mogelijke schuld vermeld wanneer de kandidaat of inschrijver een bijdrageschuld bezit van meer dan 3.000 euro (bij het attest dat beschikbaar wordt gesteld via de website www.socialsecurity.be, is dit 2.500 euro).

Voor dit attest dat aangewend wordt in het kader van het onderzoek van het toegangsrecht wordt bovendien geen rekening gehouden met de bedragen die een werkgever, die onder het paritair comité voor het bouwbedrijf ressorteert, verschuldigd is aan een Fonds voor Bestaanszekerheid, terwijl dit wel het geval is bij het attest dat gebruikt wordt in het kader van de hoofdelijke aansprakelijkheid en via de website www.socialsecurity.be ter beschikking wordt gesteld. Te melden valt dat van zodra de openstaande schuld aan het Fonds voor bestaanszekerheid 70 euro bereikt, een inhoudingsplicht zal worden gesignaleerd.

Bovendien heeft het attest dat aangewend wordt in het kader van het onderzoek van het toegangsrecht betrekking op het voorlaatste afgelopen kalenderkwartaal vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming of offertes, al naargelang (artikel 62, § 1, eerste lid, tweede zin, koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 en analoge bepalingen van de overige besluiten "plaatsing"). Het attest dat ter beschikking wordt gesteld op de website www.socialsecurity.be, geeft daarentegen steeds de actuele situatie weer.

Voor meer informatie omtrent de berekeningswijze van de attesten die ter beschikking worden gesteld op de website www.socialsecurity.be wordt verwezen naar de door de RSZ opgesteld informatieve nota aangaande de verplichting in uitvoering van de artikelen 30bis en 30ter van de wet van 27 juni 1969, die beschikbaar is op de volgende website: https://www.socialsecurity.be/site_nl/employer/applics/30bis/general/avis.htm

Gelet op het bovenstaande bestaat de mogelijkheid dat een aanbestedende instantie die de sociale toestand van een kandidaat of inschrijver in het kader van het onderzoek van het toegangsrecht nagaat, vaststelt dat zich op dat vlak geen probleem stelt, terwijl de website www.socialsecurity.be aangeeft dat er wel sociale schulden zijn. De aanbestedende instantie zal in dit geval de betreffende kandidaat/inschrijver toch moeten toelaten tot de procedure (conform artikel 62 van het koninklijk besluit plaatsing klassieke sectoren van 15 juli 2011 en analoge bepalingen van de koninklijke besluiten "plaatsing"), zelfs al betekent dit voor de aanbestedende instantie dat deze hoofdelijk aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor de sociale schulden van deze kandidaat/inschrijver, meer bepaald indien er ook op het moment van het sluiten van de opdracht sociale schulden zouden bestaan (volgens het attest beschikbaar via www.socialsecurity.be) en in zoverre de aanbestedende instantie in het kader van de uitvoering van de opdracht de op hem rustende inhoudingsplicht op factuur niet correct zou naleven. (3)

Si l'adjudicataire a obtenu, auprès de l'ONSS, des délais de paiement sans procédure judiciaire ou par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée et fait preuve d'un respect strict des délais imposés, il est dispensé des retenues à effectuer sur les factures qu'il présente pour l'exécution de travaux relevant du champ d'application de l'article 30bis.

Sanction

Le défaut de retenue sur facture peut être sanctionné. L'ONSS réclame alors à l'autorité adjudicatrice le montant de la retenue, soit (max.) 35 % du montant hors TVA de la facture, majoré d'une sanction de (max.) 35 % du montant hors TVA de la facture.

L'autorité adjudicatrice qui fait appel à un adjudicataire qui avait déjà des dettes sociales au moment de la conclusion du marché (selon le site internet www.socialsecurity.be), peut en outre être tenue solidairement responsable du paiement des dettes sociales dont l'adjudicataire est redevable vis-à-vis de l'ONSS. (1)

Distinction entre l'attestation disponible sur le site www.socialsecurity.be et l'attestation demandée par l'autorité adjudicatrice dans le cadre de l'examen du droit d'accès

L'attestation susmentionnée, disponible via le site internet www.socialsecurity.be, ne peut être confondue avec l'attestation ONSS demandée par l'autorité adjudicatrice dans le cadre de l'examen du droit d'accès (article 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et dispositions analogues des autres arrêtés « passation ») (2). Les deux attestations revêtent chacune une finalité propre et les paramètres utilisés pour ces attestations diffèrent également.

Ainsi, sur l'attestation de l'ONSS destinée à l'examen du droit d'accès, la présence d'une dette potentielle est seulement signalée si le candidat ou le soumissionnaire a accumulé une dette de cotisations supérieure à 3.000 euros (pour l'attestation disponible sur le site internet www.socialsecurity.be, ce montant est de 2.500 euros).

Par ailleurs, cette attestation qui est utilisée dans le cadre de l'examen du droit d'accès, ne tient pas compte des montants dus au Fonds de sécurité d'existence, par un employeur relevant de la commission paritaire de la construction, alors que c'est le cas pour l'attestation utilisée dans le cadre de la responsabilité solidaire, disponible sur le site web www.socialsecurity.be. A noter, dès que la dette impayée vis-à-vis du fonds de sécurité d'existence atteint 70 euros, une obligation de retenue sera signalée.

En outre, l'attestation destinée à l'examen du droit d'accès porte sur l'avant-dernier trimestre civil écoulé avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas (article 62, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation dans les secteurs classiques et dispositions analogues des autres arrêtés "passation"). En revanche, l'attestation disponible sur le site internet www.socialsecurity.be présente toujours la situation actuelle.

Pour de plus amples informations sur la méthode de calcul des attestations disponibles sur le site internet www.socialsecurity.be, il est renvoyé à la note informative de l'ONSS en ce qui concerne les obligations en exécution des articles 30bis et 30ter de la loi du 27 juin 1969, qui est disponible sur le site i suivant : https://www.socialsecurity.be/site_fr/employer/applics/30bis/general/avis.htm

Il se peut dès lors, suite aux différences expliquées ci-dessus, qu'une autorité adjudicatrice constate, lors de la vérification de la situation sociale d'un candidat ou d'un soumissionnaire dans le cadre de l'examen du droit d'accès, qu'il n'y a aucun problème en la matière alors que le site internet www.socialsecurity.be révèle bel et bien l'existence de dettes sociales. Le cas échéant, l'autorité adjudicatrice devra néanmoins permettre l'accès à la procédure au candidat/soumissionnaire concerné (conformément à l'article 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation dans les secteurs classiques et aux dispositions analogues des arrêtés royaux « passation »), même si cela signifie qu'elle peut être tenue solidairement responsable des dettes sociales de ce candidat/soumissionnaire. Une telle situation pourrait plus particulièrement se présenter si des dettes sociales subsistent au moment de la conclusion du marché (selon l'attestation disponible sur www.socialsecurity.be) et si l'autorité adjudicatrice ne respecte pas correctement l'obligation de retenue sur facture qui lui incombe dans le cadre de l'exécution du marché. (3)

Uit de aard der zaak zal het voor de aanbestedende instantie in dergelijk geval dan ook erg belangrijk zijn om de inhoudingsplicht op de facturen, zo die zou gelden, goed toe te passen conform artikel 30bis van de wet van 27 juni 1969. Door deze inhoudingen correct uit te voeren bij de betaling van die facturen, kan de aanbestedende instantie haar hoofdelijke aansprakelijkheid ontlopen.

II.1.b. Fiscale schulden

Het belastingstelsel bevat een soortgelijk systeem als het hiervoor vermelde sociale systeem. Het wordt gedefinieerd in de artikelen 400 en volgende van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 (hierna WIB 92).

Inhoudingsplicht

Wanneer de aanbestedende instantie de betaling uitvoert van alle of een deel van de werken bedoeld in artikel 400, 1°, WIB 92 (oorspronkelijk waren enkel de werken in onroerende staat bedoeld, maar het systeem werd daarna uitgebreid naar andere activiteiten, cf. hierna) aan een opdrachtnemer die op het ogenblik van de betaling fiscale schulden heeft, dan moet die instantie bij deze betaling 15 % van het bedrag van de factuur (zonder btw) inhouden en aan de belastingadministratie doorstorten.

De controle of de opdrachtnemer al dan niet in orde is met zijn fiscale schulden gebeurt aan de hand van de website "Minfin", die kan worden geraadpleegd op: <https://eservices.minfin.fgov.be/portal/nl/public/citizen/services/attests>

Wanneer een factuur 7.143 euro (zonder btw) of meer bedraagt en een inhouding op factuur moet worden uitgevoerd, dan verzoekt de aanbestedende instantie de opdrachtnemer haar een attest te bezorgen waarin het exacte bedrag van zijn fiscale schuld staat vermeld (4). Op die manier moet de storting, indien de schuld lager ligt dan de in principe uit te voeren inhouding, beperkt worden tot het bedrag van de schuld. Indien de schuld op het attest echter hoger ligt dan de in principe uit te voeren inhouding of indien de opdrachtnemer het attest niet indient in de maand van de aanvraag, dan moet een bedrag van 15 % van het gefactureerde bedrag (zonder btw) worden doorgestort naar de belastingadministratie.

Sanctie

Wanneer de storting aan de belastingadministratie van de bedragen die op de facturen moesten worden ingehouden niet is verricht, wordt het verschuldigde bedrag verdubbeld en als administratieve boete ten name van de aanbestedende instantie ingekohierd. (5)

De aanbestedende instantie die voor de bedoelde werken of activiteiten een beroep doet op een opdrachtnemer die al fiscale schulden had op het ogenblik van de sluiting van de opdracht (volgens "minfin", cf. hierna), kan – naar analogie met de sociale schulden – hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de betaling van deze fiscale schulden van de opdrachtnemer. Ze kan ook hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de fiscale schulden van de opdrachtnemer die ontstaan in de loop van de uitvoering van de overeenkomst. De hoofdelijke aansprakelijkheid is beperkt tot 35 % van het totaalbedrag (zonder btw) van de toevertrouwde werken. (6)

Onderscheid tussen het attest dat beschikbaar wordt gesteld op de website www.myminf.be en het attest dat door de aanbestedende instantie wordt opgevraagd met het oog op het onderzoek van het toegangsrecht

Net als bij de sociale schulden dient eraan te worden herinnerd dat het voormelde attest dat beschikbaar wordt gesteld via "Myminf", niet mag verward worden met het fiscaal attest dat door de aanbestedende instantie wordt opgevraagd met het oog op het onderzoek naar het toegangsrecht (artikel 63 koninklijk besluit plaatsing klassieke sectoren van 15 juli 2011 en analoge bepalingen van de overige koninklijke besluiten "plaatsing"). Aangezien beide attesten hun eigen finaliteit hebben, zijn ook de parameters die voor deze attesten worden gebruikt verschillend.

Op heden zijn in het fiscaal attest dat opgevraagd wordt met het oog op het onderzoek van het toegangsrecht (7), de volgende belastingen begrepen (door de FOD Financiën worden deze belastingen functioneel omschreven als de "fiscale balans") :

1° de directe belastingen, te weten:

a) de verschillende inkomstenbelastingen (de personenbelasting, de vennootschapsbelasting, de belasting van niet-inwoners en de rechtspersonenbelasting);

b) de voorheffingen (de onroerende voorheffing, de roerende voorheffingen de bedrijfsvoorheffing);

Par définition, il est, en l'espèce capital que l'autorité adjudicatrice respecte à la lettre l'obligation de retenue sur factures, si celle-ci devait être d'application, conformément à l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969. Le fait d'effectuer correctement ces retenues lors du paiement sur factures permet à l'autorité adjudicatrice d'échapper à sa responsabilité solidaire.

II.1.b. Dettes fiscales

Le régime fiscal contient des dispositions similaires aux dispositions sociales précitées. Il est défini aux articles 400 et suivants du Code des impôts sur les revenus de 1992 (ci-après CIR 92).

Obligation de retenue

L'autorité adjudicatrice, lorsqu'elle effectue le paiement de tout ou partie des travaux visés par l'article 400, 1°, CIR 92 (à l'origine seuls les travaux immobiliers étaient visés mais le régime a ensuite été élargi à d'autres activités, cf. infra), à un adjudicataire qui, au moment du paiement a des dettes fiscales, est tenue, lors de ce paiement, de retenir et verser à l'Administration fiscale, 15 % du montant de la facture hors TVA.

La vérification de la situation de l'adjudicataire afin de déterminer s'il est ou non en ordre vis-à-vis de ses dettes fiscales s'effectue à l'aide du site internet « Minfin » consultable à l'adresse : <https://eservices.minfin.fgov.be/portal/fr/public/citizen/services/attests>

Lorsqu'une facture est d'un montant égal ou supérieur à 7.143 euros hors TVA et qu'une retenue sur facture doit être effectuée, l'autorité adjudicatrice invite l'adjudicataire à lui produire une attestation établissant le montant précis de sa dette fiscale (4). De cette façon, si la dette est inférieure à la retenue qui est, en principe, à effectuer, le versement doit être limité au montant de la dette. En revanche, si la dette reprise sur l'attestation est supérieure à la retenue à effectuer ou si l'attestation n'est pas produite par l'adjudicataire dans le mois de la demande, le versement de 15 % du montant de la facture, hors TVA, doit être effectué, par l'autorité adjudicatrice, à l'Administration fiscale.

Sanction

Lorsque les retenues sur factures n'ont pas été versées à l'Administration fiscale, le montant dû est doublé et enrôlé à charge de l'autorité adjudicatrice, à titre d'amende administrative. (5)

L'autorité adjudicatrice qui, pour les travaux ou activités visés, fait appel à un adjudicataire qui avait déjà des dettes fiscales au moment de la conclusion du marché (selon « Minfin » cf. infra), peut – par analogie avec ce qui est prévu pour les dettes sociales – être tenue solidairement responsable du paiement des dettes fiscales de l'adjudicataire. Elle peut également être tenue solidairement responsable des dettes fiscales de l'adjudicataire qui surgissent au cours de l'exécution du marché. La responsabilité solidaire est limitée à 35 % du montant total hors TVA des travaux confiés. (6)

Distinction entre l'attestation disponible sur le site internet www.myminf.be et l'attestation demandée par l'autorité adjudicatrice dans le cadre de l'examen du droit d'accès

À l'instar de ce qui est prévu pour les dettes sociales, il convient de rappeler que l'attestation susmentionnée disponible via « Myminf » ne peut être confondue avec l'attestation fiscale réclamée par l'autorité adjudicatrice en vue de l'examen du droit d'accès (article 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation et dispositions analogues et dispositions analogues des autres arrêtés « passation »). Les deux attestations revêtent une finalité propre et les paramètres utilisés pour ces attestations diffèrent également.

À l'heure actuelle, les impôts suivants figurent sur l'attestation fiscale réclamée en vue de l'examen du droit d'accès (7) (l'éventail de ces impôts est décrit de manière fonctionnelle par le SPF Finances comme étant le « bilan fiscal ») :

1° Les impôts directs, à savoir :

a) les différents impôts sur les revenus (l'impôt sur les personnes physiques, l'impôt des sociétés, l'impôt des non-résidents et l'impôt des personnes morales) ;

b) les précomptes (le précompte immobilier, le précompte mobilier et le précompte professionnel) ;

c) de met de inkomstenbelastingen gelijkgestelde belastingen (de verkeersbelasting op autovoertuigen, de belasting op inverkeerstelling, het eurovignet, de belasting op spelen en weddenschappen, de belasting op automatische ontspanningstoestellen);

d) de administratieve boeten;

2° de belasting over de toegevoegde waarde en de fiscale boeten.

Een kandidaat of inschrijver wordt geacht in regel te zijn, indien hij geen schuld heeft van meer dan 3.000 euro of voor die schuld uitstel van betaling heeft verkregen en de afbetalingen daarvan strikt in acht neemt (artikel 63, § 2, koninklijk besluit plaatsing klassieke sectoren van 15 juli 2011 en analoge bepalingen van de overige besluiten "plaatsing") (8).

Voor het via Myminf in ter beschikking gesteld attest - dat wordt aangewend in het kader van de hoofdelijke aansprakelijkheid en de verplichting tot inhouding - wordt echter geen rekening gehouden met de belasting over de toegevoegde waarde. De drempel van 3.000 euro is evenmin van toepassing.

De mogelijkheid bestaat dan ook dat een aanbestedende instantie die de fiscale toestand van een kandidaat of inschrijver in het kader van het onderzoek van het toegangsrecht nagaat, vaststelt dat zich op dat vlak geen probleem stelt, terwijl het attest dat beschikbaar is via Myminf in aangeeft dat er wel fiscale schulden zijn. De aanbestedende instantie zal in dit geval de betreffende kandidaat/inschrijver toch moeten toelaten tot de procedure (conform artikel 63 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 en analoge bepalingen), zelfs al betekent dit voor de aanbestedende instantie dat deze hoofdelijk aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor de fiscale schulden van deze kandidaat/inschrijver (i.e. potentieel rechtstreekse medecontractant), meer bepaald indien er ook op het moment van het sluiten van de opdracht fiscale schulden zouden bestaan (volgens het attest beschikbaar via Myminf in) en in zoverre de aanbestedende instantie bij de betaling de op hem rustende inhoudingsplicht op factuur niet correct zou naleven. (9)

II.2. Aanpassingen aan het systeem van de inhoudingsplicht en de hoofdelijke aansprakelijkheid voor fiscale en sociale schulden

II.2.a. Invoering van de subsidiaire hoofdelijke aansprakelijkheid voor sociale en fiscale schulden

Bij de programmawet van 29 maart 2012 (*Belgisch Staatsblad* van 6 april 2012) werd in artikel 30bis van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders een "subsidiaire" hoofdelijke aansprakelijkheid ingevoerd.

Vóór de hervormingen die vanaf 2012 werden doorgevoerd, kon de opdrachtnemer alleen hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld (mits de voorwaarden daartoe waren vervuld), voor de sociale en fiscale schulden van zijn eigen onderaannemer en niet voor deze van de verdere onderaannemers in de aannemingsketen. Hetzelfde gold voor een onderaannemer: deze kon alleen hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de sociale en fiscale schulden van zijn directe onderaannemer, en niet voor deze van de overige onderaannemers in de aannemingsketen.

Voortaan echter kan de opdrachtnemer of de onderaannemer wel op subsidiaire wijze hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld, volgens het hieronder beschreven mechanisme dat wordt toegelicht aan de hand van een praktisch voorbeeld waarbij A tussenkomt als aanbestedende instantie, B als opdrachtnemer, C als onderaannemer van B en D als onderaannemer van C.

De rechtstreekse hoofdelijke aansprakelijkheid van C zal in werking worden gesteld wanneer D sociale schulden heeft op het ogenblik van de sluiting van het contract, en wanneer hij ook sociale schulden heeft op het ogenblik dat C de factuur betaalt, en die laatste de inhoudingen niet verricht en ze niet doorstort aan de RSZ.

Indien C het gevorderde bedrag van de hoofdelijke aansprakelijkheid niet overmaakt aan de RSZ (10), dan zal hij door B worden onderworpen aan een inhouding op factuur. Ingeval het verschuldigde bedrag niet betaald zou zijn (onder andere door B) door middel van de aldus ingestelde inhouding op factuur, dan kan de RSZ een beroep doen op de *subsidiaire* hoofdelijke aansprakelijkheid, hetgeen inhoudt dat wordt opgeklommen in de keten van medecontractanten en de subsidiaire hoofdelijke aansprakelijkheid van B in werking wordt gesteld.

Indien ook B het gevorderde bedrag van de hoofdelijke aansprakelijkheid niet betaalt, dan zal ook hij worden onderworpen aan een inhouding op factuur op basis van deze schuld, zodat ook de aanbestedende instantie ertoe gehouden zal zijn inhoudingen te verrichten.

c) les taxes assimilées aux impôts sur les revenus (la taxe de circulation sur les véhicules automoteurs, la taxe de mise en circulation, l'eurovignette, la taxe sur les jeux et paris, la taxe sur les appareils automatiques de divertissement) ;

d) les amendes administratives ;

2° La taxe sur la valeur ajoutée et les amendes fiscales.

L'on considère qu'un candidat ou soumissionnaire est en règle lorsqu'il n'a pas de dette supérieure à 3.000 euros, ou qu'il a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement (article 63, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation et dispositions analogues des autres arrêtés « passation ») (8).

Pour l'établissement de l'attestation disponible via Myminf in, utilisée dans le cadre de la responsabilité solidaire et de l'obligation de retenue, il n'est toutefois pas tenu compte de la taxe sur la valeur ajoutée. Le seuil des 3.000 euros n'est pas non plus applicable.

Il se peut dès lors qu'une autorité adjudicatrice constate, lors de la vérification du statut fiscal d'un candidat ou d'un soumissionnaire dans le cadre de l'examen du droit d'accès, qu'il n'y a aucun problème en la matière alors que l'attestation disponible via Myminf in révèle bel et bien l'existence de dettes fiscales. Le cas échéant, l'autorité adjudicatrice devra néanmoins permettre l'accès à la procédure au candidat/soumissionnaire (conformément à l'article 63 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et dispositions analogues), même si cela signifie qu'elle peut être tenue solidairement responsable des dettes fiscales de ce candidat/soumissionnaire (par exemple un co-contractant direct potentiel). Une telle situation pourrait plus particulièrement se présenter si des dettes fiscales subsistent au moment de la conclusion du marché (selon l'attestation disponible sur Myminf in) et si l'autorité adjudicatrice ne respecte pas correctement l'obligation de retenue sur facture qui lui incombe dans le cadre de l'exécution du marché. (9)

II.2 Adaptations du régime de l'obligation de retenue et de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales

II.2.a Introduction de la responsabilité solidaire subsidiaire pour les dettes fiscales et sociales

La loi-programme du 29 mars 2012 (*Moniteur belge* du 6 avril 2012) a introduit à l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, une responsabilité solidaire « subsidiaire ».

Avant les réformes entamées à partir de 2012, l'adjudicataire pouvait uniquement être tenu solidairement responsable (si les conditions étaient remplies) pour les dettes sociales et fiscales de son propre sous-traitant et non pour celles des autres sous-traitants intervenant dans la chaîne. Il en était de même pour un sous-traitant : celui-ci ne pouvait être tenu solidairement responsable que pour les dettes sociales et fiscales de son sous-traitant direct et non pour celles des autres sous-traitants intervenant dans la chaîne.

Dorénavant, l'adjudicataire ou le sous-traitant peut être tenu solidairement responsable de manière subsidiaire, selon le mécanisme décrit ci-dessous, qui est illustré par un exemple pratique où A est l'autorité adjudicatrice, B l'adjudicataire, C le sous-traitant de B et D le sous-traitant de C.

La responsabilité solidaire *directe* de C sera actionnée lorsque D a des dettes sociales au moment de la conclusion du contrat, qu'il a également des dettes sociales au moment où C paie la facture, et ce dernier omet de faire les retenues et de les verser à l'ONSS.

Si le montant à payer, découlant de la responsabilité solidaire de C, n'est pas, en pareil cas, versé à l'ONSS par C (10), celui-ci sera soumis par B à une retenue sur facture. Dans le cas où le montant dû ne serait pas acquitté (entres autres par B) au moyen de la retenue sur facture ainsi organisée, l'ONSS pourra alors invoquer la responsabilité solidaire *subsidiaire* et à ce titre, remonter dans la chaîne des co-contractants et actionner la responsabilité solidaire subsidiaire de B.

Si B ne paie pas non plus le montant réclamé de la responsabilité solidaire, il sera également soumis à une retenue sur facture sur la base de cette dette, de sorte que l'autorité adjudicatrice sera tenue d'effectuer ses retenues.

Het mechanisme dat werd geschetst aan de hand van bovenstaande voorbeeld, zal ook van toepassing zijn indien de keten van onderaannemers langer is. Bij toepassing van het systeem wordt trapsgewijs steeds hoger opgeklommen in de aannemingsketen, zo nodig tot bij de opdrachtnemer.

Voor de fiscale schulden werd een gelijkaardig mechanisme ingesteld door artikel 402 van het WIB/92. Deze bepaling die uit 7 paragrafen bestond, werd bij de programmawet van 29 maart 2012 (*Belgisch Staatsblad* van 6 april 2012) aangevuld met een paragraaf 8. Ingevolge deze bepaling kan de belastingadministratie een beroep doen op de subsidiaire hoofdelijke aansprakelijkheid wanneer een onderaannemer, na ontvangst van een betekening van een dwangbevel dat uitgaat van de belastingadministratie, de van hem gevorderde bedragen in het kader van de rechtstreekse hoofdelijke aansprakelijkheid niet vereffent binnen de dertig dagen na de kennisgeving van een dwangbevel, hetgeen inhoudt dat opgeklommen wordt in de keten van medecontractanten (stap voor stap).

De aanbestedende instantie zelf kan niet op subsidiaire wijze hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. De maatregel is immers alleen van toepassing op de opdrachtnemer en de onderaannemers. Toch zou deze maatregel ook gevolgen kunnen hebben voor de aanbestedende instantie: aangezien de RSZ en de belastingadministratie voortaan over de mogelijkheid beschikken om via de subsidiaire hoofdelijke aansprakelijkheid (stapsgewijs) hoger in de keten van sociale en fiscale schulden te innen, zal uiteindelijk ook de opdrachtnemer (i.e. rechtstreekse medecontractant van de aanbestedende instantie) kunnen worden aangesproken. Indien ook de laatgenoemde in gebreke zou blijven zijn sociale en fiscale verplichtingen na te leven, zal dit voor de aanbestedende instantie betekenen dat de inhoudingsplicht op factuur ten aanzien van de opdrachtnemer zal moeten worden toegepast.

II.2.b. Inhoudingsplicht op factuur en hoofdelijke aansprakelijkheid uitgebreid naar de bewakingssector (en de vleesverwerkingssector)

In de programmawet van 29 maart 2012 werd de mogelijkheid gecreëerd om het systeem van de inhoudingsplicht op factuur voor sociale en fiscale schulden en de bij niet-naleving van deze plicht hieraan verbonden hoofdelijke aansprakelijkheid, uit te breiden naar andere fraudegevoelige sectoren.

Momenteel zijn twee sectoren betrokken: de sector van de bewakings- en toezichtsactiviteiten en de vleesverwerkingssector.

De uitbreiding werd doorgevoerd door middel van de onderstaande koninklijke besluiten:

1° wat de bewakings- en/of toezichtsdiensten betreft, het koninklijk besluit van 17 juli 2013 tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 december 2007 tot uitvoering van de artikelen 400, 401, 403, 404 en 406 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 en van artikel 30bis van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, in werking getreden op 1 september 2013 (*Belgisch Staatsblad* van 1 augustus 2013);

2° wat de vleesverwerkingssector betreft, het koninklijk besluit van 22 oktober 2013 tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 december 2007 tot uitvoering van de artikelen 400, 403, 404 en 406 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 en van de artikelen 12, 30bis en 30ter van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, in werking getreden op 1 november 2013 (*Belgisch Staatsblad* van 29 oktober 2013).

In beide voormelde sectoren is het systeem van de inhoudingsplicht en hoofdelijke aansprakelijkheid voor fiscale en sociale schulden dus van toepassing. In de vleesverwerkingssector zullen de aanbestedende instanties waarschijnlijk slechts zelden met deze systemen worden geconfronteerd. Dit om de eenvoudige reden dat aanbestedende instanties, in tegenstelling tot hetgeen het geval is in de bewakingssector, in de vleesverwerkingssector erg weinig opdrachten plaatsen.

HOOFDSTUK III. — Hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden en maatregelen tegen tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen

III.1. Stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de lonen in bepaalde sectoren (klassiek stelsel)

Inleiding

Door in de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, hierna "de wet van 12 april 1965", de artikelen 35/1 tot en met 35/6 in te voegen, heeft de programmawet (I) van

Le mécanisme décrit à l'aide de l'exemple précité s'appliquera également si la chaîne de sous-traitance est plus longue. En cas d'application du système, on remonte graduellement plus en amont dans la chaîne de sous-traitance, si nécessaire jusqu'à l'adjudicataire.

Un mécanisme similaire a été inséré en matière fiscale dans l'article 402 du CIR/92. Cette disposition qui comprenait 7 paragraphes, a été complétée par un paragraphe 8 par la loi-programme du 29 mars 2012 (*Moniteur belge* du 6 avril 2012). En application de cette nouvelle disposition, si à la suite de la réception de la signification d'un commandement de payer émanant de l'Administration fiscale dans le cadre de la responsabilité solidaire directe, un sous-traitant s'abstient d'acquitter les sommes qui lui sont réclamées dans les trente jours de la signification du commandement, cette administration peut alors avoir recours à la responsabilité solidaire subsidiaire et à ce titre, remonter dans la chaîne des co-contractants (étape par étape).

