

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

9 november 2016

WETSONTWERP
houdende diverse bepalingen inzake
detachering van werknemers

AMENDEMENTEN

Zie:

Doc 54 **2091/ (2016/2017):**
001: Wetsontwerp.
002: Amendementen.

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

9 novembre 2016

PROJET DE LOI
portant diverses dispositions concernant
le détachement de travailleurs

AMENDEMENTS

Voir:

Doc 54 **2091/ (2016/2017):**
001: Projet de loi.
002: Amendements.

Nr. 16 VAN MEVROUW FONCK

Art. 42 (nieuw)

In een hoofdstuk 5 met als opschrift “Interpretatieve bepaling”, een artikel 42 invoegen, luidende:

“Art. 42. Artikel 162 van hetzelfde Wetboek wordt geïnterpreteerd in die zin dat het begrip “loon” het volledige loon omvat zoals dat voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst en uit de van toepassing zijnde collectieve arbeidsovereenkomsten.”

VERANTWOORDING

Dit amendement strekt ertoe te waarborgen dat de werkgever die in België een gedetacheerde werknemer in dienst heeft, er effectief toe gehouden is “voor de arbeidsprestaties die er worden verricht, de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden na te leven die bepaald worden door wettelijke, bestuursrechtelijke of conventionele bepalingen die strafrechtelijk beteugeld worden” (artikel 5, § 1, van de wet van 5 maart 2002)¹.

Sinds artikel 56 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités werd opgeheven en vervangen door het op 1 juli 2015 in

¹ Dit artikel bepaalt het volgende: “§ 1. De werkgever die in België een ter beschikking gestelde werknemer tewerkstelt, is ertoe gehouden, voor de arbeidsprestaties die er worden verricht, de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden na te leven die bepaald worden door wettelijke, bestuursrechtelijke of conventionele bepalingen die strafrechtelijk beteugeld worden. Onder loonvoorwaarden wordt verstaan de lonen, voordelen en vergoedingen die verschuldigd zijn krachtens door de Koning overeenkomstig de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten, met uitzondering van de bijdragen aan aanvullende bedrijfs-pensioenregelingen. De toeslagen die rechtstreeks verbonden zijn aan de terbeschikkingstelling worden beschouwd als deel uitmakend van de loonvoorwaarden, voor zover deze niet uitgekeerd worden als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfskosten en kosten voor voeding.”

N° 16 DE MME FONCK

Art. 42 (nouveau)

Sous un chapitre V intitulé “Disposition interprétative” insérer un article 42, libellé comme suit:

“Art. 42. L'article 162 du même Code est interprété en ce sens que le terme “rémunération” vise la totalité de la rémunération telle qu'elle résulte du contrat de travail et des conventions collectives de travail applicables.”

JUSTIFICATION

L'objet du présent amendement est de garantir que l'employeur qui occupe en Belgique un travailleur détaché sera effectivement tenu de respecter, pour les prestations de travail qui y sont effectuées, les conditions de travail, de rémunérations et d'emploi qui sont prévues par des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, sanctionnées pénalement, comme le prévoit l'article 5, § 1^{er}, de la loi du 5 mars 2002¹.

En effet, depuis l'abrogation de l'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et son remplacement par l'article

¹ Cet article dispose: “§ 1^{er}. L'employeur qui occupe en Belgique un travailleur détaché est tenu de respecter, pour les prestations de travail qui y sont effectuées, les conditions de travail, de rémunérations et d'emploi qui sont prévues par des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, sanctionnées pénalement. On entend par conditions de rémunération, les rémunérations, avantages et indemnités dues en vertu des conventions collectives de travail, rendues obligatoires par le Roi conformément à la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, à l'exclusion des contributions à des régimes complémentaires de retraite professionnels. Les allocations directement liées au détachement sont considérées comme faisant partie des conditions de rémunération dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses effectivement encourues à cause du détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture.”

werking getreden artikel 189 van het Sociaal Strafwetboek², wordt de niet-inachtneming van de bij koninklijk besluit algemeen bindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten niet langer strafrechtelijk, maar alleen nog bestuursrechtelijk gestraft (sancties van niveau 1)³, waardoor de werkgevers

189 du Code pénal social entré en vigueur le 1^{er} juillet 2015², le non-respect des CCT rendues obligatoires par AR n'est plus sanctionné pénalement mais uniquement administrativement (sanctions de niveau 1)³, ce qui risque de conduire les employeurs occupant en Belgique des travailleurs détachés

² Dit artikel 189 luidt als volgt: "Inbreuken op algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten
Met een sanctie van niveau 1 wordt bestraft, de werkgever die, in strijd met de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, een inbreuk pleegt op een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst die niet reeds door een ander artikel van dit Wetboek wordt gesanctioneerd.