L'autorité adjudicatrice ne peut, elle-même, être tenue solidairement responsable de manière subsidiaire. En effet, la mesure prévue est uniquement applicable à l'adjudicataire et aux sous-traitants. Cependant, cette mesure pourrait également avoir des conséquences pour l'autorité adjudicatrice : grâce à la possibilité pour l'ONSS et pour l'Administration fiscale, d'obtenir le paiement des dettes sociales et fiscales, par le biais de la responsabilité solidaire subsidiaire, (graduellement) plus en amont dans la chaîne, la responsabilité de l'adjudicataire (c.-à-d. le co-contractant direct de l'autorité adjudicatrice) pourrait finalement aussi être engagée. Si l'adjudicataire devait aussi rester en défaut de satisfaire à ses obligations sociales et fiscales, cela signifierait pour l'autorité adjudicatrice que l'obligation de retenue sur facture à l'égard de l'adjudicataire devrait être appliquée.

II.2.b. Extension de l'obligation de retenue sur facture et de la responsabilité solidaire au secteur du gardiennage (et au secteur de la transformation de la viande)

La loi-programme du 29 mars 2012 a créé la possibilité d'étendre à d'autres secteurs sensibles à la fraude, le régime de l'obligation de retenue sur facture pour les dettes sociales et fiscales et de la responsabilité solidaire qui caractérise cette obligation, en cas de non-respect de celle-ci.

A ce jour deux secteurs sont concernés : celui des activités de gardiennage et de surveillance et celui de la transformation de la viande.

L'extension a été réalisée à l'aide des arrêtés royaux ci-dessous :

1° Concernant les services de gardiennage et/ou de surveillance, l'arrêté royal du 17 juillet 2013 modifiant l'arrêté royal du 27 décembre 2007 portant exécution des articles 400, 401, 403, 404 et 406 du Code des impôts sur les revenus 1992 et de l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2013 (*Moniteur belge* du 1^{er} août 2013) ;

2° Concernant le secteur de la transformation de la viande, l'arrêté royal du 22 octobre 2013 modifiant l'arrêté royal du 27 décembre 2007 portant exécution des articles 400, 403, 404 et 406 du Code des impôts sur les revenus 1992 et des articles 12, 30bis et 30ter de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2013 (*Moniteur belge* du 29 octobre 2013).

Le régime de l'obligation de retenue et de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales est donc applicable dans les deux secteurs susmentionnés. Néanmoins, les autorités adjudicatrices n'y seront vraisemblablement que rarement confrontées dans le secteur de la transformation de la viande pour la simple et bonne raison que, contrairement au secteur du gardiennage, les autorités adjudicatrices de ce secteur ne lancent que très peu de marchés.

CHAPITRE III. — Responsabilité solidaire pour les dettes salariales et mesures à l'encontre de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal

III.1. Régime de responsabilité solidaire salariale dans certains secteurs (régime classique)

Introduction

En insérant les articles 35/1 à 35/6 dans la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, ci-après appelée « la loi du 12 avril 1965 », la loi-programme (I) du

29 maart 2012 (11 voor het eerst en enkel voor bepaalde sectoren, een stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden ingevoerd ten laste van de aanbestedende instanties, de opdrachtnemers en de onderaannemers (12).

Het is belangrijk op te merken dat dit stelsel niet van toepassing zal zijn in geval van tewerkstelling in België van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. In die specifieke hypothese zal, in afwijking van het stelsel dat wordt beschreven in het onderhavige punt III.1, uitsluitend het bijzondere stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid bepaald in de artikelen 35/7 tot 35/13 van de wet van 12 april 1965 van toepassing zijn. Dit stelsel wordt hierna toegelicht in punt III.2.

Het ingevoerde stelsel (het zogenaamde "klassieke stelsel") verschilt op een aantal belangrijke punten van het in hoofdstuk II toegelichte systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid voor sociale en fiscale schulden. De aanbestedende instanties zullen in het klassieke stelsel inderdaad niet alleen hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de loonschulden van de opdrachtnemer waarmee zij *rechtstreeks* werken, maar ook voor de loonschulden van de onderaannemers waarop *onrechtstreeks*, via een keten van onderaannemers, een beroep wordt gedaan. Aldus valt het ingevoerde stelsel te onderscheiden van het stelsel van *subsidiäre* hoofdelijke aansprakelijkheid zoals dat van toepassing is voor sociale en fiscale schulden.

De hoofdelijke aansprakelijkheid is evenwel niet automatisch van toepassing. Daartoe is een specifieke formele kennisgeving vereist van de arbeidsinspectie. Deze kennisgeving zal vervolgens een bepaald mechanisme in werking stellen dat hierna zal worden toegelicht, maar dat er *grosso modo* in bestaat dat de betrokkenen eerst nog de mogelijkheid krijgen om desgevallend de nodige maatregelen te nemen. In sommige gevallen zal het mechanisme uitlopen op de mogelijke hoofdelijke aansprakelijkheid voor bepaalde loonschulden.

Bij de beoordeling of maatregelen moeten worden getroffen, gaat de aanbestedende instantie na of geen rekening moet worden gehouden met de desgevallend reeds in de lagere keten van aanneming genomen maatregelen waarvan zij in kennis wordt gesteld (zie *infra*).

De arbeidsinspectie heeft de bevoegdheid om de kennisgeving niet alleen te versturen naar de werkgever die in gebreke blijft het loon te betalen, maar ook naar de overige aannemers in de aannemingsketen, alsook naar de opdrachtgever (in dit geval de aanbestedende instantie) (artikel 49/1 Sociaal Strafwetboek).

De arbeidsinspectie apprecieert autonoom aan wie zij de schriftelijke kennisgeving overmaakt, dus voor wie er eventueel gevolgen kunnen optreden inzake hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden volgens het hierna besproken mechanisme. De arbeidsinspectie kan er bijvoorbeeld voor kiezen om de ganse keten, met inbegrip van de aanbestedende instantie, op formele wijze in kennis te stellen.

Indien het een opdracht voor werken betreft, rust op de aanbestedende instanties aan wie de kennisgeving wordt gedaan reeds een inhoudingsplicht voor loonschulden en hierop betrekking hebbende sociale en fiscale schulden op grond van artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, hierna "het koninklijk besluit van 14 januari 2013". Anders dan bij de inhoudingsplicht voor sociale en fiscale schulden (in uitvoering van de artikelen 30*bis* en 30*ter* van de wet van 27 juni 1969 en het WIB), zullen de aanbestedende instanties hun hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden hier evenwel niet volledig kunnen ontlopen door het louter correct uitvoeren van de inhoudingsplicht op factuur. De inhoudingen zullen er in de praktijk wel toe bijdragen dat de loonschulden ofwel toch worden voldaan, ofwel minder hoog oplopen. Niettemin moeten de aanbestedende instanties ook bij opdrachten voor werken nagaan of er geen andere maatregelen moeten worden getroffen.

Het stelsel dat door de wet van 12 april 1965 werd ingevoerd is niet alleen van toepassing (in de betreffende sectoren, zie *infra*) in het kader van overheidsopdrachten, maar ook tussen ondernemingen. Het stelsel is evenwel niet van toepassing op opdrachtgevers/natuurlijke personen die de betreffende activiteiten uitsluitend voor privédoeleinden laten uitvoeren.

Artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken

Ook in de wetgeving overheidsopdrachten zijn een aantal maatregelen opgenomen die erop gericht zijn ervoor te zorgen dat de lonen worden uitbetaald indien de werkgever in gebreke blijft. Ingevolge artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, bepaling die, het weze herhaald, alleen van toepassing is op de opdrachten voor werken, rust op de aanbestedende instanties die aan dit koninklijk

29 mars 2012 (11) a mis en place, pour la première fois et pour certains secteurs seulement (cf. *infra*), un régime de responsabilité solidaire salariale à charge des autorités adjudicatrices, des adjudicataires et des sous-traitants (12).

Il importe de noter que ce régime ne sera pas applicable en cas d'occupation en Belgique de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Dans cette hypothèse particulière, par dérogation au régime décrit dans le présent point III.1, seul le régime spécifique de responsabilité solidaire prévu par les articles 35/7 à 35/13 de la loi du 12 avril 1965 et présenté ci-après au point III.2, sera applicable.

Le régime de responsabilité solidaire salariale (dit « classique ») introduit diffère sur un certain nombre de points importants du régime de responsabilité solidaire pour les dettes sociales et fiscales, présenté au chapitre II. En effet, les autorités adjudicatrices pourront non seulement ici être tenues solidairement responsables des dettes salariales de l'adjudicataire auquel elles ont fait *directement* appel, mais également des dettes salariales des sous-traitants auxquels elles ont fait *indirectement* appel par le biais d'une chaîne de sous-traitants. De la sorte, le régime introduit se distingue du régime de responsabilité solidaire *subsidiäre* tel qu'applicable aux dettes sociales et fiscales.

La responsabilité solidaire ne s'applique toutefois pas automatiquement. A cet effet, une notification formelle spécifique de l'inspection du travail est requise. Cette dernière va ensuite activer un mécanisme déterminé, décrit ci-dessous, qui consiste *grosso modo* à permettre aux personnes concernées, de prendre, le cas échéant, les mesures nécessaires. Dans certains cas, ce mécanisme permettra de conclure à la responsabilité solidaire pour certaines dettes salariales.

Lors de l'appréciation de l'opportunité de prendre des mesures, l'autorité adjudicatrice vérifie s'il convient de tenir compte des mesures qui auraient, le cas échéant, déjà été prises en aval de la chaîne de sous-traitance, et dont elle a été informées (voir ci-dessous).

L'inspection du travail a la compétence d'envoyer la notification non seulement à l'employeur qui manque à son obligation de payer la rémunération, mais aussi aux autres entrepreneurs de la chaîne de sous-traitance, ainsi qu'au donneur d'ordre (dans ce cas l'autorité adjudicatrice) (article 49/1 du Code pénal social).

L'inspection du travail apprécie de manière autonome à qui elle transfère la notification écrite, et dès lors pour qui des conséquences peuvent éventuellement survenir en matière de responsabilité solidaire, selon le mécanisme décrit ci-dessous. L'inspection du travail peut, par exemple, choisir d'informer formellement l'ensemble de la chaîne, en ce compris l'autorité adjudicatrice.

En cas de marchés de travaux, les autorités adjudicatrices auxquelles la notification est envoyée, sont déjà toutefois tenues à une obligation de retenue pour les dettes salariales et les dettes sociales et fiscales y afférentes sur la base de l'article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, ci-après appelé l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Contrairement à l'obligation de retenue pour les dettes sociales et fiscales (en exécution des articles 30*bis* et 30*ter* de la loi du 27 juin 1969 et du CIR), les autorités adjudicatrices ne pourront ici cependant pas totalement échapper à leur responsabilité solidaire en se limitant à exécuter correctement l'obligation de retenue sur facture. Les retenues contribueront toutefois en pratique soit à acquitter, soit à faire diminuer les dettes salariales. Néanmoins, les autorités adjudicatrices devront, également en cas de marchés de travaux, vérifier l'opportunité d'autres mesures.

Le régime instauré par la loi du 12 avril 1965 est non seulement applicable (dans les secteurs concernés cf. *infra*) dans le cadre de marchés publics mais également entre entreprises. Ce régime ne s'applique néanmoins pas aux donneurs d'ordres/personnes physiques qui font effectuer les activités concernées à des fins exclusivement privées.

Article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics

La législation relative aux marchés publics prévoit aussi un certain nombre de mesures qui ont également pour objet d'assurer le paiement des salaires si l'employeur reste en défaut. Comme déjà mentionné ci-dessus, conformément à l'article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, qui rappelons-le, est uniquement applicable aux marchés de travaux, les autorités adjudicatrices soumises à cet arrêté royal sont

besluit onderworpen zijn een inhoudingsplicht op factuur, indien blijkt dat nog loon verschuldigd is voor het personeel dat op de bouwplaats is of was tewerkgesteld. Deze bepaling was ook opgenomen in het ondertussen opgeheven koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken. Indien blijkt dat het personeel niet is betaald, dan moet de aanbestedende instantie volgens het voormelde artikel 88 ambtshalve het brutobedrag inhouden van de achterstallige lonen op de aan de aannemer verschuldigde bedragen.

Overeenkomstig de voormelde bepaling moet de aanbestedende instantie het brutoloon inhouden en de betreffende bedragen (lonen, sociale zekerheidsbijdragen en afhoudingen betreffende de inkomstenbelasting) overmaken aan de rechthebbenden. Er is geen kennisgeving van de arbeidsinspectie vereist opdat deze bepaling toepassing zou vinden. Het volstaat dat de aanbestedende instantie er kennis van krijgt, bijvoorbeeld via een personeelslid van de aannemer, dat het voor de uitvoering van de opdracht tewerkgesteld personeel onbetaald blijft. De aanbestedende instantie zal zich er in dat geval wel moeten van vergewissen of de bewering van het personeelslid wel gegrond is. Daartoe kan hij navraag doen bij de aannemer en de arbeidsinspectie. Indien de inbreuken worden toegegeven of bevestigd door de arbeidsinspectie dient de aanbestedende instantie tot de nodige inhoudingen over te gaan.

Het door artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 georganiseerde systeem van de inhoudingsplicht moet worden onderscheiden van het recent door de wetgever ingevoerde en hierna besproken systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden, dat een verschillend toepassingsgebied kent (ook van toepassing in sommige fraudegevoelige dienstensectoren), onderworpen is aan meer vormvereisten (specifieke kennisgeving van de arbeidsinspectie, termijnen, specifieke berekeningswijze van het verschuldigd bedrag waarvoor men hoofdelijk aansprakelijk is) en geenszins beperkt blijft tot een inhoudingsplicht op het verschuldigde bedrag. Beide regelingen zullen, indien de toepassingsvoorwaarden daartoe vervuld zijn, cumulatief moeten worden toegepast. Hoe dit precies verloopt, wordt hierna toegelicht onder punt IV.7.

Principe

Het algemene principe van de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt uiteengezet in artikel 35/2, § 1, 1^o, van de wet van 12 april 1965. Deze bepaling luidt als volgt :

“De opdrachtgevers (aanbestedende instanties), aannemers (opdrachtnemers) en onderaannemers die voor de in artikel 35/1, § 1, 1^o, bepaalde activiteiten een beroep doen op één of meerdere aannemers of onderaannemers, en die overeenkomstig artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek door de inspectie, schriftelijk in kennis worden gesteld van de omstandigheid dat hun aannemers of de na hun aannemers komende onderaannemers, op zwaarwichtige wijze tekortschieten in hun verplichting om aan hun werknemers tijdig het loon te betalen waarop deze recht hebben, zijn, in de mate en gedurende de periode zoals bepaald in artikel 35/3, hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van het loon aan de betrokken werknemers.”

In de praktijk zal de arbeidsinspectie de kennisgeving uitvoeren via een aangetekende zending.

Onder “op zwaarwichtige wijze tekortschieten in hun verplichting om aan hun werknemers tijdig het loon te betalen waarop deze recht hebben” verstaat men de betaling van een loon dat lager ligt dan de laagste van toepassing zijnde loonschaal in de betrokken sector.

Toepassingsgebied

De door deze nieuwe maatregel beoogde activiteiten zijn onder meer de activiteiten die onder het begrip “werken in onroerende staat” vallen in de zin van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde en het koninklijk besluit nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde. Ze betreffen dus hoofdzakelijk - maar niet uitsluitend - de opdrachten voor werken.

De paritaire comités hebben er namelijk voor gekozen, wanneer zij werden bevraagd omtrent het toepassingsgebied van deze maatregel, om de draagwijdte van de maatregel niet tot bepaalde activiteiten te beperken, maar om alle activiteiten te beogen die onder de voormelde definitie van werken in onroerende staat vallen en ze uit te breiden tot andere categorieën van werken en diensten.

De wetsbepaling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid voor de lonen werd uitgevoerd via verschillende koninklijke besluiten (13) die betrekking hebben op de volgende sectoren:

- activiteiten inzake bewaking en/of toezicht;
- activiteiten uitgevoerd in de bouwsector;

tenues à une obligation de retenue sur facture s’il s’avère qu’une rémunération est due pour le personnel qui est ou a été occupé sur le chantier. Cette disposition était déjà contenue dans l’arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d’exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, aujourd’hui abrogé. S’il s’avère que le personnel n’est pas payé, l’autorité adjudicatrice doit, suivant l’article 88 précité, retenir d’office le montant brut des salaires impayés sur les montants dus à l’entrepreneur.

L’autorité adjudicatrice doit, conformément à la disposition précitée, retenir le salaire brut et transférer les montants concernés (rémunérations, cotisations de sécurité sociale et retenues pour impôts sur les revenus) à qui de droit. L’application de cette obligation n’est pas subordonnée à l’existence d’une notification émanant de l’Inspection du travail. Il suffit que l’autorité adjudicatrice soit informée, par exemple par l’intermédiaire d’un membre du personnel de l’entrepreneur, du fait que le personnel occupé pour l’exécution du marché reste impayé. Dans ce cas, l’autorité adjudicatrice devra cependant s’assurer que l’affirmation du membre du personnel est fondée. A cet effet, elle peut s’informer auprès de l’entrepreneur ou de l’inspection du travail. Si les infractions sont reconnues ou confirmées par l’inspection du travail, l’autorité adjudicatrice devra procéder aux retenues nécessaires.

Le régime de l’obligation de retenue organisé par l’article 88 de l’arrêté royal du 14 janvier 2013 doit être envisagé distinctement par rapport au régime de responsabilité solidaire pour les dettes salariales qui a récemment été introduit par le législateur. En effet, ce dernier régime diffère en termes de champ d’application (également applicable dans certains domaines du secteur tertiaire sensibles à la fraude), est soumis à davantage de formalités (notification spécifique de l’Inspection du travail, délais, mode de calcul spécifique du montant dû pour lequel l’on est responsable solidairement, etc.) et ne se limite en aucun cas à une obligation de retenue sur les sommes dues. Si de part et d’autre, les conditions d’application sont remplies en ce sens, les deux régimes devront être appliqués simultanément. Le mode opératoire précis est expliqué ci-dessous, sous le point IV.7.

Principe

Le principe général de la responsabilité solidaire est énoncé par l’article 35/2, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 12 avril 1965. Cette disposition est libellée comme suit :

« Les donneurs d’ordre (les autorités adjudicatrices), les entrepreneurs (les adjudicataires) et les sous-traitants qui, pour les activités définies à l’article 35/1, § 1^{er}, 1^o, font appel à un ou plusieurs entrepreneurs ou sous-traitants et qui, conformément à l’article 49/1 du Code pénal social, sont informés par écrit par l’inspection de ce que leurs entrepreneurs ou les sous-traitants succédant à ceux-ci manquent gravement à leur obligation de payer dans les délais, à leurs travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit, sont, dans la mesure et durant la période définie à l’article 35/3, solidairement responsables du paiement de la rémunération aux travailleurs. »

Dans la pratique, l’inspection du travail utilisera un envoi recommandé pour la notification.

Par « manquer gravement à leur obligation de payer dans les délais, à leurs travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit », on entend le paiement d’une rémunération inférieure au barème salarial le plus bas applicable dans le secteur concerné.

Champ d’application

Les activités concernées par cette nouvelle mesure sont notamment celles relevant de la notion de « travaux immobiliers » au sens du Code de la taxe sur la valeur ajoutée et de l’arrêté royal n^o 1 du 29 décembre 1992, relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée. Elles concernent donc essentiellement, mais pas uniquement, les marchés de travaux.

Interrogés sur la définition du champ d’application de cette mesure, les Commissions paritaires ont, en effet, choisi de ne pas limiter la portée de la mesure à certaines activités mais bien d’envisager l’ensemble des activités relevant de la définition précitée de travaux immobiliers et de l’étendre à d’autres catégories de travaux et de services.

Le dispositif légal en matière de responsabilité solidaire salariale a été exécuté à travers différents arrêtés royaux (13) qui concernent les secteurs suivants :

- activités en matière de gardiennage et/ou de surveillance ;
- activités exercées dans le secteur de la construction ;

- bepaalde activiteiten inzake elektriciteit die werken in onroerende staat zijn in de zin van artikel 20, § 2, van het koninklijk besluit nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde;

- bepaalde activiteiten inzake stoffering en houtbewerking die werken in onroerende staat zijn in de zin van artikel 20, § 2, van het koninklijk besluit nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde;

- bepaalde activiteiten inzake de metaal-, machine- en elektrische bouw die werken in onroerende staat zijn in de zin van artikel 20, § 2, van het koninklijk besluit nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde;

- activiteiten uitgevoerd in de landbouwsector;

- activiteiten uitgevoerd in de tuinbouwsector;

- activiteiten uitgevoerd in de schoonmaaksector;

- bepaalde activiteiten uitgevoerd in de voedingsnijverheid en in de handel van voedingswaren (vleesverwerking);

- bepaalde transportactiviteiten.

Procedureaspecten - Termijn van 14 werkdagen

Het vaststellen van de inbreuk gebeurt door de arbeidsinspectie (de algemene directie Toezicht op de sociale wetten van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg). Zoals hierboven reeds aangehaald, is de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden niet automatisch van toepassing, maar afhankelijk van een specifieke formele kennisgeving van de arbeidsinspectie overeenkomstig artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek. De arbeidsinspectie vervult bijgevolg een sleutelrol in de werking van het stelsel van de hoofdelijke aansprakelijkheid, aangezien zij zal moeten oordelen wie de bestemmingen van deze kennisgeving zullen zijn. Zij kan oordelen deze niet enkel te sturen naar de rechtstreekse medecontractant van de persoon die in gebreke blijft de lonen te betalen, maar ook naar al diegenen die zich hoger in de keten van onderaanneming bevinden, tot en met de aanbestedende instantie. De kennisgeving kan zodoende trapsgewijs of groepsgewijs gebeuren, zodat de aanbestedende instantie niet noodzakelijk een risico inzake hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden loopt.

Bij de voormelde algemene directie Toezicht op de sociale wetten van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg, is overigens een contactpunt opgericht, waar de aanbestedende instanties terecht kunnen met praktische vragen.

Dit contactpunt kan bereikt worden op volgende wijze :

1° telefonisch : 02-233 48 15 ;

2° per email : tsw@werk.belgie.be

Overeenkomstig artikel 35/3, § 4, van de voormelde wet van 12 april 1965, neemt de hoofdelijke aansprakelijkheid een aanvang na afloop van een termijn van 14 werkdagen volgend op de kennisgeving van de arbeidsinspectie, en mag ze de termijn van 1 jaar niet overschrijden.

Praktisch gezien betekent dit voor de aanbestedende instantie die een kennisgeving van de arbeidsinspectie heeft ontvangen, dat ze over een termijn van 14 werkdagen beschikt om de gepaste maatregelen te nemen die ze nuttig acht en die in verhouding staan tot de risico's die gelopen kunnen worden. De arbeidsinspectie zal de aanvangsdatum van de periode van hoofdelijke aansprakelijkheid vermelden in de kennisgeving (artikel 49/1, 7°, Sociaal Strafwetboek). (14)

De aanbestedende instantie doet er goed aan binnen deze termijn van 14 werkdagen de gepaste maatregelen te treffen ten aanzien van de opdrachtnemer, rekening houdend met de concrete situatie en de eventuele verweermiddelen die door de opdrachtnemer worden opgeworpen. Onder punt IV.2. zal worden toegelicht dat de termijn die in artikel 44, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels, aan de opdrachtnemer gelaten wordt om zijn verweermiddelen te doen gelden, meer bepaald de termijn van 15 kalenderdagen volgend op de datum van de verzending van het proces-verbaal waarbij de inbreuk wordt vastgesteld, er in de praktijk vaak toe zal leiden dat de voormelde termijn van 14 werkdagen zal worden overschreden. De aanbestedende instanties doen er dan ook goed aan in de opdrachtdocumenten in de nodige afwijkingen op de betreffende regels van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 te voorzien (zie infra).

- certaines activités en matière d'électricité qui constituent des travaux immobiliers au sens de l'article 20, § 2, de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée ;

- certaines activités de l'ameublement et de l'industrie transformatrice du bois qui constituent des travaux immobiliers au sens de l'article 20, § 2, de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée ;

- certaines activités exercées en matière de constructions métallique, mécanique et électrique qui constituent des travaux immobiliers au sens de l'article 20, § 2, de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée ;

- activités exercées dans le secteur de l'agriculture ;

- activités exercées dans le secteur de l'horticulture ;

- activités exercées dans le secteur du nettoyage ;

- certaines activités exercées dans l'industrie alimentaire et dans le commerce alimentaire (transformation de la viande) ;

- certaines activités de transport.

Aspects procéduraux – Délai de 14 jours ouvrables

Le constat du manquement est effectué par l'Inspection du travail (la direction générale du Contrôle des lois sociales du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale). Comme déjà mentionné ci-dessus, la responsabilité solidaire pour les dettes salariales ne s'applique pas automatiquement, mais dépend d'une notification formelle spécifique de l'inspection du travail, conformément à l'article 49/1 du Code pénal social. L'inspection du travail joue à cet égard un rôle prépondérant dans le fonctionnement du régime de responsabilité solidaire vu qu'elle détermine quels seront les destinataires de cette notification. En effet, elle peut décider d'adresser celle-ci non seulement au co-contractant direct de la personne en défaut de paiement des salaires, mais aussi à tous ceux qui se situent en amont de la chaîne de sous-traitance, y compris à l'autorité adjudicatrice. La notification peut ainsi intervenir de façon échelonnée ou par tranches, de sorte que l'autorité adjudicatrice ne court pas nécessairement le risque d'être tenue solidairement responsable des dettes salariales.

Un point de contact a d'ailleurs été créé auprès de la direction générale Contrôle des lois sociales précitée du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale, auquel les autorités adjudicatrices peuvent adresser toute question pratique.

Ce point de contact est accessible par :

1° téléphone : 02-233 48 15 ;

2° courriel : cls@emploi.belgique.be

Conformément à l'article 35/3, § 4, de la loi précitée du 12 avril 1965, la responsabilité solidaire prend cours après l'expiration d'un délai de 14 jours ouvrables qui suit la notification par l'Inspection du travail et ne peut excéder un an.

En pratique, cela signifie pour l'autorité adjudicatrice ayant reçu une notification de la part de l'Inspection du travail, qu'elle dispose d'un délai de 14 jours ouvrables pour prendre les mesures appropriées qu'elle juge utiles et qui sont proportionnelles aux risques susceptibles d'être encourus. L'inspection du travail indiquera dans la notification la date de départ de la période de responsabilité solidaire (article 49/1, 7°, du Code pénal social). (14)

L'autorité adjudicatrice a tout intérêt à prendre les mesures qui s'indiquent à l'égard de l'adjudicataire dans ce délai de 14 jours ouvrables, en tenant compte de la situation concrète et des éventuels moyens de défense auxquels celui-ci recourt. Au point IV.2 ci-après, il sera exposé que le délai de 15 jours de calendrier suivant la date d'envoi par l'autorité adjudicatrice du procès-verbal de manquement - délai fixé par l'article 44, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution - pour permettre à l'adjudicataire de faire valoir ses moyens de défense, entraînera, dans la pratique, bien souvent un dépassement du délai susmentionné de 14 jours ouvrables. Les autorités adjudicatrices ont dès lors tout intérêt à prévoir dans les documents du marché, les dérogations nécessaires aux règles de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 concernées (voir infra).

Meer in het bijzonder dient de aanbestedende instantie rekening te houden met de door de opdrachtnemer geleverde bewijzen die aantonen dat de gepaste maatregelen reeds werden genomen in de lagere keten van aanneming om een einde te stellen aan de vastgestelde inbreuken.

Het bewijs van verbreking van de opdracht bijvoorbeeld, meer in het bijzonder ten opzichte van de onderaannemer bij wie de inbreuk werd vastgesteld, maakt dat deze en de eventuele onderaannemers die zich onder hem bevinden, zich losmaken uit de keten, zodat zij die zich hoger in de keten bevinden, ontsnappen aan de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden.

De hoofdelijke aansprakelijkheid inzake loonschulden is enkel van toepassing op het loon dat opeisbaar wordt na het verstrijken van de voormelde termijn van 14 werkdagen.

Zelfs al is de hierboven vermelde termijn van 14 werkdagen overschreden, dan nog kan de aanbestedende instantie beslissen om beschermende maatregelen te nemen. Enkel zal zij in dat geval haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden niet altijd meer helemaal kunnen ontlopen. In bepaalde gevallen zal de aanbestedende instantie inderdaad aangemaand kunnen worden door de betrokken werknemers, dan wel door de arbeidsinspectie.

Aanplakkingsplicht

De aanbestedende instantie die, overeenkomstig artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek, een kennisgeving ontvangt van de arbeidsinspectie, en daarbij in kennis wordt gesteld van zwaarwichtige ondervinding van het in het kader van de uitvoering van de opdracht tewerkgestelde personeel, dient steeds een afschrift van deze kennisgeving aan te plakken op de plaats van de uitvoering van de activiteiten (artikel 35/4, tweede lid, loonbeschermingswet van 12 april 1965). Op het niet-naleven van deze aanplakkingsplicht is een sanctie van niveau 2 bepaald in artikel 171/3 van het Sociaal Strafwetboek (15).

Specifieke modaliteiten in bepaalde sectoren

Artikel 35/2, § 2, van de voormelde wet van 12 april 1965 bepaalt bovendien dat de Koning ook voor de betrokken sectoren kan bepalen aan welke voorwaarden de contractuele afspraken tussen de opdrachtgevers (aangebestedende instanties), aannemers (opdrachtnemers) en verschillende onderaannemers die in hun onderlinge rechtsverhoudingen de gevolgen kunnen afspreken van de ontvangst van een door de arbeidsinspectie verrichte kennisgeving, moeten voldoen (16). De Koning heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid, zodat er in bepaalde sectoren specifieke modaliteiten van toepassing zijn.

De verschillende betrokken paritaire comités werden hieromtrent bevraagd. Wat de werken in onroerende staat betreft, werd er geen wens uitgedrukt tot beperking van de mogelijkheden voor de partijen om tot een akkoord te komen.

Wat daarentegen de schoonmaaksector, de land- en tuinbouwsector en de vleesverwerkingssector betreft, werd beslist te voorzien in specifieke modaliteiten. Deze modaliteiten moeten worden nageleefd door de aanbestedende instanties.

Voor de activiteiten die onder de schoonmaaksector vallen, wordt meer in het bijzonder bepaald dat de onmiddellijke verbreking van de contractuele verhouding zonder schadevergoeding niet mag plaatsvinden:

1° indien de in de door de arbeidsinspectie verzonden kennisgeving vermelde werknemers binnen de veertien werkdagen na de kennisgeving het nog verschuldigde deel van het loon hebben gekregen, of

2° indien de overeenkomst tussen de partij die de verbreking inroept en de partij tegen wie de verbreking wordt ingeroepen, werd gesloten onder financiële voorwaarden die de betaling van het loon waarop de werknemers van de ondernemers of onderaannemers recht hebben, manifest onmogelijk hebben gemaakt.

Deze modaliteiten zullen in de praktijk vaak de mogelijkheid voor de aanbestedende instantie beperken om de opdracht te verbreken (eenzijdig als ambtshalve maatregel, dan wel een verbreking wegens beoepsfout; zie infra).

De specifieke modaliteiten in de sectoren van de vleesverwerking en de land- en tuinbouwsector, kunnen in het kader van deze omzendbrief niet in detail worden besproken. Het valt te verwachten dat deze minder frequent door de aanbestedende instanties zullen worden toegepast, zeker wat de vleesverwerkingssector betreft. Voor meer informatie wordt verwezen naar de betreffende koninklijke uitvoeringsbesluiten (zie voetnoot 13 voor de referenties).

III.2. Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden in het kader van de uitvoering van de Europese "sanctie"-richtlijn (17)

L'autorité adjudicatrice doit plus particulièrement tenir compte des éléments de preuve apportés par l'adjudicataire qui démontrent que des mesures appropriées ont déjà été prises en aval de la chaîne de sous-traitance pour mettre fin aux infractions constatées.

La preuve de la résiliation du marché, par exemple, plus précisément à l'égard du sous-traitant auprès duquel l'infraction est constatée, a pour effet que ce dernier et les éventuels sous-traitants intervenant plus en aval de la chaîne, se détachent de celle-ci, permettant ainsi à ceux intervenant plus en amont d'échapper à la responsabilité solidaire pour les dettes salariales.

La responsabilité solidaire en matière salariale ne s'applique qu'à la rémunération qui devient exigible à l'expiration du délai de 14 jours ouvrables précité.

Néanmoins, même si le délai de 14 jours ouvrables est dépassé, l'autorité adjudicatrice peut encore prendre des mesures préventives. Dans ce cas, elle ne pourra cependant plus échapper systématiquement à sa responsabilité solidaire. En effet, dans certains cas, l'autorité adjudicatrice pourra être mise en demeure soit par les travailleurs concernés, soit par l'inspection du travail.

Obligation d'affichage

L'autorité adjudicatrice qui, conformément à l'article 49/1 du Code pénal social, reçoit une notification de l'inspection du travail l'informant de la grave sous-rémunération du personnel intervenant dans le cadre de l'exécution du marché, est toujours tenue d'afficher une copie de cette notification à l'endroit de la réalisation des activités qu'elle fait effectuer (article 35/4, alinéa 2, de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection de la rémunération). Une sanction de niveau 2 est prévue par l'article 171/3 du Code pénal social, en cas de non-respect de cette obligation d'affichage (15).

Modalités spécifiques dans certains secteurs

L'article 35/2, § 2, de la loi précitée du 12 avril 1965 permet aussi au Roi de déterminer, pour les secteurs visés, à quoi doivent satisfaire les accords contractuels entre les donneurs d'ordre (les autorités adjudicatrices), les entrepreneurs (les adjudicataires) et les divers sous-traitants qui règlent dans leurs rapports juridiques entre eux, les conséquences de la réception d'une notification émanant de l'Inspection du travail (16). Le Roi a utilisé cette faculté de sorte que dans certains secteurs, des modalités spécifiques s'appliquent.

Les différentes Commissions paritaires concernées ont été interrogées à ce sujet et il en résulte qu'en ce qui concerne les travaux immobiliers, aucun souhait n'a été émis de restreindre les possibilités d'accord entre les parties.

Par contre, pour les secteurs du nettoyage et de la transformation de la viande ainsi que le secteur agricole et horticole, il a été décidé de retenir des modalités spécifiques. Celles-ci doivent être respectées par les autorités adjudicatrices.

Pour les activités relevant du secteur du nettoyage, il est plus particulièrement prévu que la rupture immédiate de la relation contractuelle sans indemnisation ne peut avoir lieu :

1° si les travailleurs mentionnés dans la notification envoyée par l'Inspection du travail ont reçu, dans les quatorze jours ouvrables après la notification, la part de la rémunération encore due, ou

2° si la convention intervenue entre la partie qui se prévaut de la rupture et la partie contre laquelle la rupture est invoquée, a été conclue à des conditions financières qui rendaient manifestement impossible le paiement de la rémunération à laquelle ont droit les travailleurs des entrepreneurs ou sous-traitants.

En pratique, ces modalités limiteront souvent la possibilité pour l'autorité adjudicatrice de résilier le marché (unilatéralement à titre de mesure d'office, ou pour faute professionnelle; cf. infra).

Les modalités relatives aux secteurs de la transformation de la viande, et aux secteurs agricole et horticole, ne peuvent pas être traitées en détail dans cette circulaire. Il est probable que celles-ci seront moins fréquemment appliquées par les autorités adjudicatrices, en tout cas pour ce qui concerne le secteur de la transformation de la viande. Pour de plus amples informations, il est renvoyé aux arrêtés royaux d'exécution concernés (voir note de bas de page 13 pour les références).

III.2. Responsabilité solidaire en matière salariale dans le cadre de l'exécution de la Directive européenne « sanctions » (17)

Principe

De wet van 11 februari 2013 tot vaststelling van sancties en maatregelen voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, heeft gezorgd voor de omzetting in Belgisch recht van de richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. Deze wet beoogt voornamelijk het algemene verbod op tewerkstelling van onderdanen van derde landen die geen verblijfsvergunning hebben in België.

De wet voert een systeem van aansprakelijkheid in geval van tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen in. De ingevoerde regeling bestaat enerzijds in een hoofdelijke aansprakelijkheid voor het nog verschuldigde loon en anderzijds in een bijkomende strafrechtelijke sanctie zoals bepaald in artikel 175 van het Sociaal Strafwetboek. Deze problematiek zal hieronder in detail worden uiteengezet.

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de aanbestedende instantie als opdrachtgever voor het nog verschuldigde loon

Bij de wet van 11 februari 2013 werd in de artikelen 35/7 tot en met 35/13 van de wet van 12 april 1965 een specifiek systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden ingevoerd in geval van tewerkstelling in België van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen.

Dit bijzondere stelsel wijkt af van het klassieke stelsel bepaald in de artikelen 35/1 tot en met 35/6 van de wet van 12 april 1965. Het is niettemin van toepassing in alle sectoren zonder dat een koninklijk besluit vereist is om er de draagwijdte van te bepalen.

Enkel de gevolgen van deze wettelijke bepalingen voor de aanbestedende instantie zullen hieronder worden uiteengezet. Er wordt verwezen naar de website van de FOD Werkgelegenheid (18) voor meer informatie over de aansprakelijkheid van de aannemers (opdrachtnemers) en de onderaannemers. De wet maakt een onderscheid tussen de gevallen van rechtstreekse en onrechtstreekse onderaanneming om de aansprakelijkheid van de aannemers (opdrachtnemers) en de onderaannemers te bepalen.

De aanbestedende instantie die kennis heeft van de tewerkstelling door de opdrachtnemer of door de onderaannemer die rechtstreeks of onrechtstreeks (als co-contractant van een onderaannemer) optreedt na de opdrachtnemer, van een of meerdere illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, is hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van het loon dat nog verschuldigd is door de opdrachtnemer of de voormelde onderaannemer.

Voor de aanbestedende instantie wordt deze aansprakelijkheid echter slechts toegepast voor de prestaties die voor haar zijn uitgevoerd nadat zij kennis kreeg van de tewerkstelling (artikel 35/11, § 1, van de wet van 12 april 1965).

Dergelijke kennis wordt bijvoorbeeld aangetoond wanneer de aanbestedende instantie bij een kennisgeving door de arbeidsinspectie overeenkomstig artikel 49/2 van het Sociaal Wetboek vermittigd wordt van de tewerkstelling van een of meerdere illegaal verblijvende onderdanen van derde landen.

Het bewijs van deze kennis kan echter ook door eender welk ander rechtsmiddel worden geleverd.

Dit kan een belangrijke impact hebben op de aanbestedende instantie omdat zij hoofdelijk aansprakelijk zal kunnen worden gesteld zonder beperking in de tijd (in tegenstelling tot een maximumduur van een jaar volgens het klassieke stelsel) in alle sectoren, zodra ze kennis heeft genomen (en niet langer na verloop van 14 werkdagen zoals in het klassieke stelsel) van de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, door de opdrachtnemer of een onderaannemer, voor prestaties geleverd in het kader van de uitvoering van de opdracht.

Aanplakkingsplicht

De aanbestedende instantie is ertoe gehouden een afschrift van de kennisgeving inzake illegale tewerkstelling die zij ontving vanwege de arbeidsinspectie, aan te plakken op de plaats waar de illegaal verblijvende onderdanen van derde landen de bedoelde prestaties hebben verricht, indien de betrokken werkgever de aanplakking niet reeds zou hebben verricht (artikel 35/12, tweede lid loonbeschermingswet). Op het niet-naleven van deze aanplakkingsplicht is een sanctie van niveau 2 bepaald in artikel 171/3 van het Sociaal Strafwetboek.

Principe

La loi du 11 février 2013 prévoyant des sanctions et des mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour illégal a transposé en droit belge la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Cette loi a pour objectif principal l'interdiction générale de l'emploi de ressortissants de pays tiers qui n'ont pas d'autorisation de séjour en Belgique.

La loi introduit un régime de responsabilité en cas d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Le régime instauré consiste d'une part, en une responsabilité solidaire pour la rémunération encore due et d'autre part, en une sanction pénale supplémentaire prévue à l'article 175 du Code pénal social. Cette problématique sera détaillée ci-après.

Responsabilité solidaire de l'autorité adjudicatrice en tant que donneur d'ordre pour la rémunération encore due

Un régime de responsabilité solidaire salariale spécifique en cas d'occupation en Belgique de ressortissants de pays tiers en séjour illégal a été inséré par la loi du 11 février 2013 aux articles 35/7 à 35/13 de la loi du 12 avril 1965.

Ce régime particulier déroge au régime classique prévu par les articles 35/1 à 35/6 de la loi du 12 avril 1965. Il est néanmoins applicable à tous les secteurs, sans qu'un arrêté royal d'exécution soit nécessaire pour en déterminer la portée.

Seules les conséquences de ces dispositions légales sur l'autorité adjudicatrice sont exposées ci-après. Il est renvoyé au site internet du SPF Emploi (18) pour de plus amples informations au sujet de la responsabilité des entrepreneurs (adjudicataires) et des sous-traitants. La loi distingue les cas de sous-traitance directe et indirecte pour déterminer la responsabilité des entrepreneurs (adjudicataires) et des sous-traitants.

L'autorité adjudicatrice, qui a connaissance de l'occupation par l'adjudicataire ou par le sous-traitant intervenant directement ou indirectement (comme co-contractant d'un sous-traitant) auprès de l'adjudicataire, d'un ou de plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal, est solidairement responsable pour le paiement de la rémunération encore due par l'adjudicataire ou le sous-traitant précité.

Pour l'autorité adjudicatrice, cette solidarité ne s'exerce toutefois que pour les prestations effectuées à son bénéfice, après la prise de connaissance de l'occupation (article 35/11, § 1^{er}, de la loi du 12 avril 1965).

Une telle connaissance est prouvée, par exemple, lorsque l'autorité adjudicatrice est avertie, par notification effectuée par l'Inspection du travail conformément à l'article 49/2 du Code pénal social, de l'occupation d'un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

La preuve de cette connaissance peut cependant également être apportée par toutes autres voies de droit.

Ceci peut avoir un impact considérable pour l'autorité adjudicatrice car sa responsabilité solidaire pourra être engagée sans limitation de durée (contrairement à une durée maximale d'un an pour le régime classique) dans tous les secteurs, dès qu'elle a connaissance (et non plus à l'expiration d'un délai de 14 jours ouvrables comme pour le régime classique) de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal par l'adjudicataire ou un sous-traitant pour des prestations effectuées dans le cadre de l'exécution du marché.

Obligation d'affichage

L'autorité adjudicatrice qui reçoit de l'inspection du travail une notification pour occupation illégale, est tenue d'afficher une copie de cette notification au lieu où les ressortissants de pays tiers en séjour illégal ont fourni les prestations concernées, lorsque l'employeur concerné n'aurait pas déjà effectué l'affichage (article 35/12, alinéa 2, de la loi concernant la protection de la rémunération). Une sanction de niveau 2 est prévue par l'article 171/3 du Code pénal social, en cas de non-respect de cette obligation d'affichage.

Strafrechtelijke sanctie voor de aanbestedende instantie als opdrachtgever

Artikel 175 van het Sociaal Strafwetboek voorziet in een bijkomende strafrechtelijke sanctie in geval van overtreding van het verbod op tewerkstelling van onderdanen van derde landen die illegaal verblijven. Er is gekozen voor een sanctie van niveau 4 (19).

Enkel de sancties die zijn bepaald voor de aanbestedende instantie in haar hoedanigheid van opdrachtgever, worden hieronder verduidelijkt (20).

Het mechanisme is eenvoudig: de aanbestedende instantie zal kunnen worden bestraft vanaf het ogenblik dat ze kennis heeft van de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van een derde land, wanneer de begane inbreuk voortduurt na deze kennisname. Opdat deze sanctie van toepassing zou zijn, moeten de werknemers uiteraard arbeidsprestaties leveren ten voordele van de aanbestedende instantie (21).

Daarbij moet worden opgemerkt dat sommige aanbestedende instanties van een strafrechtelijke immuniteit genieten (22). Volgens een bepaalde rechtspraak kunnen mandatarissen en leidend ambtenaren evenwel strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld wanneer de rechtspersoon niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

Vergoeding voor de kosten van repatriëring en forfaitaire vergoeding voor de kosten van huisvesting, verblijf en gezondheidszorg

Overeenkomstig artikel 13 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, worden aanbestedende instanties die zich schuldig maken aan een misdrijf bedoeld in artikel 175, § 3/3 van het Sociaal Strafwetboek, bovendien hoofdelijk aansprakelijk gehouden voor de betaling van de kosten van repatriëring, alsmede van een forfaitaire vergoeding voor de kosten van huisvesting, verblijf en gezondheidszorg van de betrokken buitenlandse werknemers en van de leden van hun gezin die onwettig in België verblijven (voor 2013 betrof het een forfaitair bedrag van 190 euro per persoon en per dag).

Gelijkstelling met de werkgever

Aanbestedende instanties die hoofdelijk aansprakelijk worden geacht voor de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, worden gelijkgesteld met de werkgever voor de toepassing van bepaalde artikelen van de wet van 12 april 1965 (artikel 35/8, derde lid, wet van 12 april 1965). Het betreft meer bepaald een gelijkstelling voor de toepassing van de artikelen 3 tot 6, 10, 13 tot 16, 18 en 23 van de voormelde wet. Als gevolg hiervan zullen de aanbestedende instanties, bij elke betaling aan de betrokken werknemer, bijvoorbeeld een afrekening (loonfiche) moeten overhandigen, hetzij in papieren vorm, hetzij in elektronische vorm, overeenkomstig artikel 15 van de wet van 12 april 1965.

HOOFDSTUK IV. — De gevolgen van de toepassing van de in de vorige hoofdstukken toegelichte maatregelen op de uitvoering van opdrachten

IV.1. Algemene impact

De recente wijzigingen van de arbeidswetgeving leiden ertoe dat:

1° op de aanbestedende instanties ook een inhoudingsplicht op factuur rust wat de toezichts- en bewakingsdiensten betreft en de diensten in de vleesverwerkingssector, tenminste indien blijkt dat de opdrachtnemer sociale of fiscale schulden heeft;

2° de aanbestedende instanties een passend gevolg zullen moeten geven aan de kennisgevingen die ze ontvangen van de arbeidsinspectie, willen zij vermijden hoofdelijk aansprakelijk gesteld te worden voor de loonschulden van opdrachtnemers en/of onderaannemers in de betreffende sectoren, rekening houdend met de gepaste maatregelen die werden genomen in de lagere keten van de aanneming;

3° de aanbestedende instanties gepast zullen moeten reageren wanneer zij kennis hebben dat illegaal verblijvende onderdanen van derde landen worden tewerkgesteld in het kader van de uitvoering van een opdracht. Vanaf het moment dat zij deze kennis verkrijgen, worden ze immers hoofdelijk aansprakelijk voor de loonschulden van de illegaal tewerkgestelde werknemers. Bovendien zullen de aanbestedende instanties, tenminste zij die niet over een strafrechtelijke immuniteit beschikken, vervolgd kunnen worden. In principe zullen ze de opdracht dan ook moeten verbreken, tenzij indien zou blijken dat lager in de aannemingsketen reeds een contractverbreking is gebeurd.

Let wel, in het kader van 2° en 3° dient de aanbestedende instantie in de hiernavolgende gevallen te vermijden verdere sanctionerende maatregelen te nemen, wanneer op grond van de aangevoerde verweermiddelen blijkt en bewezen wordt dat de opdrachtnemer of een

Sanction pénale pour l'autorité adjudicatrice en tant que donneur d'ordre

Une sanction complémentaire, de nature pénale, est prévue à l'article 175 du Code pénal social en cas de violation de l'interdiction d'occuper des ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Il est opté pour une sanction de niveau 4 (19).

Seules les sanctions prévues à l'égard de l'autorité adjudicatrice, en sa qualité de donneur d'ordre, sont explicitées ci-dessous (20).

Le mécanisme est simple : l'autorité adjudicatrice pourra être sanctionnée à partir du moment où elle a connaissance du fait de l'occupation de ressortissants d'un pays tiers en séjour illégal, et que l'infraction commise persiste après cette connaissance. Bien entendu, pour que cette sanction soit applicable, les travailleurs doivent effectuer des prestations de travail au profit de l'autorité adjudicatrice (21).

Il convient de noter que certaines autorités adjudicatrices bénéficient d'une immunité pénale (22), mais une certaine jurisprudence admet la responsabilité pénale des mandataires et des fonctionnaires dirigeants à défaut de responsabilité pénale de la personne morale.

Indemnité pour les frais de rapatriement et indemnité forfaitaire pour les frais d'hébergement, de séjour et de soins de santé

Conformément à l'article 13 de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers, les autorités adjudicatrices ayant commis une infraction visée à l'article 175, § 3/3, du Code pénal social sont en outre tenues solidairement responsables du paiement des frais de rapatriement, ainsi que d'une indemnité forfaitaire pour les frais d'hébergement, de séjour et de soins de santé des travailleurs étrangers concernés et des membres de leur famille qui séjournent illégalement en Belgique (en 2013, il s'agissait d'un montant forfaitaire de 190 euros par personne et par jour).

Assimilation à l'employeur

Les autorités adjudicatrices considérées comme solidairement responsables de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal sont assimilées à l'employeur pour l'application de certains articles de la loi du 12 avril 1965 (article 35/8, alinéa 3, de la loi du 12 avril 1965). Il s'agit notamment d'une assimilation pour l'application des articles 3 à 6, 10, 13 à 16, 18 et 23 de la loi précitée. Par conséquent, les autorités adjudicatrices devront par exemple, lors de chaque paiement au travailleur concerné, remettre un décompte (fiche de salaire), soit sous format papier, soit sous format électronique, conformément à l'article 15 de la loi du 12 avril 1965.

CHAPITRE IV. — Conséquences de l'application des mesures présentées aux Chapitres précédents sur l'exécution des marchés

IV.1. Incidence générale

Les récentes modifications du droit du travail entraînent les conséquences suivantes pour les autorités adjudicatrices :

1° une obligation de retenue sur facture est également imposée aux autorités adjudicatrices pour les services de surveillance et de gardiennage ainsi que pour les services dans le secteur de la transformation de la viande, du moins s'il apparaît que l'adjudicataire a des dettes sociales ou fiscales ;

2° les autorités adjudicatrices devront donner une suite utile aux notifications qu'elles reçoivent de l'Inspection du travail, si elles souhaitent éviter de voir leur responsabilité solidaire engagée pour les dettes salariales d'adjudicataires et/ou de sous-traitants dans les secteurs concernés, en tenant compte des mesures appropriées prises en aval de la chaîne de sous-traitance ;

3° les autorités adjudicatrices devront réagir de manière appropriée lorsqu'elles sont informées du fait que des ressortissants de pays tiers en séjour illégal sont occupés dans le cadre de l'exécution d'un marché. Dès qu'elles disposent de cette information, elles deviennent en effet solidairement responsables pour les dettes salariales des travailleurs occupés illégalement. Par ailleurs, celles d'entre elles qui ne bénéficient pas d'une immunité pénale, pourront être poursuivies. En principe, elles devront donc résilier le marché, à moins qu'il puisse être établi que le contrat ait déjà été résilié en aval de la chaîne de sous-traitance.

Attention : dans le cadre des points 2° et 3°, l'autorité adjudicatrice doit éviter de prendre, dans les cas mentionnés ci-après, d'autres sanctions, lorsque les moyens de défense invoqués prouvent que l'adjudicataire ou un sous-traitant intervenant plus en aval de la chaîne

onderaannemer lager in de aannemingsketen, al tot een nuttige contractverbreking is overgegaan, zodat het duidelijk is dat de inbreuk (zwaarwichtige niet-betaling van het loon of tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen) zich niet opnieuw kan voordoen, tenminste voor zover kan worden aangetoond dat het gaat om een reële en rechtmatige verbreking.

Een contractverbreking in de onderaannemingsketen met de onderaannemer die verantwoordelijk is voor de illegale tewerkstelling of de zwaarwichtige onderverloning, zal immers de facto de ganse resterende keten beschermen met inbegrip van de aanbestedende instantie, aangezien het ook in dat geval uitgesloten is dat de inbreuk nog zou voortduren of dat nog nieuwe inbreuken kunnen worden vastgesteld ten aanzien van dezelfde onderaannemer. Indien dezelfde onderaannemer niettegenstaande de beweerde en door geen enkel bewijs ondersteunde verbreking in de praktijk echter toch zou blijven verderwerken, dan riskeert de aanbestedende instantie uiteraard alsnog aansprakelijk te worden gesteld. Vandaar dan ook dat de aanbestedende instantie er goed aan doet alle bewijzen van de contractverbreking op te vragen en te controleren. Indien de aanbestedende instantie op die manier een bewijs verkrijgt waaruit de effectieve contractverbreking blijkt, zou het wellicht excessief zijn om in dat geval toch nog tot een ambtshalve maatregel of het verbreken van de opdracht wegens beroepsfout over te gaan. Het valt niet uit te sluiten dat het nemen van deze maatregelen door de rechtbanken in dat geval zelfs zou worden gesanctioneerd.

Ook wanneer bewezen wordt dat de tekortkomingen binnen de verweermiddeltermijn van de opdrachtnemer worden hersteld, meer bepaald de betreffende werknemers alsnog werden uitbetaald, kan de aanbestedende instantie ervoor kiezen geen verdere maatregelen te nemen. In dat geval valt het risico op hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden evenwel niet helemaal te ontlopen. Meer bepaald zou de aanbestedende instantie kunnen worden aangemaand om tot betaling van bepaalde loonschulden over te gaan, volgens het hierboven beschreven mechanisme. Ingevolge de werking van artikel 12 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, zal zij echter de aldus desgevallend betaalde loonschulden, wel kunnen inhouden op de nog open te vallen facturen.

Om te vermijden dat de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt ondermijnd, zal de arbeidsinspectie de betrokken werf waarschijnlijk blijven opvolgen en verder controleren. Desgevallend kan ze opnieuw kennisgevingen versturen (23).

IV.2. Reactiemiddelen die de wetgeving overheidsopdrachten aanreikt

In wat volgt wordt verduidelijkt welke mogelijkheden de wetgeving overheidsopdrachten concreet aanreikt om als aanbestedende instantie te reageren wanneer – onder voorbehoud van de vier laatste alinea's onder punt IV.1 - blijkt dat de opdrachtnemer op zwaarwichtige wijze tekortschiet in zijn verplichting om het loon uit te betalen aan het personeel dat tewerkgesteld wordt in het kader van de uitvoering van de opdracht, of indien blijkt dat er illegalen worden tewerkgesteld. Het betreft meer bepaald de onderstaande mogelijkheden:

1° een inbreuk vaststellen op de verplichtingen van artikel 42 van de wet van 15 juni 2006, en zo nodig ook een beroep doen op de ambtshalve maatregelen bepaald in artikel 47 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies van openbare werken, nadat aan de opdrachtnemer de mogelijkheid werd geboden om zijn verweermiddelen te doen gelden (zie artikel 44, § 2, koninklijk besluit 14 januari 2013);

2° de opdracht verbreken wegens een ernstige beroepsfout in uitvoering van artikel 62, 1°, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, bepaling die verwijst naar de uitsluitingssituaties in het kader van het toegangsrecht zoals bepaald in de verschillende koninklijke besluiten plaatsing overheidsopdrachten (in welk geval de opdracht wordt vereffend in de staat waarin die zich bevindt), tenminste indien dergelijke ernstige beroepsfout in hoofde van de opdrachtnemer aangenomen kan worden;

3° het bevel geven de uitvoering van de opdracht, of althans het deel van de opdracht waarop de tekortkoming betrekking heeft, te schorsen;

4° de uitsluiting voor bepaalde tijd van de eigen opdrachten, overeenkomstig artikel 48 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 en/of indien het een aannemer van werken betreft, een voorstel van sanctie overeenkomstig van artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

de sous-traitance a déjà utilement résilié le contrat, rendant ainsi impossible toute nouvelle infraction (non-paiement grave de la rémunération ou occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal), du moins pour autant qu'il puisse être démontré qu'il s'agit d'une résiliation réelle et légitime.

En effet, toute résiliation du contrat dans la chaîne de sous-traitance avec le sous-traitant responsable de l'occupation illégale ou de la grave sous-rémunération protégera de facto l'ensemble de la chaîne restante, y compris l'autorité adjudicatrice, vu qu'il est également exclu dans ce cas que l'infraction persiste ou que de nouvelles infractions soient constatées à l'égard du même sous-traitant. Si ce même sous-traitant continue toutefois à travailler malgré la prétendue résiliation, qui n'est étayée par aucun moyen de preuve, l'autorité adjudicatrice risque évidemment encore de voir sa responsabilité engagée. C'est pourquoi celle-ci a tout intérêt à demander et à contrôler toutes les preuves de la résiliation du contrat. Si elle obtient de cette manière la preuve attestant la résiliation effective du contrat, il serait probablement excessif de procéder néanmoins à une mesure d'office ou à la résiliation du marché pour faute professionnelle. Il n'est pas exclu que la mise en œuvre de ces mesures soit sanctionnée par les tribunaux.