Voor de in het eerste lid bedoelde inbreuk wordt de geldboete vermenigvuldigd met het aantal betrokken werknemers."

³ Om de aan deze bepaling ten grondslag liggende redenering te begrijpen, kan worden verwezen naar de gezaghebbende literatuur: "*L'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires sanctionne pénalement "l'employeur, ses préposés ou mandataires coupables d'infraction à une convention rendue obligatoire". Cette disposition ouvre le champ à une multitude d'infractions pénales potentielles. Ce sont en effet chaque année près de mille conventions collectives de travail qui sont rendues obligatoires par arrêté royal et autant de nouvelles incriminations qui font leur apparition. Il en résulte une difficulté aiguë d'accessibilité et de lisibilité du droit pénal. La constitutionnalité de l'incrimination par voie de convention collective a par ailleurs été mise en question. Pour résoudre cette difficulté et atteindre l'objectif d'exhaustivité du nouveau Code, la commission de réforme du droit pénal social avait suggéré de déterminer quels manquements aux conventions collectives de travail devaient continuer à être pénalisés, au regard de deux ordres de considération: elle suggérerait de ne retenir que les conventions conclues en exécution d'une loi ou conclues dans un domaine régi par une loi, et de se limiter aux conventions ayant donné lieu, durant les dernières années, au dressement de procès-verbaux par les inspecteurs sociaux.*

Le législateur n'a toutefois pas voulu suivre cette voie, estimant nécessaire de prévoir un temps de réflexion complémentaire et ne voulant pas abandonner le recours à la sanction pénale. Aussi, un délai de deux ans est prévu pour poursuivre la réflexion, en vue de déterminer, en concertation avec les acteurs intéressés, quelles sont les conventions collectives qui doivent être assorties de sanctions pénales. Si, à l'issue de ce délai de deux ans, aucune solution n'est dégagée, une sanction pour toutes les conventions collectives de travail rendues obligatoires sera maintenue. Dans l'intervalle, le législateur a prévu le maintien de la sanction prévue à l'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires (article 110 de la loi du 6 juin 2010)". (M. DE RUE, Les lignes de force du nouveau Code pénal social, J.T., 2011/6, nr. 6424, blz. 101-109).

Oorspronkelijk was bepaald dat de overgangsregeling zou aflopen op 1 juli 2013, maar vervolgens werd ze verlengd tot 30 juni 2015. Artikel 189 van het Sociaal Strafwetboek is derhalve in werking getreden op 1 juli 2015 en artikel 56 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités werd opgeheven.

² Cet article dispose: "Les infractions aux conventions collectives de travail rendues obligatoires

Est puni d'une sanction de niveau 1, l'employeur qui, en contravention à la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, a commis une infraction à une convention collective de travail rendue obligatoire qui n'est pas déjà sanctionnée par un autre article du présent Code.

En ce qui concerne l'infraction visée à l'alinéa 1^{er}, l'amende est multipliée par le nombre de travailleurs concernés".

³ Pour comprendre la logique sous-jacente à cette disposition, on peut se référer à la doctrine autorisée. Ainsi, "*L'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires sanctionne pénalement "l'employeur, ses préposés ou mandataires coupables d'infraction à une convention rendue obligatoire". Cette disposition ouvre le champ à une multitude d'infractions pénales potentielles. Ce sont en effet chaque année près de mille conventions collectives de travail qui sont rendues obligatoires par arrêté royal et autant de nouvelles incriminations qui font leur apparition. Il en résulte une difficulté aiguë d'accessibilité et de lisibilité du droit pénal. La constitutionnalité de l'incrimination par voie de convention collective a par ailleurs été mise en question.*

Pour résoudre cette difficulté et atteindre l'objectif d'exhaustivité du nouveau Code, la commission de réforme du droit pénal social avait suggéré de déterminer quels manquements aux conventions collectives de travail devaient continuer à être pénalisés, au regard de deux ordres de considération: elle suggérerait de ne retenir que les conventions conclues en exécution d'une loi ou conclues dans un domaine régi par une loi, et de se limiter aux conventions ayant donné lieu, durant les dernières années, au dressement de procès-verbaux par les inspecteurs sociaux.