L'autorité adjudicatrice peut aussi choisir de ne pas prendre d'autres mesures, lorsqu'il est prouvé que les manquements ont été réparés dans le délai accordé à l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense, et plus précisément que les travailleurs concernés ont été payés. Dans ce cas, elle n'échappera toutefois pas totalement au risque d'être tenue solidairement responsable des dettes salariales. Plus précisément, l'autorité adjudicatrice pourrait être sommée de payer certaines dettes salariales selon le mécanisme décrit ci-dessus. Néanmoins, en vertu de l'article 12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, elle pourra toutefois retenir les dettes salariales éventuellement payées sur les factures exigibles.

Afin d'éviter que la responsabilité solidaire ne soit mise à mal, l'inspection du travail continuera probablement à suivre et à contrôler le chantier concerné. Le cas échéant, elle pourra à nouveau envoyer des notifications (23).

IV.2. Moyens de réaction prévus par la législation relative aux marchés publics

Ci-dessous seront précisées les possibilités de réaction concrètes prévues par la législation relative aux marchés publics pour les autorités adjudicatrices – sous réserve des quatre derniers alinéas du point IV.1 - en cas de manquement grave par l'adjudicataire à son obligation de payer la rémunération du personnel occupé dans le cadre de l'exécution du marché, ou en cas d'occupation de travailleurs illégaux. Il s'agit plus précisément des possibilités suivantes :

1° constatation d'un manquement aux obligations de l'article 42 de la loi du 15 juillet 2006 et, si nécessaire, recours aux mesures d'office prévues par l'article 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, après que l'adjudicataire ait eu la possibilité de faire valoir ses moyens de défense (voir article 44, § 2, arrêté royal du 14 janvier 2013) ;

2° résiliation du marché pour faute professionnelle grave en exécution de l'article 62, 1°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, disposition qui se réfère aux situations d'exclusion en matière de droit d'accès telles que prévues par les arrêtés royaux relatifs à la passation des marchés publics (dans ce cas, le marché est liquidé dans l'état dans lequel il se trouve), du moins si une telle faute grave peut être retenue dans le chef de l'adjudicataire ;

3° ordonner la suspension de l'exécution du marché, ou du moins, de la partie du marché concernée par le manquement ;

4° exclusion de ses propres marchés, pour une durée déterminée, conformément à l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et/ou si cela concerne un entrepreneur de travaux, une proposition de sanction conformément à l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux.

Het is ook mogelijk dat de aanbestedende instantie, op grond van de aangevoerde verweermiddelen, beslist dat er geen maatregel moet worden genomen, omdat blijkt dat de opdrachtnemer of een onderneming lager in de aannemingsketen, al tot een contractverbreking (met een onderaannemer) is overgegaan, zodat het duidelijk is dat de inbreuk (zwaarwichtige niet-betaling van het loon of tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen) zich niet opnieuw kan voordoen of kan voortduren.

Het is ook mogelijk dat blijkt dat de tekortkomingen werden hersteld binnen de termijn waarbinnen de opdrachtnemer zijn verweermiddelen kenbaar kan maken, meer bepaald dat blijkt dat de betrokken werknemers correct worden uitbetaald. Ook in dat geval kan de aanbestedende instantie oordelen dat het niet aangewezen is een maatregel te nemen (in dat geval valt wel niet uit te sluiten dat de aanbestedende instantie hoofdelijk aansprakelijk zou worden gesteld voor de latere loonschulden die opnieuw niet zouden zijn uitbetaald, volgens het reeds besproken mechanisme).

Wat de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen betreft, zal de aanbestedende instantie alleszins een erg voorzichtige houding aan de dag dienen te leggen, gelet op het risico dat zij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld (voor zover ze niet over een strafrechtelijke immuniteit beschikt, zie voetnoot 22).

Deze diverse mogelijkheden en ook de voorwaarden die ter zake van toepassing zijn voor de aanbestedende instantie, worden onder de punten IV.4 tot IV.9 meer in detail besproken, onder voorbehoud van de hierboven reeds aangehaalde gevallen waarbij het niet raadzaam is voor de aanbestedende instantie om maatregelen te nemen.

IV.3. Mogelijkheid om clausules in de opdrachtdocumenten op te nemen die de risico's voor de aanbestedende instantie nog verder beperken

Bepaalde clausules kunnen in de bestekken worden opgenomen om de risico's voor de aanbestedende instanties maximaal te beperken, ook in de gevallen waarbij de opdracht niet wordt verbroken (de meest radicale aanpak blijft evenwel de verbreking van de overeenkomst tussen de aanbestedende instantie en haar opdrachtnemer via een eenzijdige verbreking als ambtshalve maatregel of een verbreking van de opdracht wegens ernstige beroepsfout).

Zoals hierboven reeds gesteld, is de verbreking van de opdracht in bepaalde gevallen niet aangewezen, bijvoorbeeld omdat op een lagere plaats in de onderaannemingsketen reeds bepaalde corrigerende maatregelen zijn getroffen. Dergelijke corrigerende maatregelen kunnen bijvoorbeeld bestaan in het verbreken van de overeenkomst met de onderaannemer die in gebreke bleef op het vlak van de uitbetaling van het loon of de formaliteiten omtrent de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten, dan wel in het regulariseren van de toestand (uitbetalen van het achterstallige loon). Door het inlassen van bepaalde clausules kunnen aanbestedende instanties de impact van bepaalde negatieve gevolgen beperken wanneer zou blijken dat ondanks de genomen corrigerende maatregelen, de hoofdelijke aansprakelijkheid toch niet helemaal kan worden afgewend.

Ten eerste kan de aanbestedende instantie erop toezien dat de verschillende overeenkomsten tussen de opdrachtnemer en een onderaannemer alsook tussen de onderaannemers onderling, bewarende clausules bevatten die de toegang tot de bouwplaats (of de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd) verbieden aan ondernemingen die een kennisgeving hebben ontvangen van de arbeidsinspectie overeenkomstig de artikelen 49/1 of 49/2 van het Sociaal Strafwetboek

Voorbeelden van dergelijke clausules worden in bijlage 1 en 2 gevoegd. Bijlage 1 omvat een voorbeeld van een clausule die, desgevallend mits aanpassing volgens de noden van de opdracht, opgenomen kan worden in de opdrachtdocumenten om de toegang tot de plaats van uitvoering van de opdracht te ontzeggen en de verdere uitvoering van de opdracht te verhinderen, zodra de betrokken werkgever (opdrachtnemer of onderaannemer) een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land tewerk blijkt te stellen.

In bijlage 2 wordt een voorbeeld van een clausule aangereikt waarbij de toegang tot de plaats van uitvoering van de opdracht wordt ontzegd alsook de verdere uitvoering van de opdracht wordt verhinderd, zodra blijkt dat de werkgever op zwaarwichtige wijze tekortschiet in zijn verplichting het aan zijn werknemers verschuldigde loon tijdig te betalen.

Beide voormelde clausules zullen er bovendien toe leiden dat de aanbestedende instantie minder frequent genooddaakt zal zijn tot het geven van het bevel de uitvoering van de opdracht, of het betreffende deel ervan, volledig te schorsen.

Par ailleurs, il se peut que l'autorité adjudicatrice décide, sur la base des moyens de défense invoqués, qu'il n'y a pas lieu de prendre de mesure car il s'avère que l'adjudicataire, ou une entreprise intervenant en aval de la chaîne de sous-traitance, a déjà résilié le contrat (avec un sous-traitant), rendant ainsi impossible toute reproduction ou persistance de l'infraction (non-paiement grave de la rémunération ou occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal).

Il est également possible que les manquements soient réparés durant le délai dont dispose l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense et plus précisément que les travailleurs en cause aient été payés correctement. Dans ce cas également, l'autorité adjudicatrice peut estimer inopportun de prendre une mesure (en l'espèce, il ne faut cependant pas exclure que l'autorité adjudicatrice puisse devenir solidairement responsable des dettes salariales ultérieures qui resteraient à nouveau impayées, selon le mécanisme déjà évoqué).

S'agissant de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, l'autorité adjudicatrice devra faire preuve d'une approche très prudente, vu le risque d'être tenue pénalement responsable (pour autant qu'elle ne bénéficie pas d'une immunité pénale, cf. note de bas de page 22).

Ces différentes possibilités ainsi que les conditions applicables en la matière pour l'autorité adjudicatrice sont abordées plus en détail aux points IV.4 à IV.9, sous réserve des cas mentionnés ci-avant où il n'est pas opportun pour l'autorité adjudicatrice de prendre des mesures.

IV.3. Possibilité d'insérer des clauses dans les documents du marché afin de limiter davantage les risques encourus par l'autorité adjudicatrice

Certaines clauses peuvent être introduites dans les cahiers spéciaux des charges afin de permettre aux autorités adjudicatrices de limiter au maximum les risques encourus, et ce, également dans les cas où le contrat n'est pas résilié (l'approche la plus radicale reste néanmoins la rupture pure et simple de la convention liant l'autorité adjudicatrice à son adjudicataire via une résiliation unilatérale en tant que mesure d'office ou une résiliation du marché pour faute professionnelle grave).

Comme précisé ci-dessus, il n'est pas indiqué, dans certains cas, de résilier le marché, par exemple lorsque certaines mesures correctrices ont déjà été prises en aval de la chaîne de sous-traitance. Ces mesures correctrices peuvent, par exemple, consister en la résiliation du contrat avec le sous-traitant qui a manqué à son obligation de payer la rémunération, en l'accomplissement de formalités relatives à l'occupation de main-d'œuvre étrangère, ou encore en la régularisation de la situation (paiement des arriérés de salaires). L'insertion de telles clauses permet aux autorités adjudicatrices de limiter l'impact de certaines conséquences, lorsque la responsabilité solidaire ne peut pas être totalement évitée malgré l'adoption de mesures correctrices.

Premièrement, l'autorité adjudicatrice peut veiller à ce que les différentes conventions liant l'adjudicataire avec un sous-traitant et les sous-traitants entre eux prévoient des clauses conservatoires interdisant l'accès au chantier (ou l'endroit où le marché est exécuté) aux entreprises ayant reçu une notification émanant de l'inspection du travail en application des articles 49/1 ou 49/2 du Code pénal social.

Des exemples de telles clauses sont reproduits dans les annexes 1 et 2. L'annexe 1 contient un exemple de clause qui, le cas échéant moyennant quelques adaptations selon les besoins du marché, peut être insérée dans les documents du marché pour interdire l'accès au lieu d'exécution du marché et empêcher la poursuite de celui-ci, dès qu'il s'avère que l'employeur concerné (adjudicataire ou sous-traitant) occupe un ressortissant de pays tiers en séjour illégal.

L'annexe 2 donne un exemple de clause interdisant l'accès au lieu d'exécution du marché et empêchant la poursuite de celui-ci, dès qu'il s'avère que l'employeur concerné manque gravement à son obligation de payer dans les délais, à ses travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit.

Par ailleurs, les deux clauses précitées auront pour effet que l'autorité adjudicatrice sera moins fréquemment contrainte d'ordonner la suspension totale de l'exécution du marché, ou de la partie concernée de celui-ci.

De opdrachtdocumenten kunnen er tevens in voorzien dat de opdrachtnemer instaat voor een continue opvolging en controle van de in gebreke gebleven onderaannemer, met inbegrip van een verplichting tot maandelijks rapportering aan de opdrachtgever.

Het kan ook nuttig zijn om voor de rechtsverhouding met de opdrachtnemer in een clausule inzake contractuele aansprakelijkheid te voorzien op basis waarvan deze aansprakelijk kan worden gesteld voor alle bedragen die van de aanbestedende instantie zouden worden gevorderd in het kader van de toepassing van de regelgeving betreffende de hoofdelijke aansprakelijkheid.

Dergelijke clausules kunnen verschillende vormen aannemen, naargelang al dan niet in een borgstelling is/moet worden voorzien en afhankelijk de vormen van hoofdelijke aansprakelijkheid die men al dan niet wil omvatten met deze clausule. In het kader van deze omzendbrief kan evenwel niet voor alle mogelijke toepassingsgevallen een clausule worden uitgewerkt.

Tot slot kan het aangewezen zijn om in de opdrachtdocumenten een bepaling op te nemen waarmee de opdrachtnemer ertoe wordt verplicht in de eventuele onderaannemingsovereenkomsten een clausule op te nemen op grond waarvan deze overeenkomst met de betrokken onderaannemer eenzijdig kan worden verbroken, indien zou blijken dat ten aanzien van deze onderaannemer een kennisgeving in uitvoering van de artikelen 49/1 of 49/2 van het Sociaal Strafwetboek werd opgesteld omwille van het tekortkomen van deze laatste aan zijn verplichtingen (zwaarwichtige onderverloping of tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen). Het betreft een variant op de typeclausules die in de bijlagen 1 en 2 zijn opgenomen.

IV.4. Inbreuk op artikel 42 van de wet van 15 juni 2006 - Ambtshalve maatregelen, meer bepaald de eenzijdige verbreking of uitvoering in eigen beheer dan wel het sluiten van een nieuwe overeenkomst

Algemeen

In artikel 42 van de wet van 15 juni 2006 worden de sociale en fiscale verplichtingen voor de opdrachtnemer behandeld. Zo is in artikel 42, § 1, 1^o, samen te lezen met artikel 42, § 2, bepaald dat de opdrachtnemer alle wettelijke, reglementaire of conventionele bepalingen moet naleven en doen naleven door elke persoon die handelt als onderaannemer in welke fase ook, zowel inzake het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk als inzake de algemene arbeidsvoorwaarden. De uitbetaling van het loon valt onder deze algemene arbeidsvoorwaarden. Een opdrachtnemer die zijn verplichting zijn personeel uit te betalen niet naleeft, begaat een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van artikel 42 van de wet van 15 juni 2006. Ook een opdrachtnemer die weliswaar zijn werknemers zelf correct betaalt, maar er niet in slaagt de wettelijke verplichting tot uitbetaling van het loon te doen naleven door zijn onderaannemer of nog een verdere onderaannemer van deze laatste (enzoverder), zal in bepaalde gevallen een tekortkoming begaan, meer bepaald wanneer kan aangetoond worden dat hij heeft nagelaten de nodige maatregelen te treffen om aan de inbreuk een eind te laten stellen, wat veronderstelt dat kan aangetoond worden dat hij van de betreffende inbreuk op de hoogte was.

Een opdrachtnemer die door de arbeidsinspectie overeenkomstig artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek in kennis wordt gesteld van de omstandigheid dat een onderaannemer in de aannemingsketen op zwaarwichtige wijze is tekortgeschoten in zijn verplichting het loon uit te betalen, wordt uit de aard der zaak geacht minstens vanaf dat ogenblik op de hoogte te zijn geweest. Hetzelfde geldt wanneer een opdrachtnemer een proces-verbaal ontvangt waarin de tekortkoming op vlak van de verplichting om het loon uit te betalen, wordt vastgesteld door de aanbestedende instantie, en waarin bijvoorbeeld verwezen wordt naar een kennisgeving die deze laatste zou hebben ontvangen van de arbeidsinspectie (24).

In artikel 42, § 1, 3^o, dat alleen van toepassing is op de opdrachten voor werken, wordt nog de verplichting toegevoegd voor de aannemer (opdrachtnemer) om het loon van het personeel van de onderaannemers dat op de bouwplaats heeft gewerkt te betalen, alsook de bijdragen voor de sociale zekerheid en de bedrijfsvoorheffing, wanneer tenminste blijkt dat er loonachterstallen te betalen blijven voor dit personeel, alsook bijdragen voor de sociale zekerheid en bedrijfsvoorheffing.

Er kan worden besloten dat indien een aanbestedende instantie, overeenkomstig artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek, een kennisgeving van de arbeidsinspectie ontvangt waarin gesteld wordt dat zijn opdrachtnemer of de na deze laatste komende onderaannemer op zwaarwichtige wijze tekortschiet in zijn verplichting om het loon te

Les documents du marché peuvent également prévoir que l'adjudicataire assure un suivi et un contrôle permanents du sous-traitant en défaut d'exécution, y compris l'obligation d'adresser un rapport mensuel au donneur d'ordre.

De même, il peut être utile pour la relation juridique avec l'adjudicataire, de prévoir une clause de responsabilité contractuelle sur base de laquelle ce dernier peut être tenu responsable de tous les montants qui seraient réclamés à l'autorité adjudicatrice dans le cadre de l'application des réglementations concernant la responsabilité solidaire.

Ces clauses peuvent prendre plusieurs formes, selon que le cautionnement a ou non été prévu/doit ou non être prévu, mais aussi selon le choix opéré entre les différentes formes de responsabilité solidaire. Le cadre de cette circulaire ne permet toutefois pas d'élaborer une clause pour tous les cas d'application possibles.

Enfin, il peut être indiqué d'inclure dans les documents du marché, une disposition obligeant l'adjudicataire à insérer, dans les éventuels contrats de sous-traitance, une clause stipulant que ce contrat avec le sous-traitant concerné peut être résilié unilatéralement, s'il devait apparaître que ce sous-traitant a fait l'objet d'une notification en exécution des articles 49/1 ou 49/2 du Code pénal social en raison d'un manquement à ses obligations (grave sous-rémunération ou occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal). Il s'agit d'une variation par rapport aux clauses types figurant aux annexes 1 et 2.

IV.4. Manquement à l'article 42 de la loi du 15 juin 2006 - Mesures d'office, à savoir la résiliation unilatérale ou l'exécution en régie ou encore la conclusion d'un nouveau marché

Généralités

L'article 42 de la loi du 15 juin 2006 traite des obligations sociales et fiscales de l'adjudicataire. Il est ainsi prévu à l'article 42, § 1^{er}, 1^o, à lire conjointement avec l'article 42, § 2, que l'adjudicataire est tenu de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit, toutes dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles aussi bien en matière de bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail qu'en ce qui concerne les conditions générales de travail. Le paiement de la rémunération étant soumis à ces conditions générales de travail, un adjudicataire qui ne respecte pas son obligation de payer la rémunération à son personnel, commet un manquement aux obligations imposées par l'article 42 de la loi du 15 juin 2006. De même, un adjudicataire qui rémunère correctement ses travailleurs mais qui ne parvient pas à faire respecter par son sous-traitant ou un sous-traitant intervenant plus en aval de la chaîne (et ainsi de suite) l'obligation légale de payer la rémunération, commettra dans certains cas un manquement, plus particulièrement lorsqu'il peut être démontré qu'il a omis de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à l'infraction, dans l'hypothèse où il peut être démontré qu'il était au courant de l'infraction concernée.

Un adjudicataire qui, conformément à l'article 49/1 du Code pénal social, est informé par l'inspection du travail de ce qu'un sous-traitant intervenant dans la chaîne de sous-traitance a manqué gravement à son obligation de payer la rémunération, est, par définition, censé avoir été au courant, du moins à partir de ce moment. Il en va de même lorsqu'un adjudicataire reçoit un procès-verbal dans lequel le manquement à l'obligation de payer la rémunération est constaté par l'autorité adjudicatrice, et qui renvoie par exemple à une notification que l'inspection du travail aurait transmise à cette dernière (24).

L'article 42, § 1^{er}, 3^o, qui n'est applicable que pour les seuls marchés de travaux, prévoit encore l'obligation pour l'entrepreneur (adjudicataire) de payer le salaire du personnel des sous-traitants occupés sur le chantier ainsi que les cotisations de sécurité sociale et le précompte professionnel pour le personnel dans la mesure où il reste des arriérés de salaire à payer et des dettes sociales et fiscales non acquittées.

On peut conclure que, si une autorité adjudicatrice reçoit une notification de l'Inspection du travail, conformément à l'article 49/1 du Code pénal social, qui atteste que son adjudicataire ou le sous-traitant intervenant après ce dernier a manqué gravement à son obligation de payer la rémunération, cela constitue également une infraction à

betalen, dit ook een inbreuk vormt op artikel 42 van de wet van 15 juni 2006, tenminste indien de opdrachtnemer zou nalaten de nodige maatregelen te treffen of te laten treffen.

De aanbestedende instantie is dan ook gerechtigd, overeenkomstig artikel 44, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, een proces-verbaal op te maken waarin de tekortkoming wordt vastgesteld, waarbij zij zich natuurlijk zal kunnen steunen op de kennisgeving die zij ontving van de arbeidsinspectie (waarnaar kan worden verwezen).

De aanbestedende instantie doet er goed aan *onverwijld* dit proces-verbaal op te maken en daarvan een afschrift toe te sturen naar de opdrachtnemer bij aangetekende zending en tegelijkertijd via elektronische middelen (immers loopt reeds de termijn van 14 werkdagen ten aanzien van de aanbestedende instantie).

Dezelfde werkwijze moet worden gevolgd indien de aanbestedende instantie er kennis van krijgt dat de opdrachtnemer of de na hem komende onderaannemer illegalen tewerkstelt.

Indien de opdrachtnemer nalaat de nodige maatregelen te nemen of te laten nemen, kan dit aanleiding geven tot de toepassing van de maatregelen in geval van inbreuken op de bepalingen van de overheidsopdrachten (artikel 42, § 5, wet 15 juni 2006 en artikel 41, § 5, wet defensie en veiligheid van 13 augustus 2011). In de mate geen gepaste maatregelen werden getroffen in de lagere keten van aanneming, kan meer bepaald toepassing worden gemaakt van artikel 47, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, waarin de ambtshalve maatregelen die door de aanbestedende instantie kunnen worden genomen, worden opgesomd. Het betreft in de eerste plaats het eenzijdig verbreken van de opdracht, in welk geval de aanbestedende instantie van rechtswege het geheel van de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding verwerft (of bij gebrek aan borgstelling een equivalent bedrag).

Een andere ambtshalve maatregel is de uitvoering in eigen beheer van de opdracht voor het geheel of een deel.

Ten slotte kan de aanbestedende instantie ook één of meerdere opdrachten sluiten voor rekening van één of meerdere derden.

De uitvoering in eigen beheer en het laten uitvoeren van de opdracht door een nieuwe opdrachtnemer gebeurt op kosten en risico van de in gebreke gebleven opdrachtnemer. Wanneer de prijs van de uitvoering in eigen beheer of deze van de nieuwe overeenkomst, welke voor rekening werd gesloten, hoger is dan die van de oorspronkelijke opdracht, draagt de in gebreke gebleven opdrachtnemer de meerkosten. In het tegenovergestelde geval komt het verschil ten goede van de aanbestedende instantie (artikel 47, § 4, koninklijk besluit van 14 januari 2013). Op te merken valt dat sommige van de ambtshalve maatregelen cumuleerbaar zijn (het gaat om de uitvoering in eigen beheer enerzijds en het sluiten van een overeenkomst voor rekening van een derde anderzijds, die beiden kunnen worden toegepast voor onderscheiden delen van de opdracht).

Er zij op gewezen dat de aanbestedende instantie, opdat ambtshalve maatregelen zouden mogen worden genomen, eerst het verstrijken van de in artikel 44, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 bedoelde termijn moet afwachten (het betreft de termijn waarover de opdrachtnemer beschikt om zijn verweermiddelen te doen gelden, termijn die (tenzij ervan wordt afgeweken) is bepaald op 15 kalenderdagen). Er mag worden aangenomen dat deze bepaling ook van toepassing is indien een aanbestedende instantie een ambtshalve maatregel wenst te nemen in uitvoering van artikel 42 van de wet van 15 juni 2006.

De in artikel 44, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 bedoelde termijn van 15 kalenderdagen gedurende dewelke de in gebreke blijvende opdrachtnemer zijn verweermiddelen kan doen gelden, zal er – behalve afwijking (cf. supra) - vaak toe leiden dat de aanbestedende instantie er niet in zal slagen de opdracht te verbreken binnen de 14 werkdagen na de kennisgeving van de arbeidsinspectie, temeer daar deze laatste termijn reeds ingaat de dag volgend op de verzending van de kennisgeving en de zaterdag daarbij als een werkdag wordt aanzien, zoals algemeen gangbaar is in het arbeidsrecht. Ook zal de termijn van 15 kalenderdagen hinderlijk lang zijn indien de aanbestedende instantie vaststelt of er kennis van krijgt dat illegale onderdanen van derde landen worden tewerkgesteld.

Overeenkomstig artikel 9, § 4, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 bestaat de mogelijkheid om de termijn te wijzigen die aan de opdrachtnemer wordt gelaten om zijn verweermiddelen te formuleren, door middel van een afwijking in de opdrachtdocumenten. Dergelijke afwijkingen moeten uitdrukkelijk worden gemotiveerd in de opdrachtdocumenten (zo niet wordt de afwijking in kwestie voor niet-geschreven gehouden). De afwijkingen waarvan hier sprake hebben betrekking op de artikelen 44, § 2 en 47, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

l'article 42 de la loi du 15 juin 2006, du moins si l'adjudicataire omet de prendre ou de faire prendre les mesures nécessaires.

Conformément à l'article 44, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, l'autorité adjudicatrice est, dès lors, en droit de dresser un procès-verbal constatant le manquement, pour lequel elle pourra évidemment s'appuyer sur la notification transmise par l'inspection du travail (et ainsi y faire référence).

L'autorité adjudicatrice a tout intérêt à rédiger *sans délai* ce procès-verbal et à en envoyer une copie à l'adjudicataire par envoi recommandé et en même temps par des moyens électroniques (le délai de 14 jours ouvrables est en effet toujours applicable à l'égard de l'autorité adjudicatrice).

Le même procédé doit être suivi si l'autorité adjudicatrice est informée du fait que l'adjudicataire ou le sous-traitant intervenant après lui occupe des illégaux.

L'adjudicataire qui omet de prendre ou de faire prendre les mesures nécessaires peut faire l'objet des mesures prévues en cas d'infractions aux dispositions relatives aux marchés publics (l'article 42, § 5, de la loi du 15 juin 2006 et l'article 41, § 5, de la loi défense et sécurité du 13 août 2011). Dans la mesure où aucune mesure appropriée n'a été prise en aval de la chaîne de sous-traitance, l'article 47, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 peut notamment être appliqué. Cet article énumère les mesures d'office que peut prendre l'autorité adjudicatrice. Elles ont en premier lieu trait à la résiliation unilatérale du marché. Dans ce cas, la totalité du cautionnement (ou à défaut de constitution de celui-ci, un montant équivalent), est acquise de plein droit par l'autorité adjudicatrice à titre de dommages et intérêts forfaitaires.

Une autre mesure d'office consiste en l'exécution en régie de tout ou partie du marché non exécuté.

Enfin, l'autorité adjudicatrice peut également conclure un ou plusieurs marchés pour compte avec un ou plusieurs tiers.

L'exécution en régie et l'attribution du marché à un nouvel adjudicataire ont lieu aux frais et risques de l'adjudicataire en défaut d'exécution. Lorsque le prix de l'exécution en régie ou du marché pour compte dépasse le prix du marché initial, l'adjudicataire en défaut d'exécution en supporte le coût supplémentaire. Dans le cas inverse, la différence est acquise à l'autorité adjudicatrice (article 47, § 4, arrêté royal du 14 janvier 2013). Il convient de noter que certaines mesures d'office sont cumulables (il s'agit de l'exécution en régie d'une part et de la conclusion d'un marché pour compte d'autre part, lesquelles peuvent toutes les deux s'appliquer à des parties distinctes du marché).

Il convient de souligner que, pour pouvoir recourir aux mesures d'office, l'autorité adjudicatrice doit d'abord attendre l'expiration du délai mentionné à l'article 44, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (il s'agit du délai dont dispose l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense, délai qui – sauf s'il y est dérogé – est fixé à 15 jours calendrier). On peut supposer que cette disposition est également applicable si une autorité adjudicatrice souhaite recourir à une mesure d'office en exécution de l'article 42 de la loi du 15 juin 2006.

Bien souvent, le délai de 15 jours calendrier prévu – sauf dérogation (cf. supra) – par l'article 44, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 pour permettre à l'adjudicataire en défaut, de présenter ses moyens de défense ne permettra pas à l'autorité adjudicatrice de résilier le marché dans les 14 jours ouvrables suivant la notification de l'Inspection du travail, d'autant plus que ce dernier délai prend déjà cours le lendemain de l'envoi de la notification et que le samedi est de surcroît considéré comme un jour ouvrable, comme c'est généralement le cas dans le droit du travail. De plus, le délai de 15 jours calendrier s'avèrera fâcheusement long si l'autorité adjudicatrice constate ou est informée de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

Conformément à l'article 9, § 4, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, il est possible de modifier, par le biais d'une dérogation dans les documents du marché, le délai laissé à l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense mais à condition de le motiver expressément dans les documents du marché (si ce n'est pas le cas, la dérogation en question est réputée non écrite). Les dérogations dont il peut être question ici, concernent les articles 44, § 2 et 47, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

Afwijkingsclausule

Het valt aan te raden de in bijlage 3 opgenomen afwijking (met bijhorende motivering) of een gelijksoortige afwijking, op te nemen in de opdrachtdocumenten, en dit om ervoor te zorgen dat de aanbestedende instantie de mogelijkheid blijft hebben om tijdig de opdracht te verbreken als ambtshalve maatregel. De artikelen waarvan afgeweken wordt (artikel 44, § 2 en artikel 47, § 1) moeten, overeenkomstig artikel 9, § 4, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, vooraan in het bestek worden vermeld. Zij moeten tevens uitdrukkelijk worden gemotiveerd.

De opdracht al dan niet eenzijdig verbreken?

De aanbestedende instantie kan er in bepaalde gevallen voor kiezen om de opdracht niet eenzijdig te verbreken, zelfs indien zij in het kader van de toepassing van de wet van 12 april 1965 met betrekking tot de bescherming van het loon der werknemers een kennisgeving ontvangt van de arbeidsinspectie waaruit blijkt dat de opdrachtnemer of onderaannemer op zwaarwichtige wijze tekortschiet in zijn verplichting om het loon te betalen, en zelfs al laat de opdrachtnemer na om deze situaties te verhelpen binnen de desgevallend verkorte (zie supra) verweermiddeltermijn (lees, de betrokken werknemers correct uit te betalen of te laten uitbetalen). Indien het verbreken van de opdracht of het nemen van andere ambtshalve maatregelen (uitvoering in eigen regie of voor rekening van een derde) aanleiding zou geven tot bijzondere praktische moeilijkheden, dan kan dit de aanbestedende instantie er bijvoorbeeld toe nopen geen dergelijke maatregel te nemen. In dat geval zal de aanbestedende instantie wel zijn hoofdelijke aansprakelijkheid niet volledig kunnen ontlopen, al zal die binnen bepaalde grenzen blijven. Zo zal de hoofdelijke aansprakelijkheid van de aanbestedende instantie voor het voldoen van de loonschulden slechts betrekking hebben op de schulden die openvallen na de veertiende werkdag na verzending van de kennisgeving van de arbeidsinspectie, en dan nog slechts voor het niet-betaalde gedeelte van het verschuldigde loon voor de prestaties die geleverd werden in het raam van betreffende opdracht (toepassing van artikel 35/3, § 2 en § 3, van de loonbeschermingswet, die in een verschillende invorderingsmethode voorziet ingeval de aanbestedende instantie wordt aangesproken door de arbeidsinspectie of een getroffen werknemer om tot uitbetaling over te gaan).

De hoofdelijke aansprakelijkheid blijft dus binnen bepaalde perken. Ook indien de aanbestedende instantie de opdracht laattijdig verbreekt (daaronder wordt verstaan na het verstrijken van de termijn van 14 werkdagen na de verzending van de kennisgeving van de arbeidsinspectie), dan spreekt het voor zich dat na de verbreking evenmin nog prestaties zullen worden geleverd die kaderen binnen de opdracht, zodat na verloop van één dan wel twee maanden, er normaliter geen nieuwe loonschulden meer opeisbaar kunnen worden.

Er zij nogmaals op gewezen dat het mechanisme van hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden slechts in werking kan worden gesteld voor zij die een kennisgeving ontvingen vanwege de arbeidsinspectie overeenkomstig artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek. Bovendien moeten slechts diegenen die worden aangemaand door de arbeidsinspectie of een betrokken werknemer om tot betaling over te gaan, effectief tot betaling overgaan. Ook wat de aanmaning betreft, beschikt de arbeidsinspectie over een sleutelrol, aangezien niet alle in kennis gestelden tegelijk door hen aangemaand kunnen worden.

Bij de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen gaat het echter om een bijzonder ernstige inbreuk, die de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de aanbestedende instantie in het gedrang kan brengen (voor zover zij niet over een strafrechtelijke immuniteit beschikt), zodra zij op de hoogte is van deze illegale tewerkstelling (voor de inbreuken begaan vanaf het moment dat zij over deze informatie beschikt; artikel 175, § 3/3, van het Sociaal Strafwetboek). Bovendien kunnen hier uit de aard der zaak door de opdrachtnemer minder verweermiddelen worden geformuleerd. De aanbestedende instantie zal de facto bijna altijd de opdracht dienen te verbreken, tenzij wanneer zij zich via de opdrachtnemer ervan heeft verzekerd dat de opdrachtnemer of een onderneming die lager in de aannemingsketen tussenkomt, reeds een overeenkomst heeft verbroken, zodat het uitgesloten is dat nog inbreuken zouden worden begaan.

Omgaan met bijzondere modaliteiten in de schoonmaaksector (en vleesverwerkingssector) - de eis dat niet verbroken kan worden indien de betrokken werknemers toch uitbetaald werden binnen de termijn van 14 werkdagen

In de sector van de schoonmaakdiensten en de vleesverwerkingssector geldt dat de opdrachtgevers, wanneer zij contractueel voorzien hebben in de onmiddellijke verbreking zonder vergoeding van hun contractuele verhoudingen in geval van kennisgeving in de zin van 49/1 van het Sociaal Strafwetboek, de verbreking toch niet kan ingaan

Clause dérogatoire

Il est recommandé de prévoir dans les documents du marché, la dérogation proposée à l'annexe 3 (et la motivation y afférente) ou une dérogation similaire et ce, afin de s'assurer que l'autorité adjudicatrice soit encore en mesure de résilier le marché dans les délais prévus, à titre de mesure d'office. Les articles auxquels il est dérogé (articles 44, § 2, et 47, § 1^{er}) doivent être mentionnés au début du cahier spécial des charges et en outre faire l'objet d'une motivation formelle, conformément à l'article 9, § 4, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

Résiliation unilatérale du marché ou non ?

L'autorité adjudicatrice peut, dans certains cas, décider de ne pas résilier unilatéralement le marché même si elle a reçu, dans le cadre de l'application de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection de la rémunération des travailleurs, une notification émanant de l'Inspection du travail qui révèle que l'adjudicataire ou son sous-traitant manque gravement à son obligation de payer la rémunération, et même si l'adjudicataire ne remédie pas à ces situations dans le délai éventuellement raccourci (cf. supra) pour faire valoir ses moyens de défense (lire, payer ou faire payer correctement les travailleurs concernés). Si la résiliation du marché ou le recours à d'autres mesures d'office (exécution en régie ou marché pour compte) devaient générer des difficultés spécifiques d'ordre pratique, cela pourrait par exemple amener l'autorité adjudicatrice à ne pas faire usage de mesures de ce type. En pareil cas, l'autorité adjudicatrice ne pourra pas totalement échapper à sa responsabilité solidaire, celle-ci restant toutefois limitée. Ainsi, la responsabilité solidaire de l'autorité adjudicatrice pour le règlement des dettes salariales ne portera que sur les dettes devenues exigibles après le quatorzième jour ouvrable suivant l'envoi de la notification de l'Inspection du travail, et uniquement pour la partie de la rémunération due pour les prestations fournies dans le cadre du marché concerné et restée impayée (application de l'article 35/3, §§ 2 et 3 de la loi concernant la protection de la rémunération, qui prévoit une méthode différente de recouvrement des dettes salariales selon que l'Inspection du travail ou un travailleur préjudicié somme l'autorité adjudicatrice de procéder au paiement).

La responsabilité solidaire s'inscrit donc dans certaines limites. Si l'autorité adjudicatrice résilie tardivement le marché (l'on entend par là à l'issue de l'expiration du délai de 14 jours ouvrables après l'envoi de la notification de l'Inspection du travail), il est d'autant plus évident qu'aucune prestation s'intégrant dans le cadre du marché ne sera plus fournie après la résiliation de sorte qu'après un, voire deux mois, aucune nouvelle dette salariale ne devrait normalement plus pouvoir être réclamée.

Il est rappelé que le mécanisme de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales ne peut être mis en œuvre que pour ceux ayant reçu une notification de la part de l'inspection du travail conformément à l'article 49/1 du code pénal social. De plus, seuls ceux qui sont sommés par l'inspection du travail ou par un travailleur concerné de procéder au paiement, doivent effectivement payer. S'agissant de la sommation, l'inspection du travail joue également un rôle prépondérant, vu qu'elle ne peut sommer toutes les personnes informées en même temps.

L'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal constitue néanmoins une infraction particulièrement grave susceptible de déclencher la responsabilité pénale de l'autorité adjudicatrice (pour autant qu'elle ne bénéficie pas d'une immunité pénale), dès lors qu'elle a connaissance de cette occupation illégale (ceci concernant les infractions commises à partir du moment où elle dispose de cette information; article 175, § 3/3, du Code pénal social). En outre, il appert qu'en pareil cas, un moins grand nombre de moyens de défense pourront être présentés par l'adjudicataire. L'autorité adjudicatrice devra donc de facto presque systématiquement résilier le marché à moins que l'adjudicataire ne lui assure que lui ou une entreprise intervenant plus en aval de la chaîne de sous-traitance, a déjà résilié un contrat, excluant ainsi que d'autres infractions puissent être commises.

Modalités spéciales dans le secteur du nettoyage (et le secteur de la transformation de la viande) - l'exigence selon laquelle la résiliation est impossible si les travailleurs concernés ont effectivement été payés dans le délai de 14 jours ouvrables

Dans le secteur des services de nettoyage et celui de la transformation de la viande, la règle est la suivante : lorsque les donneurs d'ordre prévu conventionnellement la rupture immédiate sans indemnité de leur relation contractuelle en cas de notification au sens de l'article 49/1 du Code pénal social, pareille rupture ne peut cependant avoir lieu si

indien de betrokken werknemers het gedeelte van het betrokken loon toch nog binnen de 14 werkdagen na de kennisgeving hebben ontvangen. Dergelijke verbreking kan evenmin ingaan indien blijkt dat de opdracht werd gesloten aan financiële voorwaarden die de betaling van het loon waarop de werknemers van de voormelde aannemers of onderaannemers recht hebben, manifest onmogelijk maken. Indien de opdracht niet werd gesloten aan financiële voorwaarden die de betaling van loon manifest onmogelijk maken, zal de aanbestedende instantie gedurende de voormelde termijn van 14 werkdagen de opdracht wel nog kunnen verbreken in uitvoering van artikel 47 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (op een andere ambtshalve maatregel treffen), maar slechts onder de voorwaarde dat de betrokken werknemers het betreffende loon niet uitbetaald krijgen binnen de termijn van 14 werkdagen volgend op de kennisgeving van de arbeidsinspectie. Slechts indien de werknemers na afloop van deze periode niet uitbetaald werden, kan de verbreking uitwerking hebben. In deze sectoren zal dan ook een specifieke afwijking op artikel 47 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 moeten worden opgenomen in de opdrachtdocumenten. Een typeclausule in die zin is opgenomen in bijlage 4 bij deze omzendbrief.

IV.5. Verbreking van de opdracht met toepassing van artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 – ernstige beroepsfout – vereffening in de staat waarin de opdracht zich bevindt

Naast de hierboven beschreven ambtshalve maatregelen beschikt de aanbestedende instantie nog over een andere mogelijkheid om de opdracht te verbreken indien zij een kennisgeving ontvangt van de arbeidsinspectie waaruit blijkt dat de opdrachtnemer op zwaarwichtige wijze tekortschiet in zijn verplichtingen om het loon van de werknemers te betalen of illegalen blijkt tewerk te stellen. Immers kan het op zwaarwichtige wijze tekortschieten in de verplichting het loon van de werknemers te betalen of het tewerkstellen van illegalen aanzien worden als het begaan van een ernstige fout in de beroepsuitoefening. Het betreft één van de gevallen bedoeld in artikel 61 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 (en analoge bepalingen), waarbij de kandidaat of inschrijver uitgesloten kan worden van om het even welk stadium van de gunningsprocedure. Met toepassing van artikel 62, 1°, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, kan de aanbestedende instantie ook tijdens de uitvoering de opdracht verbreken. In dat geval wordt de opdracht vereffend in de staat waarin die zich bevindt op basis van de uitgevoerde prestaties op de datum van verbreking.

Anders dan bij de verbreking als “sanctie” die eerder in de tekst werd behandeld, zal de aanbestedende instantie ook de borgtocht niet van rechtswege verkrijgen bij wijze van forfaitaire schadevergoeding. De eenzijdige verbreking als ambtshalve maatregel (en de andere ambtshalve maatregelen) enerzijds en de verbreking wegens ernstige beroepsfout anderzijds beantwoorden aan verschillende juridische regels en kunnen niet cumulatief toegepast worden. De verbreking wegens ernstige beroepsfout (en de daarop volgende vereffening in de staat waarin de opdracht zich bevindt), is wellicht minder voordelig voor de aanbestedende instantie, en zal normaal gezien door de aanbestedende instantie slechts aangewend worden indien zich een probleem zou stellen, bijvoorbeeld met het naleven van de termijn van 15 dagen waarover de opdrachtnemer beschikt (althans wanneer niet zou zijn afgeweken van deze bepaling) om zijn verweermiddelen te laten gelden.

Opdat de verbreking om reden van ernstige beroepsfout op grond van artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 toegepast zou kunnen worden, moet wel duidelijk zijn dat de opdrachtnemer effectief een ernstige beroepsfout heeft begaan. Het begaan van dergelijke beroepsfout in zijn hoofdte moet aangetoond kunnen worden. Indien de tekortkomingen (initieel) te wijten zijn aan een onderaannemer, zal geval per geval geoordeeld moeten worden of ook in hoofdte van de opdrachtnemer een ernstige beroepsfout aangetoond kan worden (bijvoorbeeld omdat hij op de hoogte was van de tekortkomingen maar niet de nodige maatregelen nam om hieraan een einde te stellen; zie artikel 44, § 1, 3°, van de wet van 15 juni 2006, alleen van toepassing bij werken).

De mogelijkheid om de opdracht eenzijdig te verbreken tijdens de uitvoering van de opdracht wegens een ernstige beroepsfout in hoofdte van de opdrachtnemer, bestond niet in de vorige wetgeving overheidsopdrachten die nog van toepassing is op de lopende opdrachten die werden geplaatst onder het stelsel van de wet van 24 december 1993. Op die opdrachten zal de onderhavige maatregel dus niet kunnen worden toegepast.

IV.6. Bevel geven de uitvoering van de opdracht, of althans het deel van de opdracht waarop de inbreuk betrekking heeft, te schorsen

les travailleurs concernés ont effectivement reçu, dans les 14 jours ouvrables qui suivent la notification, la part de la rémunération concernée. Une telle résiliation ne peut pas non plus avoir lieu s'il apparaît que le marché a été conclu à des conditions financières qui rendent le paiement de la rémunération à laquelle les employés des entrepreneurs ou des sous-traitants ont droit manifestement impossible. Si le contrat n'a pas été conclu à des conditions financières qui rendent le paiement de la rémunération manifestement impossible, l'autorité adjudicatrice pourra encore, pendant ce délai de 14 jours ouvrables, résilier le marché en exécution de l'article 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (ou recourir à une autre mesure d'office) mais uniquement à la condition que les travailleurs concernés n'aient pas reçu la rémunération concernée dans le délai de 14 jours ouvrables suivant la notification de l'Inspection du travail. Ce n'est que si les travailleurs n'ont pas été payés au terme de cette période que la résiliation pourra produire ses effets. Dans les secteurs concernés, il conviendra dès lors de prévoir une dérogation spécifique à l'article 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 dans les documents du marché. L'annexe 4 de cette circulaire contient une clause type en ce sens.

IV.5. Résiliation du marché en application de l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 – faute professionnelle grave – liquidation du marché dans l'état dans lequel il se trouve

Outre les mesures d'office évoquées ci-dessus, l'autorité adjudicatrice dispose encore d'une autre possibilité de résilier le marché si elle reçoit une notification de l'Inspection du travail qui révèle que l'adjudicataire manque gravement à son obligation de payer la rémunération ou occupe des travailleurs illégaux. En effet, le manquement grave à l'obligation de payer la rémunération des travailleurs ou l'occupation de personnes en séjour illégal constituent une faute grave en matière professionnelle. Il s'agit d'un des cas visés à l'article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (ou par les dispositions analogues des autres arrêtés royaux relatifs à la passation des marchés publics), sur la base desquels le candidat ou le soumissionnaire peut être exclu du marché, à quelque stade que ce soit de la procédure de passation. En application de l'article 62, 1°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, l'autorité adjudicatrice peut également résilier le marché en cours d'exécution. Le cas échéant, le marché est liquidé dans l'état dans lequel il se trouve sur la base des prestations effectuées à la date de la résiliation.

À l'inverse de la résiliation prévue à titre de « sanction », traitée plus haut dans le texte, le cautionnement ne sera pas acquis de plein droit à l'autorité adjudicatrice à titre de dommages et intérêts forfaitaires. La résiliation unilatérale à titre de mesure d'office (et les autres mesures d'office), d'une part, et la résiliation pour faute professionnelle grave, d'autre part, répondent à des règles juridiques différentes et ne peuvent être appliquées de manière cumulative. La résiliation pour faute professionnelle grave (et la liquidation consécutive, dans l'état dans lequel le marché se trouve) est peut-être moins avantageuse pour l'autorité adjudicatrice et ne sera normalement utilisée que si un problème devait se poser, par exemple au niveau du respect du délai de 15 jours dont dispose l'adjudicataire (du moins s'il n'était pas dérogé à cette disposition) pour faire valoir ses moyens de défense.

Pour que la résiliation pour faute professionnelle grave puisse être appliquée sur la base de l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, il doit être manifeste que l'adjudicataire a commis une faute professionnelle grave. La commission d'une telle faute professionnelle doit pouvoir être démontrée dans son chef. Si les irrégularités (initiales) sont imputables au sous-traitant, il devra être déterminé au cas par cas si une faute professionnelle grave peut également être démontrée dans le chef de l'adjudicataire (par exemple parce qu'il était au courant des irrégularités mais n'a pas pris les mesures nécessaires pour y mettre fin; voir article 44, § 1^{er}, 3°, de la loi du 15 juin 2006, uniquement applicables aux travaux).

La possibilité de résilier le marché unilatéralement en cours d'exécution pour faute professionnelle grave dans le chef de l'adjudicataire n'était pas prévue dans la précédente législation relative aux marchés publics, encore applicable aux marchés passés sous le régime de la loi du 24 décembre 1993. Cette mesure ne pourra donc pas s'appliquer à ces marchés.

IV.6. Ordonner la suspension de l'exécution du marché, du moins de la partie du marché concernée par le manquement

De aanbestedende instantie kan steeds beslissen de uitvoering van de opdracht, of het betreffende deel ervan, te schorsen. Op die manier kan bijvoorbeeld worden vermeden dat in de verweermiddelentermijn nieuwe inbreuken worden gepleegd in verband met de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. Overeenkomstig artikel 44, § 1, 3^o, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, moet het bevel in principe schriftelijk worden gegeven.

De aanbestedende instantie doet er goed aan in de opdrachtdocumenten te vermelden dat deze schorsing op bevel van de aanbestedende instantie, in afwijking van artikel 55 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, geen aanleiding kan geven tot enige schadevergoeding voor de opdrachtnemer. Deze afwijking moet uitdrukkelijk worden gemotiveerd. Vooraan in het bestek moet een verwijzing worden opgenomen naar artikel 55 in de lijst van bepalingen waarvan wordt afgeweken.

Een voorbeeld van een afwijkingsclausule in die zin met bijhorende motivering wordt in bijlage 5 gevoegd.

De schorsing van de uitvoering kan ook dienstig zijn wanneer een opdrachtnemer beroep heeft ingesteld tegen de kennisgeving van de sociaal inspecteur bij de Voorzitter van de Arbeidsrechtbank overeenkomstig artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 houdende bepalingen van het sociaal strafrecht (procedure zoals in kort geding), en de aanbestedende instantie de uitslag van deze procedure wenst af te wachten.

IV. 7. De uitsluiting van toekomstige opdrachten en sanctie overeenkomstig artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers.

De aanbestedende instanties kunnen ook gebruik maken van artikel 48 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Op grond van deze bepaling kan de in gebreke gebleven opdrachtnemer door de aanbestedende instantie voor bepaalde tijd van haar opdrachten worden uitgesloten. De opdrachtnemer moet daartoe wel vooraf worden gehoord. De aanbestedende instantie kan deze maatregel ofwel afzonderlijk nemen, ofwel samen met een andere maatregel (bv. de eenzijdige verbreking of de verbreking wegens beroepsfout).

De uitsluiting van toekomstige opdrachten op de voormelde grond zal vooral aan de orde zijn in gevallen van zwaarwichtige ondervloening. Wat de gevallen van tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen betreft, is ter omzetting van richtlijn 2009/52/EG van 18 juni 2009 tot vaststelling van de minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, immers recent in een specifieke verplichte uitsluitingsgrond voorzien die steeds zal moeten worden toegepast ten aanzien van een kandidaat of een inschrijver van wie is vastgesteld dat hij als werkgever illegaal verblijvende onderdanen van derde landen heeft tewerkgesteld. De bedoelde verplichte uitsluitingsgrond is meer bepaald in artikel 20 van de wet overheidsopdrachten van 15 juni 2006 opgenomen door de wijzigende wet van mei 2014 (B.S. 15 mei 2014).

Tot slot is ook een sanctie mogelijk overeenkomstig artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van erkenning van aannemers.

IV. 8. Schorsen en recupereren van voorschotten

In geval van niet-naleving van de sociale en fiscale verplichtingen kan de betaling van eventuele voorschotten worden geschorst (artikel 67, § 2, koninklijk besluit van 14 januari 2013). Daarnaast kunnen de reeds uitbetaalde voorschotten worden gerecupereerd op de betalingen in mindering, dit in afwijking van het gewoon stelsel waarbij wordt gewerkt via afhoudingen op de betalingen in mindering.

IV.9. Verhouding tussen artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 et de bepalingen met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden opgenomen in de wet van 12 april 1965

Aangezien artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 de aanbestedende instantie verplicht om ambtshalve het brutobedrag van de achterstallige lonen en bijdragen in te houden op aan de opdrachtnemer verschuldigde bedragen, meer bepaald lonen en bijdragen die niet werden uitbetaald door de opdrachtnemer of één van zijn onderaannemers, aan het personeel dat prestaties heeft uitgevoerd in het raam van de uitvoering van de opdracht, kan deze bepaling in zekere zin worden aanzien als de voorloper van de nieuwe regels inzake hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden.

L'autorité adjudicatrice peut toujours décider de suspendre l'exécution du marché ou la partie concernée de celui-ci. On peut ainsi par exemple éviter que de nouveaux manquements soient commis, pendant le délai prévu pour permettre à l'adjudicataire de présenter ses moyens de défense, dans le cas d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Conformément à l'article 44, § 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, l'ordre doit en principe être donné par écrit.

L'autorité adjudicatrice a intérêt à mentionner dans les documents du marché que cette suspension ordonnée par l'autorité adjudicatrice, par dérogation à l'article 55 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, n'ouvre le droit à aucun dédommagement pour l'adjudicataire. Cette dérogation doit faire l'objet d'une motivation expresse. Un renvoi à l'article 55 dans la liste des dispositions auxquelles il est dérogé devra figurer au début du cahier spécial des charges.

L'annexe 5 contient un exemple de clause dérogatoire en ce sens ainsi que la motivation y afférente.

La suspension de l'exécution peut également s'avérer utile lorsqu'un adjudicataire a introduit un recours contre la notification de l'inspecteur social près le Président du tribunal du travail, conformément à l'article 2 de la loi du 2 juin 2010 comportant des dispositions de droit pénal social (procédure comme en référé), et que l'autorité adjudicatrice souhaite attendre le résultat de cette procédure.

IV. 7. L'exclusion des marchés futurs et sanction conformément à l'article 19 de la loi du 21 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux

Les autorités adjudicatrices peuvent également invoquer l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Sur la base de cette disposition, l'adjudicataire en défaut d'exécution peut être exclu par l'autorité adjudicatrice de ses marchés pour une durée déterminée. L'adjudicataire doit être préalablement entendu à cet effet. L'autorité adjudicatrice peut soit prendre cette mesure individuellement, soit la combiner avec une autre mesure (par exemple la résiliation unilatérale ou la résiliation pour faute professionnelle).

L'exclusion des marchés futurs sur la base précitée sera surtout à l'ordre du jour dans les cas de sous-rémunération grave. Pour ce qui concerne l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, une cause d'exclusion obligatoire spécifique - transposant de la directive 2009/52/CE 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 - est prévue. Cette cause d'exclusion sera toujours appliquée à l'égard d'un candidat ou d'un soumissionnaire pour lequel il est constaté qu'il a en tant qu'employeur occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Ladite cause d'exclusion obligatoire figure plus précisément à l'article 20 de la loi relative aux marchés publics du 15 juin 2006 telle que modifiée par la loi du mai 2014 (M.B. 15 mai 2014).

Enfin, une sanction conformément à l'article 19 de la loi du 21 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux est également possible.

IV. 8. Suspension et récupération des avances

En cas de non-respect des obligations sociales et fiscales, le paiement des avances éventuelles peut être suspendu (article 67, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013). En outre, les avances déjà payées peuvent être récupérées sur les acomptes, par dérogation au régime ordinaire qui ne prévoit que des prélèvements sur les acomptes.

IV. 9. Articulation entre l'article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et les dispositions en matière de responsabilité solidaire salariale prévues par la loi du 12 avril 1965

En sommant l'autorité adjudicatrice de retenir d'office sur les sommes dues à l'adjudicataire, le montant brut des arriérés de salaires et de cotisations sociales qui n'ont pas été payés par l'adjudicataire ou un de ses sous-traitants, aux personnes ayant effectué des prestations dans le cadre de l'exécution du marché, l'article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 est en quelque sorte le précurseur des nouvelles règles en matière de responsabilité solidaire salariale.

Het voormelde artikel kent echter, hoewel hij een vergelijkbaar oogmerk heeft, een verschillend toepassingsgebied en onderwerpt de uitbetaling niet aan dezelfde verplichtingen als de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden. De bepaling is slechts van toepassing op de overheidsopdrachten voor werken, daar waar de wet van 12 april 1965 de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden uitbreidt naar sommige frauduleuze dienstensectoren. Bovendien is voor de toepassing geen kennisgeving vereist van de arbeidsinspectie, in tegenstelling tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden.

De beide systemen moet van elkaar worden onderscheiden en, in de mate dat de van toepassing zijnde voorwaarden vervuld zijn, cumulatief worden toegepast.

Zo zal een aanbestedende instantie die van de arbeidsinspectie een kennisgeving ontvangt als bedoeld in artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek, die vervolgens beslist de opdracht (nog) niet te verbreken, en vervolgens ook effectief door een betrokken werknemer of de arbeidsinspectie wordt aangemaand (via een aangetekende zending) om tot uitbetaling van het loon over te gaan in het kader van de hoofdelijke aansprakelijkheid, eerst de principes van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden moeten naleven.

De aanbestedende instantie is ertoe gehouden om onverwijld over te gaan tot betaling aan de betrokken werknemers, van het loon dat berekend wordt overeenkomstig artikel 35/3, §§ 2 tot 4, van de wet van 12 april 1965. Het weze herhaald dat de periode van hoofdelijke aansprakelijkheid slechts aanvangt na het verstrijken van 14 werkdagen na de kennisgeving. Zodoende kan de aanbestedende instantie, via de hoofdelijke aansprakelijkheid, alleen aansprakelijk worden gesteld voor een gedeelte van de loonschulden die opgevallen zijn vanaf het verstrijken van deze termijn. Er wordt een onderscheid gemaakt naar gelang het geval tot uitbetaling wordt aangemaand door de arbeidsinspectie, dan wel door een individuele werknemer.