Le législateur n'a toutefois pas voulu suivre cette voie, estimant nécessaire de prévoir un temps de réflexion complémentaire et ne voulant pas abandonner le recours à la sanction pénale. Aussi, un délai de deux ans est prévu pour poursuivre la réflexion, en vue de déterminer, en concertation avec les acteurs intéressés, quelles sont les conventions collectives qui doivent être assorties de sanctions pénales. Si, à l'issue de ce délai de deux ans, aucune solution n'est dégagée, une sanction pour toutes les conventions collectives de travail rendues obligatoires sera maintenue. Dans l'intervalle, le législateur a prévu le maintien de la sanction prévue à l'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires (article 110 de la loi du 6 juin 2010)". (M. DE RUE, "Les lignes de force du nouveau Code pénal social", J.T., 2011/6, n° 6424, p. 101-109)

Le régime transitoire initial devait prendre fin le 1^{er} juillet 2013, mais il a ensuite été prolongé jusqu'au 30 juin 2015. L'article 189 du Code Pénal Social est donc entré en vigueur le 1^{er} juillet 2015 et l'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires a été abrogé.

die in België gedetacheerde werknemers in dienst hebben, zouden kunnen menen dat zij die overeenkomsten niet in acht moeten nemen.

Artikel 162 van het Sociaal Strafwetboek voorziet evenwel in een strafrechtelijke sanctie voor de werkgever “die het loon van de werknemer niet heeft uitbetaald of het niet heeft uitbetaald op de datum dat het loon invorderbaar is”. Aangezien dit artikel in een strafrechtelijke sanctie voorziet, kan niet worden betwist dat de werkgever die in België gedetacheerde werknemers in dienst heeft, hun hun loon moet uitbetalen. Uit de parlementaire voorbereiding inzake deze bepaling blijkt dat de verplichting tot uitbetaling van het loon ruim moet worden opgevat en niet dus alleen de uitbetaling van “zomaar een loon” beoogt, maar wel van een loon dat strookt met de gesloten arbeidsovereenkomst en met de van toepassing zijnde cao's.

Daaruit volgt dat dit artikel voorziet in strafrechtelijke sancties ingeval het uitbetaalde loon niet strookt met de van toepassing zijnde cao's en dat het derhalve de werkgevers die in België met gedetacheerde werknemers werken, ertoe verplicht de voormelde cao's in acht te nemen.

Niettemin kan worden betwijfeld of artikel 162 voldoende duidelijk en nauwkeurig is in de zin van het arrest-Arblade van het Hof van Justitie van de Europese Unie⁴, om de werkgevers die in België gedetacheerde werknemers in dienst hebben, verplichtingen te kunnen opleggen; men moet immers teruggrijpen naar de parlementaire voorbereiding van dat artikel om de draagwijdte ervan met zekerheid te bepalen.

Aangezien de dubbelzinnigheid of het gebrek aan duidelijkheid in het voordeel zal spelen van de buitenlandse werkgever die zich op die rechtspraak zal kunnen beroepen om aan zijn verplichtingen te verzaken, strekt dit amendement ertoe artikel 162 van het Sociaal Strafwetboek aldus te interpreteren

à considérer qu'ils ne sont pas tenus de respecter ces conventions.

Cependant, l'article 162 du Code pénal social sanctionne quant à lui pénalement “l'employeur qui n'a pas payé la rémunération du travailleur ou ne l'a pas payée à la date à laquelle elle est exigible”. Etant pénalement sanctionnée, cette disposition impose incontestablement à l'employeur occupant en Belgique des travailleurs détachés de leur payer leur rémunération. Il ressort des travaux préparatoires de cette disposition que l'obligation de payer la rémunération doit être interprétée largement et qu'elle vise donc non seulement le paiement d'une rémunération mais d'une rémunération conforme à ce que prévoient le contrat et les CCT applicables.