Wanneer de aanbestedende instantie door de arbeidsinspectie tot nakoming wordt aangemaand, heeft de hoofdelijke aansprakelijkheid betrekking op het niet betaalde gedeelte van het verschuldigd loon (opgevallen vanaf het verstrijken van voormelde termijn van 14 werkdagen) dat overeenstemt met de prestaties geleverd in het raam van de opdracht. Wanneer niet kan worden vastgesteld welke prestaties de betrokken werknemers hebben geleverd, heeft de hoofdelijke aansprakelijkheid betrekking op de betaling aan elke betrokken werknemer die is vermeld op de lijst die samen met de aanmaning wordt overgemaakt door de arbeidsinspectie, van een percentage van het minimumloon dat in de betrokken sector van toepassing is (25). Het percentage is gelijk aan het aandeel, die de activiteiten die door de betrokken werkgever worden uitgevoerd in het raam van de opdracht, vertegenwoordigen in de omzet van dezelfde werkgever gedurende een referentieperiode. Deze referentieperiode gaat in vanaf de aanvang van de opdracht, zonder dat deze termijn langer kan zijn dan één jaar (26). Het van toepassing zijnde minimumloon en het voormelde percentage worden in de kennisgeving vermeld (artikel 49/1 Sociaal Strafwetboek).

Wanneer de aanbestedende instantie rechtstreeks door één der betrokken werknemers wordt aangesproken en kan bewijzen dat de arbeidstijd die de betrokken werknemer heeft besteed in het raam van de uitvoering van de opdracht, beperkt is tot een welbepaald aantal uren, heeft de hoofdelijke aansprakelijkheid slechts betrekking op het met deze uitgevoerde prestaties overeenstemmend niet-betaalde gedeelte van het verschuldigd loon (opgevallen vanaf het verstrijken van de voormelde termijn van 14 werkdagen). Zo niet zal het niet-betaalde gedeelte van het ganse verschuldigd loon betaald moeten worden.

Indien de aanbestedende instantie kan aantonen dat de betrokken werknemer geen enkele prestatie heeft geleverd in het raam van de opdracht, zal hij niet hoofdelijk gehouden zijn tot uitbetaling van loon van de betrokken werknemer.

Beide stelsels (aanmaning door de arbeidsinspectie enerzijds en door een werknemer anderzijds) hebben met elkaar gemeen dat de aanbestedende instantie er vaak niet toe gehouden zal zijn, in het kader van zijn hoofdelijke aansprakelijkheid althans, om alle onbetaalde loonschulden van de getroffen werknemers te voldoen. Wanneer er nog loonschulden of sociale zekerheidsbijdragen, evenals bijhorende belastingen, onbetaald zouden blijven nadat gevolg werd gegeven aan de aanmaning, dan zal de aanbestedende instantie, bij de uitvoering van werken, artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 op deze lonen moeten toepassen. Op de bedragen die de aanbestedende instantie verschuldigd is aan de aannemer, zal hij meer bepaald deze lonen, sociale zekerheidsbijdragen en bijhorende belastingen, moeten inhouden en rechtstreeks overmaken aan de rechthebbenden.

Dit mechanisme van gezamenlijke toepassing van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden en inhoudingsplicht zoals die volgt uit artikel 88 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, kan

Néanmoins, l'article 88 précité, bien que poursuivant un objectif similaire, n'a pas le même champ d'application et n'exige pas les mêmes obligations que les nouvelles règles en matière de responsabilité solidaire salariale. Cette disposition n'est applicable que pour les marchés publics de travaux alors que la loi du 12 avril 1965 étend la responsabilité solidaire salariale à certains secteurs frauduleux de services. De plus, son application ne requiert pas une notification de l'Inspection du travail, contrairement à la responsabilité solidaire salariale.

Les deux régimes doivent donc être distingués et, dans la mesure où les conditions prévues par ces derniers sont remplies, être appliqués de manière cumulative.

Ainsi, lorsqu'une autorité adjudicatrice reçoit une notification de l'Inspection du travail telle que visée à l'article 49/1 du Code pénal social et décide ensuite de ne pas (encore) résilier le marché, et qu'ultérieurement, elle est effectivement sommée (par envoi recommandé) par un travailleur concerné ou l'Inspection du travail de procéder au paiement de la rémunération dans le cadre de la responsabilité solidaire, elle doit d'abord appliquer les principes de la responsabilité solidaire salariale.

L'autorité adjudicatrice est tenue de procéder sans délai au paiement, aux travailleurs concernés, de la rémunération calculée conformément à l'article 35/3, §§ 2 à 4, de la loi du 12 avril 1965. Il convient de rappeler que la période de responsabilité solidaire ne commence à courir qu'après l'expiration d'un délai de 14 jours ouvrables après la notification. Ainsi, l'autorité adjudicatrice ne peut, par le biais de la responsabilité solidaire, être tenue uniquement responsable pour une partie des salaires devenus exigibles à l'expiration de ce délai. Une distinction doit toutefois être faite selon que la sommation de payer émane de l'Inspection du travail ou d'un travailleur individuel.

Lorsque l'autorité adjudicatrice est sommée de s'exécuter par l'Inspection du travail, sa responsabilité solidaire ne concerne que la partie impayée de la rémunération due (exigible à l'expiration du délai précité de 14 jours ouvrables) correspondant aux prestations fournies dans le cadre de l'exécution du marché. Si les prestations effectuées par les travailleurs concernés ne peuvent être déterminées, la responsabilité solidaire concerne le paiement d'un pourcentage du salaire minimum applicable dans les secteurs concernés (25) à chaque travailleur concerné figurant sur la liste transmise par l'Inspection du travail en même temps que la sommation. Ce pourcentage correspond à la part que représentent, dans le chiffre d'affaires de l'employeur concerné, les activités effectuées par ce même employeur dans le cadre de l'exécution du marché, pendant une période de référence. Cette période de référence prend cours dès que le contrat prend effet et ne peut excéder un an (26). Le salaire minimum applicable et le pourcentage précité sont mentionnés dans la notification de l'Inspection du travail (article 49/1 du Code pénal social).

Lorsque l'autorité adjudicatrice est sommée directement par un des travailleurs concernés et peut prouver que le temps de travail presté par ce travailleur dans le cadre de l'exécution du marché est limité à un nombre d'heures bien déterminé, la responsabilité solidaire ne concerne que la partie impayée de la rémunération due (exigible à l'expiration du délai précité de 14 jours ouvrables) correspondant à ces prestations effectuées. A défaut, la part impayée de l'ensemble des salaires dus devra être versée.

Si l'autorité adjudicatrice prouve que le travailleur concerné n'a pas fourni de prestations dans le cadre du marché, il n'est pas solidairement responsable du paiement de la rémunération du travailleur concerné.

Les deux régimes (sommation, d'une part, par l'inspection du travail et, d'autre part, par un travailleur) ont en commun que l'autorité adjudicatrice ne sera pas souvent tenue, du moins dans le cadre de la responsabilité solidaire, de s'acquitter du paiement de tous les salaires impayés aux travailleurs préjudiciés. Si des salaires ou des cotisations de sécurité sociale ainsi que des impôts y afférents restent impayés après qu'il ait été donné suite à la sommation, l'autorité adjudicatrice devra, dans le cadre de l'exécution de travaux, faire application de l'article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 à ces salaires. L'autorité adjudicatrice sera plus particulièrement tenue de retenir ces salaires, cotisations sociales et impôts y afférents sur les montants dont elle est redevable à l'adjudicataire et de les transférer à qui de droit.

Cette application conjointe de la responsabilité solidaire salariale et de l'obligation de retenue telle que résultant de l'article 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, peut se répéter à plusieurs reprises. Aussi

zich verschillende malen herhalen. Immers, waarschijnlijk zal de arbeidsinspectie of de betrokken werknemer, zolang er prestaties worden geleverd in het kader van de uitvoering van de opdracht, de aanmaning maandelijks herhalen, en er zullen ook herhaaldelijk facturen en verrekingen openvallen. De hoofdelijke aansprakelijkheid moet toegepast worden na ontvangst van iedere aanmaning, terwijl de inhoudingsplicht moet toegepast worden (bij de werken) voor iedere uitgereikte en verschuldigde factuur.

HOOFDSTUK V. — Preventieve maatregelen tegen sociale inbreuken

De toepassing van de in de vorige hoofdstukken toegelichte bepalingen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid en het optreden tegen inbreuken op sociaal vlak is voor de aanbestedende instantie beslist niet altijd een eenvoudige opdracht. Het spreekt voor zich dat tekortkomingen beter in een zo vroeg mogelijk stadium worden voorkomen. Volgende preventieve maatregelen kunnen de aanbestedende instantie daarbij helpen:

1° het opnemen van de in hoofdstuk IV (zie bijlagen 1 tot 5) voorgestelde typeclausules of afwijkingsclausules (of soortgelijke bepalingen) in de opdrachtdocumenten (het bestek) ;

2° in de opdrachtdocumenten vermelden dat de inschrijver in zijn offerte moet vermelden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming te geven en op welke onderaannemers hij mogelijk een beroep zal doen, zodat de aanbestedende instantie ook de fiscale en sociale toestand van deze onderaannemers kan nagaan (de artikel 12 en 74 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten van 15 juli 2011 en analoge bepalingen van de andere koninklijke besluiten plaatsing);

3° een zorgvuldig onderzoek van het toegangsrecht, om onder meer na te gaan of de kandidaten of de inschrijver of inschrijvers, en in de mate van het mogelijk ook de onderaannemers (zie supra), voldaan hebben aan hun verplichtingen inzake betaling van hun socialezekerheidsbijdragen en in orde zijn met de betaling van hun belastingen (artikel 61 en verder koninklijk besluit van 15 juli 2011 en analoge bepalingen van de overige plaatsingsbesluiten). Wat het systeem van de impliciete verklaring op erewoord betreft, dat ertoe leidt dat de aanbestedende instantie in bepaalde gevallen enkel de toestand nagaat, ten aanzien van één enkele kandidaat of inschrijver, alvorens de selectie- of gunningsbeslissing te nemen, wordt verwezen naar de toelichting in het verslag aan de koning bij het koninklijk besluit van 7 februari 2014 tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 alsook van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied.

4° het doorvoeren van een zorgvuldig prijsonderzoek volgens de ter zake geldende voorschriften (meer bepaald artikel 21 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 en analoge bepalingen in de plaatsingsbesluiten), en desgevallend de specifieke bepalingen in de opdrachtdocumenten, zodat abnormaal lage offertes kunnen worden geweerd.

HOOFDSTUK VI. — Corrigerende maatregelen

Indien zich in weerwil van de naleving van voormelde preventieve maatregelen toch een zware inbreuk op de sociale wetgeving zou voordoen, valt het over het algemeen aan te raden de volgende richtsnoeren te volgen.

Indien de aanbestedende instantie op de hoogte is dat er zwaarwichtige sociale inbreuken worden begaan bij de uitvoering van de opdracht, heeft zij er alle belang bij de arbeidsinspectie en het arbeidsauditoraat hiervan in kennis te stellen. Openbare overheden en ambtenaren die deze overheden vertegenwoordigen, zijn hiertoe zelfs verplicht wanneer de inbreuk minstens een wanbedrijf betreft, hetgeen bijvoorbeeld het geval is voor de misdrijven aangaande de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. Overeenkomstig artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering geldt immers een meldingsplicht ten aanzien van iedere openbare overheid en ieder openbaar officier of ambtenaar die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een (misdad of wanbedrijf) (27).

Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de gevallen van tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen enerzijds (punt A. hieronder) en de gevallen van zwaarwichtige onderverloning anderzijds (punt B. hieronder).

longtemps que des prestations sont effectuées dans le cadre de l'exécution du marché, l'Inspection du travail et le travailleur concerné réitéreront vraisemblablement les sommations mensuellement, et des factures et des décomptes seront également, fréquemment exigibles. Il appert que la responsabilité solidaire doit être appliquée après réception de chaque sommation alors que l'obligation de retenue des sommes dues (pour les travaux) doit être appliquée pour chaque facture émise et due.

CHAPITRE V. — Mesures préventives contre les infractions sociales

Il n'est assurément pas toujours aisé pour l'autorité adjudicatrice d'appliquer les dispositions présentées aux Chapitres précédents en matière de responsabilité solidaire et de lutter ainsi contre les violations de la législation sociale. Il va de soi que la prévention des manquements doit avoir lieu le plus tôt possible. Les mesures préventives suivantes peuvent se révéler utiles à l'autorité adjudicatrice :

1° intégrer les clauses types ou dérogatoires proposées au Chapitre IV (voir les annexes 1 à 5) (ou d'autres dispositions similaires) dans les documents du marché (le cahier spécial des charges) ;

2° mentionner dans les documents du marché que le soumissionnaire est tenu d'indiquer dans son offre la part du marché qu'il entend sous-traiter et l'identité des sous-traitants potentiels auxquels il fera appel, afin que l'autorité adjudicatrice puisse également vérifier la situation fiscale et sociale de ces sous-traitants (articles 12 et 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et dispositions analogues des autres arrêtés royaux relatifs à la passation des marchés publics) ;

3° effectuer un examen approfondi du droit d'accès pour notamment vérifier si les candidats ou le ou les soumissionnaires, et dans la mesure du possible également les sous-traitants (cf. plus haut), ont satisfait à leurs obligations en matière de paiement des cotisations de sécurité sociale et sont en ordre de paiement de leurs impôts (article 61 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et dispositions analogues des autres arrêtés royaux relatifs à la passation des marchés publics). S'agissant du système de la déclaration implicite sur l'honneur, ayant pour effet que l'autorité adjudicatrice ne vérifie, dans certains cas, que la situation d'un seul candidat ou soumissionnaire, avant de prendre la décision de sélection ou d'attribution, il est renvoyé au commentaire dans le rapport au Roi de l'arrêté royal du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

4° procéder à la vérification approfondie des prix selon les prescriptions en vigueur en la matière (notamment l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et les dispositions analogues des autres arrêtés relatifs à la passation des marchés publics), et le cas échéant, les dispositions spécifiques dans les documents de marché, afin de pouvoir rejeter les offres anormalement basses.

CHAPITRE VI. — Mesures correctrices

Si, malgré le respect des mesures préventives précitées, une infraction grave à la législation sociale devait quand même être commise, il sera en général recommandé de suivre les directives suivantes.

Si l'autorité adjudicatrice a connaissance de graves infractions à la législation sociale commises au cours de l'exécution du marché, elle a tout intérêt à en informer l'Inspection du travail et l'auditorat du travail. Pour les pouvoirs publics et les fonctionnaires qui les représentent, il s'agit là d'une obligation dès que l'infraction constatée est un délit, ce qui est le cas, par exemple, pour les infractions liées à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. L'article 29 du Code d'instruction criminelle prévoit en effet une obligation de signalement (au Procureur du Roi territorialement compétent), dans le chef de toute autorité constituée, de tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquerra la connaissance d'un crime ou d'un délit (27).

Une différence doit être faite entre d'une part les cas d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal (point A. ci-après) et d'autre part, les cas de grave sous-rémunération (point B. ci-après).

A. Indien vooreerst blijkt dat illegaal verblijvende onderdanen van derde landen worden tewerkgesteld, zal de aanbestedende instantie:

1° zonder enig verwijl het in artikel 44, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 bedoelde proces-verbaal van vaststelling moeten opmaken en doorsturen naar de opdrachtnemer; in dit proces-verbaal kan desgevallend worden verwezen naar de kennisgeving die van de arbeidsinspectie kon worden ontvangen;

2° zonder enig verwijl de uitvoering van de opdracht, of althans het deel van de opdracht waarop de inbreuk betrekking heeft, moeten schorsen. Het weze immers herhaald dat de aanbestedende instantie strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld (voor zover ze niet over een strafrechtelijke immuniteit geniet), voor de inbreuken begaan van zodra hij op de hoogte was van het feit dat zijn aannemer of een onderaannemer een of meerdere illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerk stelt (artikel 175, § 3/3, Sociaal Strafwetboek). De aanbestedende instantie doet er goed aan te controleren of de uitvoering van de opdracht effectief werd geschorst. Indien de aanbestedende instantie een typeclausule heeft opgenomen als bedoeld in bijlage 1 of een soortgelijke clausule, dan zal het in bepaalde gevallen en met name indien te inbreuk te wijten is aan een onderaannemer, niet nodig zijn om het betreffende deel van de opdracht volledig te schorsen, voor zover de opdrachtnemer de nodige maatregelen neemt of laat nemen zodat de toegang tot de plaats van uitvoering van de opdracht aan de betreffende onderaannemer wordt ontzegd. Dit in uitvoering van de betreffende clausule in de opdrachtdocumenten;

3° een afschrift van de ontvangen kennisgeving inzake illegale tewerkstelling aanplakken op de plaats waar de illegaal verblijvende onderdanen van derde landen de bedoelde prestaties hebben verricht, voor zover de betrokken werkgever de aanplakking niets reeds zou hebben verricht;

4° zo nodig de ambtshalve maatregelen nemen (en bij voorkeur na afloop van een verkorte verweermiddeltermijn, ingevolge een in het bestek vermelde afwijkingsclausule, waardoor de termijn korter uitvalt dan de in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 bepaalde termijn die aan de opdrachtnemer wordt gelaten om zijn verweermiddelen te doen gelden). Aangezien het een bijzonder ernstige inbreuk betreft, zal de aanbestedende instantie geen andere keuze resten dan de opdracht te verbreken, tenzij wanneer zij zich via de opdrachtnemer ervan heeft verzekerd, dat de opdrachtnemer of een onderneming die in de aannemingsketen tussenkomt, reeds een overeenkomst heeft verbroken, zodat het uitgesloten is dat nog inbreuken zouden worden begaan.

B. Indien blijkt dat het voor de uitvoering van de opdracht tewerkgesteld personeel niet correct werd uitbetaald, zelfs onder het betreffende minimale barema, zal de aanbestedende instantie (het geval van illegale tewerkstelling uitgezonderd):

1° zonder enig verwijl het in artikel 44, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 bedoelde proces-verbaal van vaststelling moeten opmaken en doorsturen naar de opdrachtnemer. In dit proces-verbaal zal zij desgevallend verwijzen naar de kennisgeving die ze van de arbeidsinspectie kon ontvangen. Bij het nemen van de maatregelen die zij voornemens is te nemen, zal zij allereerst moeten nagaan of er in de betreffende sector geen specifieke bepalingen van toepassing zijn overeenkomstig artikel 35/2, § 2, van de loonbeschermingswet. In bevestigend geval is de aanbestedende instantie er inderdaad toe gehouden deze bepalingen, die in de praktijk de mogelijkheid beperken waarover zij beschikt om tot éézijdige verbreking van de opdracht over te gaan, toe te passen;

2° een afschrift van de kennisgeving aanplakken op de plaats van de uitvoering van de activiteiten die zij laat uitvoeren;

3° nagaan in welke mate er reeds passende maatregelen werden getroffen in de lagere keten van aanneming (contractverbreking zodat geen inbreuken meer kunnen worden begaan, correcte uitbetaling van het loon, ...). In voorkomend geval dienen geen verdere maatregelen te worden genomen (zie supra);

4° (zo nodig) de hierna beschreven passende maatregelen nemen.

De aanbestedende instantie doet er goed aan (zo nodig) de passende maatregel te nemen binnen de termijn van 14 werkdagen. Daartoe valt natuurlijk aan te raden in de bestekken een afwijking op te nemen van de in artikel 44, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 bepaalde termijn van 15 kalenderdagen, termijn die in gebreke blijvende opdrachtnemer moet toelaten zijn verweermiddelen te doen gelden.

A. S'il s'avère dans un premier temps que des ressortissants de pays tiers en séjour illégal sont occupés, l'autorité adjudicatrice sera tenue de:

1° rédiger et de transmettre sans délai à l'adjudicataire le procès-verbal de constat prévu à l'article 44, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, procès-verbal faisant, le cas échéant, référence à la notification reçue de l'Inspection du travail;

2° ordonner, sans délai, la suspension du marché ou du moins, la partie de celui-ci concernée par l'infraction. Il y a en effet lieu de rappeler que l'autorité adjudicatrice peut être tenue pénalement responsable (pour autant qu'elle ne bénéficie pas d'une immunité pénale), des infractions liées à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, pour les infractions qui ont été commises dès lors qu'elle avait connaissance du fait de l'occupation par son adjudicataire ou un sous-traitant d'un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal (article 175, § 3/3, Code pénal social). L'autorité adjudicatrice a tout intérêt à bien contrôler si l'exécution du marché a effectivement été suspendue. Si l'autorité adjudicatrice a prévu une clause type telle que visée à l'annexe 1 ou une clause analogue, il ne sera pas nécessaire, dans certains cas et notamment si l'infraction est due à un sous-traitant, de suspendre totalement la partie concernée du marché, pour autant que l'adjudicataire prenne ou fasse prendre les mesures nécessaires pour interdire l'accès au lieu d'exécution du marché au sous-traitant concerné, et ce en exécution de la clause concernée prévue par les documents du marché;

3° afficher une copie de la notification pour occupation illégale reçue au lieu où les ressortissants de pays tiers en séjour illégal ont fourni les prestations concernées, pour autant que l'employeur concerné n'ait pas déjà effectué l'affichage;

4° de recourir, si nécessaire, aux mesures d'office qui s'imposent; et de préférence à l'expiration du délai raccourci par une dérogation inscrite dans le cahier spécial des charges, par rapport au délai prévu par l'arrêté royal du 14 janvier 2013, pour permettre à l'adjudicataire de présenter ses moyens de défense. S'agissant d'une infraction particulièrement grave, l'autorité adjudicatrice n'aura pas d'autre choix que de résilier le marché, à moins que l'adjudicataire ne lui assure que lui ou l'une des autres entreprises intervenant dans la chaîne de sous-traitance, a déjà résilié un contrat, excluant ainsi que d'autres infractions puissent être commises.

B. S'il s'avère que le personnel occupé pour exécuter le marché n'a pas été correctement rémunéré, voire a perçu une rémunération inférieure au barème minimum imposé (sauf dans le cas de l'occupation illégale), l'autorité adjudicatrice sera tenue de:

1° rédiger et transmettre sans délai à l'adjudicataire le procès-verbal de constat prévu à l'article 44, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, en faisant, le cas échéant, référence à la notification reçue de l'Inspection du travail. Au moment de recourir aux mesures qu'elle a l'intention de prendre, elle devra avant tout vérifier si des dispositions spécifiques ne s'appliquent pas au secteur concerné, conformément à l'article 35/2, § 2, de la loi relative à la protection de la rémunération des travailleurs. En pareil cas, en effet, l'autorité adjudicatrice est tenue de faire application de ces dispositions, lesquelles limitent en pratique la possibilité dont elle dispose de résilier unilatéralement le marché;

2° afficher une copie de la notification à l'endroit de la réalisation des activités qu'elle fait effectuer;

3° vérifier dans quelle mesure des mesures appropriées ont déjà été prises en aval de la chaîne de sous-traitance (résiliation du contrat pour éviter de nouvelles infractions, paiement correct de la rémunération, ...). Le cas échéant, il n'est pas nécessaire de prendre d'autres mesures (voir ci-avant);

4° prendre (si nécessaire) les mesures appropriées ci-après décrites.

L'autorité adjudicatrice a tout intérêt à recourir dans le délai de 14 jours ouvrables à la mesure appropriée (si nécessaire). C'est pourquoi, il est conseillé d'inscrire dans les cahiers spéciaux des charges une dérogation au délai de 15 jours calendrier prévu par l'article 44, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, pour permettre à l'adjudicataire en défaut de présenter ses moyens de défense.

Afhankelijk van eigen noodwendigheden en de ernst van de inbreuk kan de aanbestedende instantie zo nodig één (of soms meerdere) van onderstaande maatregelen nemen:

a) het nemen van de in artikel 47, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 bedoelde ambtshalve maatregelen. Deze ambtshalve maatregelen moeten worden voorafgegaan door een proces-verbaal van vaststelling alsook door de mogelijkheid voor de opdrachtnemer om zijn verweermiddelen te laten gelden binnen de in artikel 44, § 2, van het voormelde koninklijk besluit bepaalde termijn of, in geval van gemotiveerde afwijking, binnen de in het bestek bepaalde termijn ;

b) wanneer de ernstige beroepsfout in hoofde van de opdrachtnemer vaststaat (zie supra, punt IV.5), het verbreken van de opdracht als bedoeld in artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. In dat geval moet in beginsel geen termijn worden toegekend aan de opdrachtnemer om zijn verweermiddelen te doen gelden. De opdracht wordt vereffend "in de staat waarin hij zich bevindt" (hetgeen voor de aanbestedende instantie minder gunstig is dan een eenzijdige verbreking);

c) de uitsluiting voor bepaalde tijd van toekomstige opdrachten van de aanbestedende instantie, overeenkomstig artikel 48 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, of het indienen van een voorstel tot sanctie bij toepassing van artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken. De aanbestedende instantie moet er zich dan wel van bewust zijn, indien zij desgevallend uitsluitend deze maatregel zou nemen, dat zij in dit geval toch hoofdelijk aansprakelijk zal kunnen worden gesteld (volgens het in deze omzendbrief beschreven mechanisme), voor de loonschulden die opnieuw niet betaald zouden worden en die zouden openvallen vanaf het verstrijken van de termijn van 14 werkdagen volgend op de kennisgeving van de arbeidsinspectie, overeenkomstig de wet met betrekking tot de bescherming van het loon der werknemers.

Indien het een opdracht betreft waarbij voorschotten worden toegekend, kunnen, naast de hierboven opgesomde maatregelen, de hierboven beschreven sancties van artikel 67, § 2, koninklijk besluit van 14 januari 2013 worden toegepast.

Het is ook mogelijk dat de aanbestedende instantie, op grond van de door de opdrachtnemer aangevoerde verweermiddelen, beslist dat er geen maatregel moet worden genomen, bijvoorbeeld omdat blijkt dat de opdrachtnemer of een onderneming die lager in de aanbestedingsketen tussenkomt, al tot een contractverbreking is overgegaan, waardoor het duidelijk is dat de inbreuk zich niet opnieuw kan voordoen, of omdat blijkt dat de tekortkomingen zijn hersteld binnen de termijn die aan de opdrachtnemer wordt verleend om zijn verweermiddelen te doen gelden (wanneer dus blijkt dat de betrokken werknemers correct zijn uitbetaald). Ook hier moet worden gepreciseerd dat de aanbestedende instantie in dat geval toch hoofdelijk aansprakelijk zal kunnen worden gesteld (volgens het in deze omzendbrief beschreven mechanisme), voor de loonschulden die opnieuw niet betaald zouden worden en die zouden openvallen vanaf het verstrijken van de termijn van 14 werkdagen volgend op de kennisgeving van de arbeidsinspectie, overeenkomstig de wet met betrekking tot de bescherming van het loon der werknemers. Indien echter duidelijk is dat toegang tot de plaats van uitvoering van de opdracht is ontzegd aan de in gebreke blijvende onderaannemer, bijvoorbeeld in toepassing van een typeclausule die in de opdrachtdocumenten is opgenomen (en een soortgelijke clausule in de betreffende onderaannemingsovereenkomst), dan zal het bedrag van de hoofdelijkheid binnen bepaalde perken blijven. Inderdaad, aangezien de betrokken werknemers worden verhinderd om verder te werken, kunnen na verloop van tijd geen nieuwe loonschulden openvallen waarvoor de aanbestedende instantie hoofdelijk gehouden zou zijn.

Verdere praktische vragen omtrent de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden en de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen kunnen worden gericht aan het contactpunt dat opgericht werd bij de algemene directie Toezicht op de sociale wetten van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg (Ernest Blérotstraat 1, 1070 Brussel).

En fonction de ses besoins propres et de la gravité de l'infraction, l'autorité adjudicatrice pourra, si nécessaire, recourir à l'une des (ou parfois plusieurs) mesures suivantes :

a) le recours aux mesures d'office visées à l'article 47, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, lesquelles doivent être précédées de l'établissement d'un procès-verbal de constat et de la possibilité pour l'adjudicataire de présenter ses moyens de défense dans le délai prévu par l'article 44, § 2, du même arrêté royal ou, en cas de dérogation motivée, par le cahier spécial des charges ;

b) lorsque la faute professionnelle grave dans le chef de l'adjudicataire est avérée (voir supra, point IV.5), la résiliation du marché telle que visée à l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Dans ce cas, aucun délai ne devra en principe être consenti pour permettre à l'adjudicataire de présenter ses moyens de défense. Le marché sera liquidé « dans l'état dans lequel il se trouve » (ce qui s'avère moins favorable pour l'autorité adjudicatrice que la résiliation unilatérale) ;

c) l'exclusion des marchés futurs de l'autorité adjudicatrice pour une durée déterminée, conformément à l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, ou la soumission d'une proposition de sanction conformément à l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux. L'autorité adjudicatrice devra être consciente du fait que si, éventuellement, elle recourt exclusivement à cette mesure, elle pourra malgré tout être tenue solidairement responsable (selon le mécanisme expliqué dans la présente circulaire) pour les dettes salariales qui resteraient à nouveau impayées et qui seraient exigibles à compter de l'expiration du délai de 14 jours ouvrables suivant la notification de l'Inspection du travail, conformément à la loi relative à la protection de la rémunération des travailleurs.

S'il s'agit d'un marché où des avances sont accordées, les sanctions précitées de l'article 67, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 peuvent être appliquées outre les mesures énumérées ci-dessus.

Il est également possible que l'autorité adjudicatrice décide, sur la base des moyens de défense invoqués par l'adjudicataire, qu'aucune mesure ne doit être prise, par exemple parce qu'il apparaît que cet adjudicataire ou une entreprise intervenant plus en aval de la chaîne de sous-traitance, a déjà procédé à une résiliation du contrat, rendant ainsi impossible toute nouvelle infraction ou parce qu'il apparaît que les manquements ont été réparés durant le délai accordé à l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense (donc, lorsque les travailleurs concernés ont été correctement payés). Ici aussi, il convient de préciser que l'autorité adjudicatrice pourra malgré tout être tenue solidairement responsable (selon le mécanisme expliqué dans la présente circulaire) pour les dettes salariales qui resteraient à nouveau impayées et seraient exigibles à l'expiration du délai de 14 jours ouvrables suivant la notification de l'Inspection du travail, conformément à la loi relative à la protection de la rémunération des travailleurs. S'il apparaît toutefois clairement que l'accès au lieu d'exécution du marché a été interdit au sous-traitant en défaut d'exécution, par exemple en exécution d'une clause type figurant dans les documents du marché (et d'une clause analogue prévue par le contrat de sous-traitance concerné), le montant de la responsabilité solidaire restera limité. En effet, vu que les travailleurs concernés sont incapables de continuer à travailler, de nouvelles dettes salariales pour lesquelles l'autorité adjudicatrice serait solidairement responsable ne devraient plus pouvoir être réclamées après un certain temps.

Toute question pratique concernant la responsabilité solidaire pour les dettes salariales et l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal peut être adressée au point de contact créé auprès de la direction générale Contrôle des lois sociales du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale (Rue Ernest Blérot 1, 1070 Bruxelles).

Dit contactpunt kan bereikt worden op volgende wijze :

- 1° telefonisch : 02 - 233 48 15 ;
- 2° per email : tsw@werk.belgie.be

Gegeven op 22 juli 2014.

De Eerste Minister,
E. DI RUPO

De Minister van Werk,
Mevr. M. DE CONINCK

De Staatssecretaris voor de Bestrijding
van de sociale en de fiscale fraude,
J. CROMBEZ

Nota

1. Wat de sociale schulden betreft, bedraagt de hoofdelijke aansprakelijkheid 100 % van het totaalbedrag van de toevertrouwde werken.

2. Waar mogelijk via de Telemarc-toepassing. Aan de hand van de Telemarc-toepassing kunnen de aanbestedende diensten de federale gegevensbanken met inlichtingen over de situatie van de kandidaat of inschrijver (RSZ, NBB, KBO, Financiën) elektronisch raadplegen, en dit met het oog op het onderzoek van het toegangsrecht. Op heden hebben niet alleen de federale en regionale overheden maar ook reeds een heel aantal lokale overheden toegang tot Telemarc.

3. De redenering zal natuurlijk anders zijn wanneer in de loop van de gunningsprocedure (nadat het onderzoek van het toegangsrecht al heeft plaatsgevonden) zou blijken dat niet alleen volgens de website www.socialsecurity.be er sociale schulden blijken te bestaan, maar ook volgens de socialezekerheidsattesten die opgevraagd kunnen worden in het kader van het onderzoek van het toegangsrecht. In dat geval zal de betrokken kandidaat of inschrijver alsnog uitgesloten moeten worden.

4. Dit attest is geldig gedurende 20 dagen volgend op de uitreiking ervan door de bevoegde ontvanger.

5. Deze boete kan onder bepaalde voorwaarden worden verminderd (artikel 210 van het Koninklijk Besluit van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992).

6. De sociale en fiscale regelgevingen verduidelijken dat de beide hoofdelijke aansprakelijkheden in totaal niet meer dan 100 % van het totaalbedrag van de toevertrouwde werken mogen bedragen, zodat, indien de sociale hoofdelijke aansprakelijkheid als eerste wordt uitgeoefend, de fiscale hoofdelijke aansprakelijkheid niet zal worden uitgeoefend, en indien de fiscale hoofdelijke aansprakelijkheid eerst wordt uitgeoefend, de sociale hoofdelijke aansprakelijkheid zal worden beperkt tot 65 % van het bedrag van de werken.

7. Dit attest is eveneens beschikbaar via de Telemarc-toepassing (zie hierboven)

8. Ook indien het fiscaal-attest schulden aangeeft die groter zijn 3.000 €, zal de aanbestedende instantie de kandidaat/inschrijver in bepaalde gevallen toch moeten toelaten tot de procedure, meer bepaald indien de kandidaat of inschrijver aantoonbaar (alvorens de beslissing over de selectie of gunning wordt genomen, al naar gelang) dat hij op het einde van de laatst afgelopen fiscale periode vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offertes, al naar gelang, een schuldvordering bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden, op een aanbestedende instantie waarvan het bedrag, op 3.000 euro na (zie drempel), ten minste gelijk is aan de achterstallige afbetaling van zijn beroepsmatige fiscale schulden.

9. De redenering zal natuurlijk anders zijn wanneer in de loop van de gunningsprocedure (nadat het onderzoek van het toegangsrecht al heeft plaatsgevonden) zou blijken dat niet alleen volgens de website www.myminf.be er fiscale schulden blijken te bestaan, maar ook volgens de fiscale attesten die opgevraagd kunnen worden in het kader van het onderzoek van het toegangsrecht. In dat geval zal de betrokken kandidaat of inschrijver alsnog uitgesloten moeten worden.

10. Bijvoorbeeld omdat hij failliet gaat of omdat C optreedt in de keten van ondernemingen als een "lege doos"-onderneming.

11. De artikelen 66 en volgende van de programmawet (I) van 29 maart 2012, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 6 april 2012.

12. Het mechanisme in kwestie is een mechanisme van wettelijke solidariteit waaraan artikel 12 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 geen afbreuk kan doen, ook al wordt daarin het volgende bepaald: "De opdrachtnemer blijft aansprakelijk ten opzichte van de aanbestedende overheid wanneer hij de uitvoering van zijn

Ce point de contact est accessible par :

- 1° téléphone : 02 - 233 48 15 ;
- 2° courriel : cls@emploi.belgique.be

Donné le 22 juillet 2014.

Le Premier Ministre,
E. DI RUPO

La Ministre de l'Emploi,
Mme M. DE CONINCK

Le Secrétaire d'Etat pour la Lutte
contre la Fraude sociale et fiscale,
J. CROMBEZ

Note

1. En matière sociale, la responsabilité solidaire s'élevé à 100 % du montant total des travaux confiés.

2. Lorsque c'est possible via l'application Télémarc. L'application Télémarc permet aux autorités adjudicatrices de consulter de manière électronique les bases de données fédérales détenant des renseignements sur la situation du candidat ou du soumissionnaire (ONSS, BNB, BCE, Finances) et ce, en vue de l'examen du droit d'accès. À l'heure actuelle, non seulement les autorités fédérales et régionales, mais également un certain nombre d'autorités locales ont déjà accès à Telemarc.

3. Le raisonnement sera naturellement différent si, dans le cadre de la procédure de passation (après que l'examen du droit d'accès ait eu lieu), il devait apparaître qu'il reste non seulement des dettes sociales selon le site internet www.socialsecurity.be, mais aussi selon les attestations de sécurité sociale demandées dans le cadre de l'examen du droit d'accès. Dans ce cas, le candidat ou soumissionnaire concerné devra être exclu.

4. Cette attestation est valable pendant les 20 jours qui suivent sa délivrance par le receveur compétent.

5. Cette amende peut sous certaines conditions être réduite (article 210 de l'arrêté royal d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992).

6. Les réglementations sociales et fiscales précisent que le total des deux responsabilités solidaires ne peut excéder 100 % du montant total des travaux confiés de sorte que si la responsabilité solidaire sociale est exercée en premier lieu, la responsabilité solidaire fiscale ne le sera pas et si la responsabilité solidaire fiscale est exercée en premier lieu, la responsabilité solidaire sociale sera limitée à 65 % du montant des travaux.

7. Cette attestation sera également disponible via l'application Télémarc (voir supra).

8. De même, si l'attestation fiscale indique que les dettes sont supérieures à 3.000 €, l'autorité adjudicatrice devra néanmoins permettre l'accès à la procédure au candidat/soumissionnaire dans certains cas, plus particulièrement lorsque le candidat ou le soumissionnaire établit (avant la décision de sélection ou d'attribution, selon le cas) qu'il possède, selon le cas, à la fin de l'exercice fiscal venant de s'écouler avant la date de clôture pour la réception des demandes de participation ou des offres, une créance certaine, exigible et libre de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal, à 3.000 euros près, à celui pour lequel il est en retard de paiement de ses dettes fiscales.

9. Le raisonnement sera naturellement différent si, dans le cadre de la procédure de passation (après que l'examen du droit d'accès ait eu lieu), il devait apparaître qu'il reste non seulement des dettes fiscales selon le site www.myminf.be, mais aussi selon les attestations fiscales demandées dans le cadre de l'examen du droit d'accès. Dans ce cas, le candidat ou soumissionnaire concerné devra être exclu.

10. Par exemple parce qu'il fait faillite ou encore parce que C intervient dans la chaîne des entreprises comme une entreprise "boîte vide".

11. Articles 66 et suivants de la loi-programme (I) du 29 mars 2012 publiée au *Moniteur belge* du 6 avril 2012.

12. Il convient de préciser que le régime de responsabilité solidaire salariale est un mécanisme de solidarité légale auquel l'article 12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ne peut porter préjudice et ce, même si ce dernier stipule que : « Le fait que l'adjudicataire confie tout ou partie de ses engagements à des sous-traitants ne dégage pas sa responsabilité

verbintenissen geheel of gedeeltelijk aan derden toevertrouwt. De aanbestedende overheid heeft geen enkele contractuele band met die derden. ". De voormelde bepaling neemt m.a.w. de wettelijke aansprakelijkheid die op de aanbestedende instantie rust niet weg.

13. De besluiten in kwestie zijn gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 28 augustus 2013, 19 september 2013 en 6 mei 2014.

Het gaat meer bepaald om de volgende besluiten:

- het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot uitvoering van de artikelen 35/1 en 35/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde activiteiten inzake bewaking en/of toezicht;

- het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot uitvoering van de artikelen 35/1 en 35/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde activiteiten uitgevoerd in de bouwsector;

- het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot uitvoering van de artikelen 35/1 en 35/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde activiteiten inzake elektriciteit;

- het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot uitvoering van de artikelen 35/1 en 35/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde activiteiten van stoffering en van houtbewerking;

- het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot uitvoering van de artikelen 35/1 en 35/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde activiteiten inzake de metaal-, machine- en elektrische bouw;

- het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot uitvoering van de artikelen 35/1, 35/2, en 35/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde landbouwactiviteiten;

- het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot uitvoering van de artikelen 35/1, 35/2 en 35/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde schoonmaakactiviteiten;

- het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot uitvoering van de artikelen 35/1, 35/2 en 35/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde tuinbouwactiviteiten;

- het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot uitvoering van de artikelen 35/1, 35/2 en 35/3, van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde activiteiten uitgevoerd in de voedingsnijverheid en in de handel in voedingswaren;

- het koninklijk besluit van 11 september 2013 tot wijziging van het koninklijk besluit van 17 augustus 2013 tot uitvoering van de artikelen 35/1, 35/2 en 35/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde activiteiten uitgevoerd in de voedingsnijverheid en in de handel in voedingswaren;

- het koninklijk besluit van 24 april 2014 tot uitvoering van de artikelen 35/1 en 35/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het loon in het kader van bepaalde transportactiviteiten.

14. Voor de berekening van deze termijn van 14 werkdagen wordt, zoals algemeen gangbaar is in het arbeidsrecht, ook de zaterdag als een werkdag beschouwd, tenzij het zou gaan om een wettelijke feestdag. De termijn van 14 werkdagen zal bovendien ingaan de eerste werkdag die volgt op de datum van verzending van de kennisgeving (artikel 35/3, § 4, wet van 12 april 1965).

15. Of nog, rekening houdende met de opdecimen, een strafrechtelijke boete van 300 tot 3.000 euro, dan wel een administratieve boete van 150 tot 1.500 euro.

envers le pouvoir adjudicateur. Celui-ci ne se reconnaît aucun lien contractuel avec ces tiers. ». La disposition précitée ne permet, en aucun cas, à une autorité adjudicatrice de s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe en vertu de la loi.

13. Les arrêtés en question sont publiés au *Moniteur belge* du 28 août 2013, du 19 septembre 2013 et du 6 mai 2014.

Il s'agit plus en particulier des arrêtés suivants :

- l'arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution des articles 35/1 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités en matière de gardiennage et/ou de surveillance ;

- l'arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution des articles 35/1 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités exercées dans le secteur de la construction ;

- l'arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution des articles 35/1 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités en matière d'électricité ;

- l'arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution des articles 35/1 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités de l'ameublement et de l'industrie transformatrice du bois ;

- l'arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution des articles 35/1 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités exercées en matière de constructions métallique, mécanique et électrique ;

- l'arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution des articles 35/1, 35/2 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités d'agriculture ;

- l'arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution des articles 35/1, 35/2 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités de nettoyage ;

- l'arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution des articles 35/1, 35/2 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités horticoles ;

- l'arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution des articles 35/1, 35/2 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités exercées dans l'industrie alimentaire et dans le commerce alimentaire ;

- l'arrêté royal du 11 septembre 2013 modifiant l'arrêté royal du 17 août 2013 portant exécution des articles 35/1, 35/2 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités exercées dans l'industrie alimentaire et dans le commerce alimentaire ;

- l'arrêté royal du 24 avril 2014 portant exécution des articles 35/1 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités de transport.

14. Pour le calcul de ce délai de 14 jours ouvrables, comme c'est généralement le cas dans le droit du travail, le samedi est également considéré comme un jour ouvrable, à moins qu'il ne s'agisse d'un jour férié légal. Par ailleurs, le délai de 14 jours ouvrables prendra cours le premier jour ouvrable qui suit la date d'envoi de la notification (article 35/3, § 4, de la loi du 12 avril 1965).

15. Soit, tenant compte de l'application des décimes additionnels, une amende pénale de 300 à 3.000 euros, soit d'une amende administrative de 150 à 1.500 euros.

16. Het gaat om de kennisgeving waarmee de aanbestedende instanties worden geïnformeerd dat hun aannemers of de na hen komende onderaannemers op zwaarwichtige wijze tekortschieten in hun verplichting om het loon uit te betalen aan hun werknemers.

17. Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen.

18. <http://www.werk.belgie.be/defaultTab.aspx?id=442>

19. Overeenkomstig artikel 101 van het Sociaal Strafwetboek bestaat een sanctie van niveau 4 ofwel uit een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar en een geldboete van 600 tot 6.000 euro of in slechts een van deze straffen, ofwel in een administratieve boete van 300 tot 3.000 euro. Deze bedragen moeten nog verhoogd worden met de opdecimen, die zowel van toepassing zijn voor de penale boeten als de administratieve boeten. Momenteel betekent deze opdecimen dat de bedragen vermenigvuldigd moeten worden met een 6. Er moet worden verduidelijkt dat de voormelde boete (zowel de geldboete als de administratieve boete) vermenigvuldigd wordt met het aantal betrokken werknemers met als maximum honderd.

20. Wat de sancties betreft waarin wordt voorzien ten aanzien van de aannemers (opdrachtnemers) en de onderaannemers, wordt verwezen naar de parlementaire werkzaamheden van de wet van 11 februari 2013 (<http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/53/2466/53K2466001.pdf>).

21. Het kan in die zin ook gaan om werknemers van onderaannemers lager in de keten.

22. Overeenkomstig artikel 5 van het Strafwetboek kunnen meer bepaald niet als strafrechtelijk verantwoordelijke rechtspersoon worden beschouwd : de federale Staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en tot slot de openbare centra voor maatschappelijk welzijn. Het betreft een limitatieve lijst.

23. P. 43 Memorie van Toelichting

24. Deze laatste hypothese lijkt zich niet vaak te zullen voordoen, aangezien aangenomen mag worden dat de arbeidsinspectie de kennisgeving in regel ook zal hebben verstuurd naar de opdrachtnemer.

25. De koning stelt dit minimumloon vast. In de praktijk wordt gekozen voor het loon waarom de werknemer recht heeft op basis van de collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in paritair comité of subcomité waaronder hij ressorteert.

26. De koning bepaalt deze referentieperiode. In de praktijk gaat de referentieperiode in vanaf de aanvang van de opdracht, zonder dat de termijn langer kan zijn dan één jaar.

27. Zij zijn verplicht daarvan dadelijk bericht te geven aan de procureur des Konings bij de rechtbank binnen wier rechtsgebied die misdaad of dat wanbedrijf is gepleegd of de verdachte zou kunnen worden gevonden, en moeten aan die magistraat alle desbetreffende inlichtingen, processen-verbaal en akten doen toekomen.

Bijlage 1

Typeclausule die de toegang tot de plaats van uitvoering van de opdracht ontzegt alsook de verdere uitvoering van de opdracht verhindert voor een opdrachtnemer of een onderaannemer die een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land tewerkstelt, zoals blijkt uit een kennisgeving van de arbeidsinspectie :

“Wanneer de opdrachtnemer of onderaannemer, hierna “de onderneming” genoemd, het in artikel 49/2, vierde lid, van het Sociaal Strafwetboek bedoelde afschrift ontvangt waarmee zij ervan in kennis wordt gesteld dat zij een of meerdere illegaal verblijvende onderdanen van een derde land in België tewerkstelt, onthoudt deze onderneming zich ervan, met onmiddellijke ingang, de plaats van uitvoering van de opdracht nog verder te betreden of nog verder uitvoering aan de opdracht te geven, en wel tot de aanbestedende instantie een bevel in andere zin zou geven.

Hetzelfde geldt wanneer de voormelde onderneming ervan in kennis wordt gesteld,

- ofwel, naargelang het geval, door de opdrachtnemer of de aanbestedende instantie, dat zij de in artikel 49/2, eerste dan wel tweede lid, van het Sociaal Strafwetboek bedoelde kennisgeving heeft ontvangen die betrekking heeft op deze onderneming;

16. Il s'agit d'une notification dans laquelle les autorités adjudicatrices sont informées de ce que leurs entrepreneurs ou les sous-traitants succèdent à ceux-ci manquant gravement à leur obligation de payer la rémunération à leurs travailleurs.

17. 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.

18. <http://www.emploi.belgique.be/defaultTab.aspx?id=442>

19. Conformément à l'article 101 du Code pénal social, une sanction de niveau 4 consiste soit en un emprisonnement de six mois à trois ans et une amende pénale de 600 à 6.000 euros ou en une de ces peines seulement, soit en une amende administrative de 300 à 3.000 euros. Ces montants doivent être majorés des décimes additionnels qui s'appliquent aussi bien à l'amende pénale qu'à l'amende administrative. Actuellement les décimes impliquent une multiplication desdits montants par 6. Il convient de préciser que l'amende précitée (tant pénale qu'administrative) est multipliée par le nombre de travailleurs concernés avec un maximum de cent.

20. S'agissant des sanctions prévues à l'égard des entrepreneurs (adjudicataires) et des sous-traitants, il est renvoyé aux travaux parlementaires de la loi du 11 février 2013 (<http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/53/2466/53K2466001.pdf>).

21. Il peut également s'agir en ce sens d'employés intervenant plus en aval de la chaîne de sous-traitance.

22. Conformément à l'article 5 du Code pénal, ne peuvent être considérés comme des personnes morales responsables pénalement : l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intra-communaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et enfin les centres publics d'action sociale. Il s'agit d'une liste limitative.

23. P. 43 Exposé des Motifs.

24. Cette dernière hypothèse ne se produira probablement pas souvent. Il peut en effet être admis que l'inspection du travail aura, en règle générale, également envoyé la notification à l'adjudicataire.

25. Le Roi fixe ce salaire minimum. Dans la pratique, il a été opté pour le salaire auquel le travailleur a droit sur la base des conventions collectives de travail arrêtées au sein de la commission paritaire ou de la sous-commission paritaire dont il relève.

26. Le Roi détermine cette période de référence. Dans la pratique, la période de référence prend cours dès que le contrat prend effet, sans que ce dé lai ne puisse excéder 1 an.

27. Ils seront tenus d'en donner avis sur le champ au procureur du Roi près le tribunal dans le ressort duquel ce crime ou ce délit aura été commis ou dans lequel l'inculpé pourrait être trouvé, et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

Annexe 1

Clause type interdisant l'accès au lieu d'exécution du marché à un adjudicataire ou à un sous-traitant et l'empêchant de poursuivre l'exécution du marché, lorsqu'une notification de l'inspection du travail révèle qu'il occupe un ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal :

« Lorsque l'adjudicataire ou sous-traitant, ci-après dénommé « l'entreprise », reçoit copie de la notification visée à l'article 49/2, alinéa 4, du Code pénal social, dans laquelle il est informé qu'il occupe en Belgique un ou plusieurs ressortissants d'un pays tiers en séjour illégal, cet adjudicataire ou sous-traitant s'abstient, avec effet immédiat, de se rendre encore au lieu d'exécution du marché ou de poursuivre l'exécution du marché, et ce jusqu'à ce que l'autorité adjudicatrice donne un ordre contraire.

Il en va de même lorsque cette entreprise est informée,

- soit par l'adjudicataire ou par l'autorité adjudicatrice selon le cas de ce qu'ils ont reçu la notification, visée à l'article 49/2, alinéa 1^{er} et 2, du Code pénal social, concernant cette entreprise ;

- ofwel door middel van de in artikel 35/12 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde aanplakking, dat zij een of meerdere illegaal verblijvende onderdanen van een derde land in België tewerkstelt.

De onderneming is er bovendien toe gehouden een clause op te nemen in de onderaannemingsovereenkomsten die zij desgevallend zou sluiten, op grond waarvan :

1° de onderaannemer er zich van onthoudt de plaats van uitvoering van de opdracht nog verder te betreden of nog verder uitvoering aan de opdracht te geven, indien uit een in uitvoering van artikel 49/2 van het Sociaal Strafwetboek opgestelde kennisgeving blijkt dat deze onderaannemer een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land tewerkstelt;

2° de niet-naleving van de onder 1° gestelde verplichting aanzien wordt als een ernstige tekortkoming in hoofde van de onderaannemer, ingevolge waarvan de onderneming is gemachtigd de overeenkomst te verbreken;

3° de onderaannemer ertoe is gehouden een soortgelijke clause als onder 1° en 2° op te nemen in de onderaannemingsovereenkomsten en ervoor te zorgen dat dergelijke clauses ook in de verdere onderaannemingsovereenkomsten worden opgenomen.”

Bijlage 2

Typeclause die de toegang tot de plaats van uitvoering van de opdracht ontzegt alsook de verdere uitvoering van de opdracht verhindert voor een opdrachtnemer of onderaannemer die een werkgever blijkt te zijn die op zwaarwichtige wijze tekortschiet in zijn verplichting het aan zijn werknemers verschuldigde loon tijdig te betalen, zoals blijkt uit een kennisgeving van de arbeidsinspectie :

“Wanneer de opdrachtnemer of onderaannemer, hierna “de onderneming” genoemd, het in artikel 49/1, derde lid, van het Sociaal Strafwetboek bedoelde afschrift ontvangt van de kennisgeving waarmee zij ervan in kennis wordt gesteld dat zij een zwaarwichtige inbreuk heeft begaan op de verplichting om haar werknemers tijdig het loon te betalen waarop deze recht hebben, onthoudt zij zich ervan, met onmiddellijke ingang, de plaats van uitvoering van de opdracht nog verder te betreden of nog verder uitvoering aan de opdracht te geven, en wel tot zij het bewijs voorlegt aan de aanbestedende instantie dat de betrokken werknemers integraal zijn uitbetaald.

Hetzelfde geldt wanneer de voormelde onderneming ervan in kennis wordt gesteld,

- ofwel, naargelang het geval, door de opdrachtnemer of de aanbestedende instantie, dat zij de in artikel 49/1, eerste lid, van het Sociaal Strafwetboek bedoelde kennisgeving heeft ontvangen die betrekking heeft op deze onderneming ;

- ofwel door middel van de in artikel 35/4 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde aanplakking.

De onderneming is er bovendien toe gehouden een clause op te nemen in de onderaannemingsovereenkomst die zij desgevallend zou sluiten, op grond waarvan :

1° de onderaannemer er zich van onthoudt de plaats van uitvoering van de opdracht nog verder te betreden of nog verder uitvoering aan de opdracht te geven, indien uit een in uitvoering van artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek opgestelde kennisgeving blijkt dat deze onderaannemer op zwaarwichtige wijze tekortschiet in zijn verplichting het aan zijn werknemers verschuldigde loon tijdig uit te betalen;

2° de niet-naleving van de onder 1° gestelde verplichting aanzien wordt als een ernstige tekortkoming in hoofde van de onderaannemer, ingevolge waarvan de opdrachtnemer is gemachtigd de overeenkomst te verbreken;

3° de onderaannemer ertoe is gehouden een soortgelijke clause als onder 1° en 2° op te nemen in de onderaannemingsovereenkomsten en ervoor te zorgen dat dergelijke clauses ook in de verdere onderaannemingsovereenkomsten worden opgenomen.”

Bijlage 3

Voorbeeld van afwijkingsclause wat de termijn betreft waarbinnen de opdrachtnemer zijn verweermiddelen kan doen gelden :

“Onverminderd de mogelijkheid waarover de aanbestedende instantie beschikt om de opdracht te verbreken zonder het in acht nemen van enige verweermiddelentermijn in uitvoering van artikel 62 van het

- soit via l’affichage prévu par l’article 35/12 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection de la rémunération des travailleurs, qu’elle occupe en Belgique un ou plusieurs ressortissants d’un pays tiers en séjour illégal.

Par ailleurs, l’entreprise est tenue d’insérer, dans les contrats de sous-traitance qu’elle conclurait éventuellement, une clause stipulant que :

1° le sous-traitant s’abstient de se rendre encore au lieu d’exécution du marché ou de poursuivre l’exécution du marché, lorsqu’une notification établie en exécution de l’article 49/2 du Code pénal social révèle que ce sous-traitant occupe un ressortissant d’un pays tiers en séjour illégal ;

2° le non-respect de l’obligation visée au point 1° est considéré comme un manquement grave dans le chef du sous-traitant, à la suite duquel l’entreprise est habilitée à résilier le contrat;

3° le sous-traitant est tenu d’insérer, dans les contrats de sous-traitance, une clause analogue à celle visée aux points 1° et 2° et d’assurer que de telles clauses soient également insérées dans les contrats de sous-traitance ultérieurs. ».

Annexe 2

Clause type interdisant l’accès au lieu d’exécution du marché à un adjudicataire ou à un sous-traitant et l’empêchant de poursuivre l’exécution du marché, lorsqu’une notification de l’inspection du travail révèle qu’il manque gravement à son obligation de payer dans les délais, à ses travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit:

« Lorsque l’adjudicataire ou sous-traitant, ci-après dénommé « l’entreprise », reçoit copie de la notification visée à l’article 49/1, alinéa 3, du Code pénal social, par laquelle il est informé d’un manquement grave à son obligation de payer dans les délais, à ses travailleurs la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit, cet adjudicataire ou sous-traitant s’abstient, avec effet immédiat, de se rendre encore au lieu d’exécution du marché ou de poursuivre l’exécution du marché, et ce jusqu’à ce qu’il présente la preuve à l’autorité adjudicatrice que les travailleurs concernés ont reçu l’intégralité de leur rémunération.

Il en va de même lorsque cette entreprise est informée,

- soit par l’adjudicataire ou par l’autorité adjudicatrice selon le cas de ce qu’ils ont reçu la notification visée à l’article 49/1, alinéa 1^{er}, du Code pénal social, concernant cette entreprise ;

- soit via l’affichage prévu par l’article 35/4 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection de la rémunération des travailleurs.