Il s'ensuit que cette disposition sanctionne pénalement le paiement d'une rémunération qui n'est pas conforme aux CCT applicables et, par conséquent, impose aux employeurs occupant en Belgique des travailleurs détachés le respect desdites CCT.

Toutefois, il est permis de doute que l'article 162 soit suffisamment clair et précis, au sens de l'arrêt Arblade de la Cour de justice de l'Union européenne⁴, pour pouvoir imposer des obligations aux employeurs occupant en Belgique des travailleurs détachés dans la mesure où il est nécessaire d'avoir recours à ses travaux préparatoires pour en déterminer avec certitude la portée.

Sachant que l'ambiguïté ou le manque de clarté profitera à l'employeur étranger pouvant se prévaloir de cette jurisprudence pour tenter d'échapper à ses obligations, le présent amendement a pour objet d'interpréter l'article 162 du Code pénal social dans un sens qui lève toute ambiguïté quant

⁴ In het arrest-Arblade heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie immers beslist dat:

“1) Les articles 59 et 60 du traité ne s'opposent pas à ce qu'un État membre impose à une entreprise établie dans un autre État membre et exécutant temporairement des travaux dans le premier État de payer à ses travailleurs détachés la rémunération minimale fixée par la convention collective de travail applicable dans le premier État membre, à condition que les dispositions en cause soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par un tel employeur, des obligations qu'il devrait respecter.”.

⁴ En effet, dans l'arrêt Arblade, la Cour de Justice de l'Union Européenne a décidé que:

“1) Les articles 59 et 60 du traité ne s'opposent pas à ce qu'un État membre impose à une entreprise établie dans un autre État membre et exécutant temporairement des travaux dans le premier État de payer à ses travailleurs détachés la rémunération minimale fixée par la convention collective de travail applicable dans le premier État membre, à condition que les dispositions en cause soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par un tel employeur, des obligations qu'il devrait respecter.”.

dat elke dubbelzinnigheid aangaande de strafrechtelijke strafbaarheid van de niet-inachtneming van de loonschalen⁵ wordt weggenomen.

Er werd hier gekozen voor een interpretatieve bepaling opdat deze zou kunnen worden opgenomen in de norm zoals geïnterpreteerd van bij de aanneming ervan. Dit is mogelijk doordat de geïnterpreteerde norm (oorspronkelijke norm) redelijkerwijze niet anders kon worden begrepen dan zoals aangegeven in de interpretatieve bepalingen (Grondwettelijk Hof, 19 december 2002, 189/2, punten B.12.3 en B.12.4), wat in voorkomend geval wordt bevestigd door de parlementaire voorbereiding van het Sociaal Strafwetboek. Voorts is het zaak te voorkomen dat als gevolg van de aanneming van een nieuwe norm, voor de oorspronkelijke norm een interpretatie *a contrario* voor het verleden zou worden aangenomen, die aldus een invloed zou kunnen hebben op aan de gang zijnde geschillen.

⁵ Dat risico is bijzonder groot, temeer omdat de informatie op de website van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg ter attentie van die werkgevers geen rekening houdt met die wetswijziging, aangezien de verbindend verklaarde cao's, volgens de informatie op die website, nog steeds strafrechtelijk sanctioneerbaar zijn.

Op de website van die FOD staat ter attentie van de buitenlandse werkgevers het volgende te lezen:

“Arbeidsvoorwaarden voorzien door strafrechtelijk gesanctioneerde collectieve arbeidsovereenkomsten

Strafrechtelijk gesanctioneerde collectieve arbeidsovereenkomsten (“cao's”)

In geval van detachering van een werknemer in België moeten enkel de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten (nl. deze die strafrechtelijk zijn gesanctioneerd) worden toegepast.