Par ailleurs, l’entreprise est tenue d’insérer, dans les contrats de sous-traitance qu’elle conclurait éventuellement, une clause stipulant que :

1° le sous-traitant s’abstient de se rendre encore au lieu d’exécution du marché ou de poursuivre l’exécution du marché, lorsqu’une notification établie en exécution de l’article 49/1 du Code pénal social révèle que ce sous-traitant manque gravement à son obligation de payer dans les délais, à ses travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit;

2° le non-respect de l’obligation visée au point 1° est considéré comme un manquement grave dans le chef du sous-traitant, à la suite duquel l’adjudicataire est habilité à résilier le contrat;

3° le sous-traitant est tenu d’insérer, dans les contrats de sous-traitance, une clause analogue à celle visée aux points 1° et 2° et d’assurer que de telles clauses soient également insérées dans les contrats de sous-traitance ultérieurs. ».

Annexe 3

Exemple de clause dérogatoire en ce qui concerne le délai dont dispose l’adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense :

« Sans préjudice de la possibilité dont dispose l’autorité adjudicatrice de résilier le marché sans tenir compte d’un quelconque délai pour la présentation par l’adjudicataire de ses moyens de défense en exécution

koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, mag de aanbestedende instantie in de onderstaande gevallen de ambtshalve maatregelen treffen zonder het verstrijken van de termijn bedoeld in artikel 44, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 14 januari 2013 af te wachten wanneer :

1° deze aanbestedende instantie, overeenkomstig artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek, ervan in kennis is gesteld dat de opdrachtnemer of zijn onderaannemer of de onderaannemer van deze laatste en zo verder, op zwaarwichtige wijze tekort is geschoten in zijn verplichting om zijn werknemers tijdig het loon te betalen waarop deze recht hebben; of

2° deze aanbestedende instantie vaststelt of er kennis van heeft dat de opdrachtnemer of zijn onderaannemer of de onderaannemer van deze laatste en zo verder één of meer illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt.

De aanbestedende instantie stelt de opdrachtnemer in dat geval, per aangetekende zending en tegelijkertijd via elektronische middelen (email of fax), in kennis van de termijn waarover deze beschikt om zijn verweermiddelen te doen gelden, termijn die niet korter mag zijn dan 5 werkdagen indien het een zwaarwichtige tekortkoming op het vlak van de uitbetaling van het loon betreft, en 2 werkdagen indien het de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen betreft. De termijnen gaan in de eerste werkdag volgend op de datum van de aangetekende verzending van de kennisgeving van de inkorting van de termijn.

Voor de toepassing van deze bepaling, wordt opgemerkt dat een zaterdag niet wordt beschouwd als zijnde een werkdag (overeenkomstig artikel 72bis van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, met verwijzing naar de verordening nr. 1182/71 van de Raad, van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervalttermijnen).".

Bij de berekening van de door de voormelde clausule gegarandeerde verweermiddeltermijn van vijf dan wel twee werkdagen wordt de zaterdag inderdaad niet beschouwd als zijnde een werkdag, zoals dit volgt uit de wetgeving overheidsopdrachten, dit in tegenstelling tot wat algemeen gangbaar is in het arbeidsrecht (waar de zaterdag wel als werkdag wordt beschouwd). Aangezien de minimaal gegarandeerde verweermiddeltermijn van de opdrachtnemer van 5 en vooral van 2 werkdagen uitermate kort is, wordt naast de aangetekende zending ook voorzien in een in kennisstelling via een elektronisch middel. Op die manier wordt ervoor gezorgd dat de opdrachtnemer effectief en zo spoedig mogelijk zijn korte verweermiddeltermijn kan aanwenden, ook indien zou blijken dat bij de postdiensten bijvoorbeeld een vertraging wordt opgelopen.

De afwijking van artikel 44, § 2 en artikel 47, § 1, van het voormelde koninklijk besluit van 14 januari 2013, kan als volgt worden gemotiveerd:

"De termijn van 15 kalenderdagen waarover de opdrachtnemer overeenkomstig artikel 44, § 2, van voormeld koninklijk besluit van 14 januari 2013 beschikt om zijn verweermiddelen te doen gelden, zou er in veel gevallen toe leiden dat de termijn van 14 werkdagen na de kennisgeving van de arbeidsinspectie (overeenkomstig artikel 35/3, § 4, wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers), termijn waarover de aanbestedende instantie beschikt om desgevallend de opdracht nog te verbreken en daarmee de hoofdelijke aansprakelijkheid volledig af te wenden, zal zijn verstreken. De verweermiddeltermijn voor de opdrachtnemer moet in dat geval kunnen worden ingekort door de aanbestedende instantie.

Een verdergaande inkorting van de verweermiddeltermijn van de opdrachtnemer is noodzakelijk wanneer de aanbestedende instantie er kennis van krijgt dat deze onderneming of zijn onderaannemer of de onderaannemer van deze laatste en zo verder, één of meer illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt. Immers, vanaf het moment dat de aanbestedende instantie immers op de hoogte is van het feit dat zijn opdrachtnemer één of meer illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt, zal hij in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de betaling van het door zijn opdrachtnemer nog verschuldigde loon dat betrekking heeft op de arbeidsprestaties verricht vanaf het ogenblik dat zij op de hoogte is van voormeld feit en deze prestaties kaderen in de overheidsopdracht (artikel 35/11 wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers).

Bovendien kan de aanbestedende instantie strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor de inbreuken die worden begaan vanaf het moment dat zij op de hoogte is van de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen bij de uitvoering van de opdracht.

de l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, l'autorité adjudicatrice peut recourir aux mesures d'office dans les cas suivants, sans attendre l'expiration du délai visé à l'article 44, § 2, de l'arrêté royal précité du 14 janvier 2013, lorsque :

1° cette autorité adjudicatrice est informée, conformément à l'article 49/1 du Code pénal social, que l'adjudicataire ou son sous-traitant ou le sous-traitant de ce dernier et ainsi de suite, a gravement manqué à son obligation de payer dans les délais, à ses travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit; ou

2° cette autorité adjudicatrice constate ou est informée que l'adjudicataire ou son sous-traitant ou le sous-traitant de ce dernier et ainsi de suite, occupe un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

Dans ce cas, l'autorité adjudicatrice informe, par envoi recommandé et, en même temps, par des moyens électroniques (courriel ou fax), l'adjudicataire du délai dont il dispose pour faire valoir ses moyens de défense, délai qui ne peut être inférieur à 5 jours ouvrables s'il s'agit d'un manquement grave à l'obligation de paiement de la rémunération et à 2 jours ouvrables s'il s'agit de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Les délais courent le premier jour ouvrable suivant la date de l'envoi recommandé de la notification de la réduction du délai.

Pour l'application de cette disposition, il convient de noter qu'un samedi n'est pas considéré comme un jour ouvrable (conformément à l'article 72bis de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, par référence au règlement n° 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes). ».

Lors du calcul du délai de cinq ou de deux jours ouvrables, garanti pour les moyens de défense suite à la clause précitée, le samedi n'est effectivement pas considéré, conformément à la législation relative aux marchés publics mais contrairement à ce qui est généralement le cas dans le droit du travail, comme un jour ouvrable. Vu que le délai minimum garanti de 5 et surtout de 2 jours ouvrables dont dispose l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense est très court, la notification doit se faire non seulement par envoi recommandé, mais également par le biais de moyens électroniques. Ceci afin de permettre à l'adjudicataire d'utiliser effectivement et le plus rapidement possible le bref délai dont il dispose pour la présentation de ses moyens de défense, même s'il devait apparaître que les services postaux ont par exemple accumulé du retard.

La dérogation aux articles 44, § 2, et 47, § 1^{er}, de l'arrêté royal précité du 14 janvier 2013 peut être motivée comme suit :

« Le délai de 15 jours calendrier dont dispose l'adjudicataire conformément à l'article 44, § 2, de l'arrêté royal précité du 14 janvier 2013, pour faire valoir ses moyens de défense devrait mener, dans de nombreux cas, à un dépassement du délai de 14 jours ouvrables suivant la notification émanant de l'Inspection du travail (en vertu de l'article 35/3, § 4, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs), délai dont dispose l'autorité adjudicatrice pour pouvoir encore, le cas échéant, résilier le marché et ainsi être pleinement déchargée de la responsabilité solidaire. L'autorité adjudicatrice doit, dans ce cas, pouvoir réduire le délai dont dispose l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense.

Une réduction supplémentaire du délai dont dispose l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense est nécessaire lorsque l'autorité adjudicatrice est informée que cette entreprise ou son sous-traitant ou le sous-traitant de ce dernier et ainsi de suite, occupe un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal. En effet, à partir du moment où l'autorité adjudicatrice est informée du fait que son adjudicataire occupe un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal, elle sera en principe solidairement responsable du paiement de la rémunération encore due par son adjudicataire pour les prestations de travail effectuées dès lors qu'elle est informée du fait précité et que ces prestations s'inscrivent dans le cadre du marché public (article 35/11 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs).

En outre, l'autorité adjudicatrice peut avoir sa responsabilité pénale engagée pour des infractions commises dans le cours de l'exécution du marché à partir du moment où elle est informée de l'occupation de ressortissants en séjour illégal.

De verplichting voor de aanbestedende instantie om in voormelde gevallen het verstrijken van een verweermiddelentermijn van 15 kalenderdagen af te wachten gedurende dewelke de opdrachtnemer zijn verweermiddelen kan doen gelden, zou de hoofdelijke aansprakelijkheid van de aanbestedende instantie zelf te zeer verzwaken.”.

De toepassing van deze bepaling is evenwel onderworpen aan de voorwaarde dat er geen gepaste maatregelen werden genomen, lager in de keten van aanneming.

De zin in verband met de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de aanbestedende instantie moet vanzelfsprekend niet opgenomen worden indien de aanbestedende instantie strafrechtelijk immuun is.

Bijlage 4

Voorbeeld van afwijkingsclausule wat de termijn betreft waarbinnen de opdrachtnemer zijn verweermiddelen kan doen gelden in de schoonmaaksector :

“Onverminderd de mogelijkheid waarover de aanbestedende instantie beschikt om de opdracht te verbreken zonder het in acht nemen van enige verweermiddelentermijn in hoofde van de opdrachtnemer, in uitvoering van artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, mag de aanbestedende instantie in de onderstaande gevallen de ambtshalve maatregelen treffen zonder het verstrijken van de termijn bedoeld in artikel 44, § 2, van voormelde koninklijk besluit van 14 januari 2013 af te wachten, wanneer :

1° deze aanbestedende instantie, overeenkomstig artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek, ervan in kennis is gesteld dat de opdrachtnemer of zijn onderaannemer of de onderaannemer van deze laatste en zo verder, op zwaarwichtige wijze tekort is geschoten in zijn verplichting om zijn werknemers tijdig het loon te betalen waarop deze recht hebben; of

2° deze aanbestedende instantie vaststelt of er kennis van krijgt dat de opdrachtnemer of zijn onderaannemer of de onderaannemer van deze laatste en zo verder één of meer illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt.

De aanbestedende instantie stelt de opdrachtnemer in dat geval, per aangetekende zending en tegelijkertijd via elektronische middelen (email of fax) in kennis van de termijn waarover deze beschikt om zijn verweermiddelen te doen gelden, termijn die niet korter mag zijn dan 5 werkdagen indien het een zwaarwichtige tekortkoming op het vlak van de uitbetaling van het loon betreft, en 2 werkdagen indien het de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen betreft. De termijnen gaan in de eerste werkdag volgend op de datum van de [aangetekende] verzending van de kennisgeving van de inkorting van de termijn.

In het hierboven vermelde geval onder 1° zal de ambtshalve maatregel slechts uitwerking hebben indien de betrokken werknemers het betrokken gedeelte van het loon niet binnen de 14 werkdagen na de kennisgeving hebben ontvangen.

Voor de toepassing van deze bepaling wordt opgemerkt dat een zaterdag niet wordt beschouwd als zijnde een werkdag (overeenkomstig artikel 72bis van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, met verwijzing naar de verordening nr. 1182/71 van de Raad, van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervalttermijnen).”.

Bij de berekening van de ingevolge voormelde clausule gegarandeerde verweermiddelentermijn van vijf dan wel twee werkdagen wordt de zaterdag inderdaad niet beschouwd als zijnde een werkdag, zoals dit volgt uit de wetgeving overheidsopdrachten, dit in tegenstelling tot wat algemeen gangbaar is in het arbeidsrecht (waar de zaterdag wel als werkdag wordt beschouwd). Aangezien de minimaal gegarandeerde verweermiddelentermijn van de opdrachtnemer van 5 en vooral van 2 werkdagen uitermate kort is, wordt naast de aangetekende zending ook voorzien in een kennisgeving via elektronische middelen. Op die manier wordt ervoor gezorgd dat de opdrachtnemer effectief en zo spoedig mogelijk zijn korte verweermiddelentermijn kan aanwenden, ook indien zou blijken dat bij de postdiensten bijvoorbeeld een vertraging wordt opgelopen.

L’obligation pour l’autorité adjudicatrice d’attendre, dans les cas précités, l’expiration d’un délai de 15 jours calendrier pour permettre à l’adjudicataire de présenter ses moyens de défense, pèserait lourdement sur sa propre responsabilité solidaire. ».

L’application de cette disposition est toutefois soumise à la condition qu’aucune mesure adéquate n’a été prise en aval de la chaîne de sous-traitance.

La phrase relative à la responsabilité pénale de l’autorité adjudicatrice ne doit évidemment pas être insérée si l’autorité adjudicatrice bénéficie de l’immunité pénale.

Annexe 4

Exemple d’une clause dérogatoire en ce qui concerne le délai dont dispose l’adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense dans le secteur du nettoyage

« Sans préjudice de la possibilité dont dispose l’autorité adjudicatrice de résilier le marché sans tenir compte d’un quelconque délai pour la présentation par l’adjudicataire de ses moyens de défense, en exécution de l’article 62 de l’arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d’exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, l’autorité adjudicatrice peut recourir aux mesures d’office dans les cas suivants, sans attendre l’expiration du délai visé à l’article 44, § 2, de l’arrêté royal précité du 14 janvier 2013, lorsque :

1° cette autorité adjudicatrice est informée, conformément à l’article 49/1 du Code pénal social, que l’adjudicataire ou son sous-traitant ou le sous-traitant de ce dernier et ainsi de suite, a gravement manqué à son obligation de payer dans les délais, à ses travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit; ou

2° cette autorité adjudicatrice constate ou est informée que l’adjudicataire ou son sous-traitant ou le sous-traitant de ce dernier et ainsi de suite, occupe un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

Dans ce cas, l’autorité adjudicatrice informe, par envoi recommandé et, en même temps, par des moyens électroniques (courriel ou fax), l’adjudicataire du délai dont il dispose pour faire valoir ses moyens de défense, délai qui ne peut être inférieur à 5 jours ouvrables s’il s’agit d’un manquement grave à l’obligation de paiement de la rémunération et à 2 jours ouvrables s’il s’agit de l’occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Les délais prennent cours le premier jour ouvrable qui suit la date de l’envoi [recommandé] de la notification de la réduction du délai.

Dans le cas visé au point 1°, la mesure d’office ne produira ses effets que si les travailleurs concernés n’ont pas reçu la part concernée de la rémunération dans les 14 jours ouvrables qui suivent la réception de la notification.

Pour l’application de cette disposition, il convient de noter qu’un samedi n’est pas considéré comme un jour ouvrable (conformément à l’article 72bis de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, par référence au règlement n° 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes). ».

Lors du calcul du délai de cinq ou de deux jours ouvrables, garanti pour les moyens de défense suite à la clause précitée, le samedi n’est effectivement pas considéré, conformément à la législation relative aux marchés publics mais contrairement à ce qui est généralement le cas dans le droit du travail, comme un jour ouvrable. Vu que le délai minimum garanti de 5 et surtout de 2 jours ouvrables dont dispose l’adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense est très court, la notification doit se faire non seulement par envoi recommandé, mais également par le biais de moyens électroniques. Ceci afin de permettre à l’adjudicataire d’utiliser effectivement et le plus rapidement possible le bref délai dont il dispose pour la présentation de ses moyens de défense, même s’il devait apparaître que les services postaux ont par exemple accumulé du retard.

Deze afwijking van artikel 44, § 2 en artikel 47, § 1, van voormeld koninklijk besluit van 14 januari 2013, kan als volgt worden gemotiveerd:

“De termijn van 15 kalenderdagen waarover de opdrachtnemer overeenkomstig artikel 44, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 14 januari 2013 beschikt om zijn verweermiddelen te doen gelden, zou er in veel gevallen toe leiden dat de termijn van 14 werkdagen na de kennisgeving van de arbeidsinspectie (artikel 35/3, § 4, wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers), termijn waarover de aanbestedende instantie beschikt om desgevallend de opdracht nog te verbreken en daarmee de hoofdelijke aansprakelijkheid volledig af te wenden, zal zijn verstreken. De verweermiddelentermijn van de opdrachtnemer moet in dat geval kunnen worden ingekort door de aanbestedende instantie.

Een verdergaande inkorting van de verweermiddelentermijn van de opdrachtnemer is noodzakelijk wanneer de aanbestedende instantie er kennis van krijgt dat de opdrachtnemer of zijn onderaannemer of de onderaannemer van deze laatste en zo verder één of meer illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt. Immers, vanaf het moment dat de aanbestedende instantie op de hoogte is van het feit dat zijn opdrachtnemer één of meerdere illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt, zal zij in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de betaling van het door zijn opdrachtnemer nog verschuldigd loon dat betrekking heeft op de arbeidsprestaties verricht vanaf het ogenblik dat zij op de hoogte is van voormeld feit en deze prestaties kaderen in de in uitvoering zijnde overheidsopdracht (artikel 35/11 wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers).

Bovendien kan de aanbestedende instantie strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor de inbreuken die worden begaan vanaf het moment dat zij op de hoogte is van de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen.

De verplichting om in voormelde gevallen het verstrijken van de verweermiddelentermijn van de opdrachtnemer van 15 kalenderdagen af te wachten, zou haar eigen hoofdelijke aansprakelijkheid te zeer verzwaren en eventueel ook de strafrechtelijke aansprakelijkheid van haar mandatarissen en leidend ambtenaren.

Het nemen van een ambtshalve maatregel wegens de ontvangst van een kennisgeving op grond van artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek is voorwaardelijk aangezien in de betrokken sector overeenkomstig het koninklijk besluit van ... xxx... (hier het betreffende koninklijk besluit voor ofwel de vleesverwerkingssector ofwel de schoonmaaksector vermelden) geldt dat de opdrachtgevers, wanneer voorzien is in de verbreking zonder vergoeding van de overheidsopdracht in geval van kennisgeving in de zin van het voormelde artikel van het Sociaal Strafwetboek, deze verbreking niet kan ingaan indien de betrokken werknemers het gedeelte van het betrokken loon nog binnen de 14 werkdagen na de kennisgeving hebben ontvangen. Uit de aard der zaak kan de verbreking in de betrokken sector dus slechts voorwaardelijk zijn.”.

De toepassing van deze bepaling is evenwel onderworpen aan de voorwaarde dat er geen gepaste maatregelen werden genomen, lager in de keten van aanneming.

De zin in verband met de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de aanbestedende instantie moet vanzelfsprekend niet opgenomen worden indien de aanbestedende instantie strafrechtelijk immuun is.

Bijlage 5

Voorbeeld van afwijklingsclausule waardoor een schorsing in aanwezigheid van een kennisgeving overeenkomstig de artikelen 49/1 of 49/2 Sociaal Strafwetboek, geen aanleiding geeft schadevergoeding:

“In afwijking van artikel 55 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, kan de schorsing op bevel van de aanbestedende instantie in de onderstaande gevallen geen aanleiding geven tot enige schadevergoeding voor de opdrachtnemer wanneer :

1° deze aanbestedende instantie, overeenkomstig artikel 49/1 van het Sociaal Strafwetboek, ervan in kennis is gesteld dat de opdrachtnemer of zijn onderaannemer of de onderaannemer van deze laatste en zo verder, op zwaarwichtige wijze tekort is geschoten in zijn verplichting om zijn werknemers tijdig het loon te betalen waarop deze recht hebben; of

Cette dérogation aux articles 44, § 2, et 47, § 1^{er}, de l'arrêté royal précité du 14 janvier 2013 peut être motivée comme suit :

« Le délai de 15 jours calendrier dont dispose l'adjudicataire conformément à l'article 44, § 2, de l'arrêté royal précité du 14 janvier 2013, pour faire valoir ses moyens de défense devrait mener, dans de nombreux cas, à un dépassement du délai de 14 jours ouvrables suivant la notification de l'Inspection du travail (article 35/3, § 4, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs), délai dont dispose l'autorité adjudicatrice pour encore, le cas échéant, résilier le marché et ainsi être pleinement déchargée de la responsabilité solidaire. L'autorité adjudicatrice doit, dans ce cas, pouvoir réduire le délai prévu pour permettre à l'adjudicataire de présenter ses moyens de défense.

Une réduction supplémentaire du délai dont dispose l'adjudicataire pour faire valoir ses moyens de défense est nécessaire lorsque l'autorité adjudicatrice est informée du fait que l'adjudicataire ou son sous-traitant ou le sous-traitant de ce dernier et ainsi de suite, occupe un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal. En effet, à partir du moment où l'autorité adjudicatrice est informée du fait que son adjudicataire occupe un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal, elle sera en principe solidairement responsable du paiement de la rémunération encore due par son adjudicataire pour les prestations de travail effectuées dès lors qu'elle est informée du fait précité et que ces prestations s'inscrivent dans le cadre du marché public en cours d'exécution (article 35/11 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs).

En outre, l'autorité adjudicatrice peut voir sa responsabilité pénale engagée pour des infractions commises dès lors qu'elle est informée de l'occupation de ressortissants en séjour illégal.

L'obligation d'attendre, dans les cas précités, l'expiration du délai de 15 jours calendrier pour la présentation par l'adjudicataire de ses moyens de défense pèserait lourdement sur sa responsabilité solidaire propre et éventuellement également sur la responsabilité pénale de ses mandataires et de ses fonctionnaires dirigeants.

Le recours à une mesure d'office en raison de la réception d'une notification sur la base de l'article 49/1 du Code pénal social ne peut être que conditionnel étant donné que, dans le secteur concerné, conformément à l'arrêté royal du ...xxx... (mentionner ici l'arrêté royal concerné soit pour le secteur de la transformation de la viande, soit pour le secteur du nettoyage), lorsqu'une résiliation sans indemnité du marché public est prévue en cas de notification au sens de l'article précité du Code pénal social, les donneurs d'ordre ne peuvent procéder à cette résiliation si les travailleurs ont perçu, dans les 14 jours ouvrables suivant la notification, la part de la rémunération concernée. Par définition, la résiliation ne pourra donc être que conditionnelle dans le secteur visé. ».

L'application de cette disposition est toutefois soumise à la condition qu'aucune mesure adéquate n'a été prise en aval de la chaîne de sous-traitance.

La phrase relative à la responsabilité pénale de l'autorité adjudicatrice ne doit évidemment pas être insérée si l'autorité adjudicatrice bénéficie de l'immunité pénale.

Annexe 5

Exemple d'une clause dérogatoire selon laquelle une suspension accompagnée d'une notification conformément aux articles 49/1 ou 49/2 du Code pénal social n'ouvre le droit à aucun dédommagement :

« Par dérogation à l'article 55 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, la suspension ordonnée par l'autorité adjudicatrice n'ouvre le droit, dans les cas suivants, à aucun dédommagement pour l'adjudicataire, lorsque :

1° cette autorité adjudicatrice est informée, conformément à l'article 49/1 du Code pénal social, que l'adjudicataire ou son sous-traitant ou le sous-traitant de ce dernier et ainsi de suite, a gravement manqué à son obligation de payer dans les délais, à ses travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit; ou

2° deze aanbestedende instantie, overeenkomstig artikel 49/2 van het Sociaal Strafwetboek, ervan in kennis is gesteld dat de opdrachtnemer of zijn onderaannemer of de onderaannemer van deze laatste en zo verder één of meer illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt.”

Deze afwijking kan als volgt worden gemotiveerd:

“Het zou niet billijk zijn dat in deze gevallen waarbij vaststaat dat er een zwaarwichtige inbreuk is gepleegd, de aanbestedende instantie een schadevergoeding verschuldigd zou zijn wegens schorsingen op haar bevel overeenkomstig artikel 55 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, omdat zij de opdrachtnemer de mogelijkheid heeft geboden verweermiddelen te doen gelden, maar wel wil vermijden dat in deze verweermiddelentermijn nieuwe zwaarwichtige inbreuken worden begaan.”

Gezien om te worden gevoegd (als bijlage 1 tot 5) bij de omzendbrief van 22 juli 2014 getiteld “Omsendbrief overheidsopdrachten - Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer - Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer die illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt - Uitbreiding van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de fiscale en sociale schulden naar bepaalde fraudegevoelige dienstensectoren”.

De Eerste Minister,
E. DI RUPO

De Minister van Werk,
Mevr. M. DE CONINCK

De Staatssecretaris voor de Bestrijding
van de Sociale en de Fiscale Fraude,
J. CROMBEZ

2° cette autorité adjudicatrice est informée, conformément à l'article 49/2 du Code pénal social, que l'adjudicataire ou son sous-traitant ou le sous-traitant de ce dernier et ainsi de suite, occupe un ou plusieurs ressortissants de pays tiers en séjour illégal. ».

Cette dérogation peut être motivée comme suit :

« Il ne serait pas équitable, dans les cas où l'infraction grave est avérée, que l'autorité adjudicatrice soit redevable de dommages et intérêts en raison d'une suspension qu'il aurait ordonnée conformément à l'article 55 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, parce qu'il a donné à l'adjudicataire la possibilité de faire valoir ses moyens de défense, mais entend éviter que de nouvelles infractions graves soient commises pendant ce délai. ».

Vue pour être annexé (en tant qu'annexe 1 à 5) à la circulaire du 22 juillet 2014 intitulé « Circulaire marchés publics - Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant - Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant qui occupe des ressortissants de pays tiers en séjour illégal - Extension de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales à certains secteurs sensibles à la fraude ».

Le Premier Ministre,
E. DI RUPO

La Ministre de l'Emploi,
Mme M. DE CONINCK

Le Secrétaire d'Etat pour la Lutte
contre la Fraude sociale et fiscale,
J. CROMBEZ

**FEDERALE OVERHEIDSDIENST
SOCIALE ZEKERHEID**

[C – 2014/22373]

**Interpretatieregels betreffende de nomenclatuur
van de geneeskundige verstrekkingen**

Op voorstel van de Technische geneeskundige raad van 10 september 2013 en in uitvoering van artikel 22, 4°bis, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, heeft het Comité van de Verzekering voor geneeskundige verzorging op 2 december 2013 de hiernagaaende beslissing genomen :

Interpretatieregels betreffende de verstrekkingen van artikel 14, j) (Urologie) van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen :

Interpretatieregule 10 wordt opgeheven.

Deze opheffing heeft uitwerking met ingang van 1 juli 2014.

De Leidend ambtenaar,
H. DE RIDDER

De Voorzitter,
G. PERL

**SERVICE PUBLIC FEDERAL
SECURITE SOCIALE**

[C – 2014/22373]

**Règles interprétatives de la nomenclature
des prestations de santé**

Sur proposition du Conseil technique médical du 10 septembre 2013 et en application de l'article 22, 4°bis, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, le Comité de l'assurance soins de santé a pris le 2 décembre 2013 la décision suivante :

Règles interprétatives relatives aux prestations de l'article 14, j) (Urologie) de la nomenclature des prestations de santé :

La règle interprétative 10 est abrogée.

Cette abrogation produit ses effets le 1^{er} juillet 2014.

Le Fonctionnaire dirigeant,
H. DE RIDDER

Le Président,
G. PERL

FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTITIE

[C – 2014/09401]

**Wet van 15 mei 1987
betreffende de namen en voornamen. — Bekendmakingen**

Bij koninklijk besluit van 13 juni 2014 is machtiging verleend aan de heer Mazlakov, Magomed Ayndyevitch, geboren te Dachu-Borzoy (Russische Federatie) op 3 maart 1995, wonende te Roeselare, om, behoudens tijdig verzet waarover zal beslist worden, zijn geslachtsnaam in die van “Khaytayev” te veranderen, na afloop van 60 dagen te rekenen van deze bekendmaking.

SERVICE PUBLIC FEDERAL JUSTICE

[C – 2014/09401]

**Loi du 15 mai 1987
relative aux noms et prénoms. — Publications**

Par arrêté royal du 13 juin 2014 M. Mazlakov, Magomed Ayndyevitch, né à Dachu-Borzoy (Fédération de Russie) le 3 mars 1995, demeurant à Roulers, a été autorisé, sauf opposition en temps utile sur laquelle il sera statué, à substituer à son nom patronymique celui de “Khaytayev” après l'expiration du délai de 60 jours à compter de la présente insertion.