De bepalingen van de strafrechtelijk gesanctioneerde collectieve arbeidsovereenkomsten (nl. collectieve arbeidsovereenkomsten die door koninklijk besluit algemeen verbindend zijn verklaard) zijn gesloten in het kader van de wet van 5 december 1968 (bijvoorbeeld, de bepalingen met betrekking tot de loonbarema's). Deze strafrechtelijk gesanctioneerde collectieve arbeidsovereenkomsten kunnen ofwel nationaal of sectoraal zijn.

1. De nationale collectieve arbeidsovereenkomsten worden aangenomen door de Nationale Arbeidsraad en zijn van toepassing op de gehele privésector. (...)

2. De sectorale collectieve arbeidsovereenkomsten zijn gesloten in paritaire comités en zijn van toepassing op een bedrijfstak.

Om te weten te komen welke door koninklijk besluit algemeen verbindend verklaarde sectorale collectieve arbeidsovereenkomsten van toepassing zijn, dient te worden gekeken naar de hoofdactiviteit van de betrokken onderneming, zoals uitgeoefend tijdens de detachering in België.

Deze hoofdactiviteit geeft aan onder welk paritair comité de betrokken onderneming ressorteert, wat op zijn beurt bepalend is voor de aanduiding van de toepasselijke sectorale cao's.”.

au caractère pénalement sanctionnable du non-respect de barèmes de rémunération⁵.

Il a été fait le choix ici de recourir à une disposition interprétative afin de permettre que celle-ci s'incorpore à la norme interprétée depuis l'adoption de celle-ci. Ceci est rendu possible dans la mesure où la norme interprétée (norme originelle) ne pouvait pas être raisonnablement comprise autrement que de la manière indiquée dans la disposition interprétative (C. Const. 19 décembre 2002, 189/2, points B.12.3 et B.12.4), ce que confirment en l'espèce les travaux préparatoires du Code pénal social. Il s'agit également d'éviter qu'en raison de l'adoption d'une nouvelle norme, la norme originelle puisse faire l'objet d'une interprétation *a contrario* pour le passé et influencer ainsi sur des litiges en cours.

⁵ Ce risque est d'autant plus important que les informations fournies sur son site par le SPF Emploi à l'intention de ces employeurs ne tiennent pas compte de cette modification législative puisqu'elles continuent de considérer que les CCT rendues obligatoires sont sanctionnées pénalement.

Sur le site du SPF Emploi, il est indiqué ce qui suit à l'attention des employeurs étrangers:

“Conditions de travail prévues par des conventions collectives de travail sanctionnées pénalement

Conventions collectives de travail sanctionnées pénalement (“CCT”)

En cas détachement de travailleur en Belgique, seules les conventions collectives de travail rendues obligatoires (c'est-à-dire celles qui sont sanctionnées pénalement) doivent être appliquées.

Les dispositions des conventions collectives de travail sanctionnées pénalement (c'est-à-dire rendues obligatoires par arrêté royal) sont conclues dans le cadre de la loi du 5 décembre 1968 (notamment les dispositions relatives aux barèmes de rémunération).

De telles conventions collectives de travail sanctionnées pénalement peuvent être soit nationales soit sectorielles.

1. Les conventions collectives de travail nationales sont adoptées par le Conseil national du Travail et s'appliquent à l'ensemble du secteur privé. (...)

2. Les conventions collectives de travail sectorielles sont conclues au sein des commissions paritaires et sont applicables à une branche d'activités.

Afin de connaître quelles conventions collectives sectorielles rendues obligatoires par arrêté royal sont d'application, il convient de s'en remettre à l'activité principale de l'entreprise, telle qu'exercée pendant le détachement en Belgique.

C'est l'activité principale qui permet de déterminer la commission paritaire à laquelle ressortit l'entreprise, cette commission paritaire étant elle-même déterminante pour déterminer les CCT sectorielles qui sont d'application.”.

Ten aanzien van die argumentering kan niet worden beweerd dat geen onderscheid moet worden gemaakt tussen de strafrechtelijk en de bestuurlijk strafbare bepalingen te maken om te achterhalen welke bepalingen de werkgevers die in België gedetacheerde werknemers inzetten, wél in acht moeten nemen, en welke níét (zoals de minister verklaart in de nota aan de leden van de commissie voor de Sociale Zaken van 8 november 2016).

Uit de parlementaire voorbereiding van het Sociaal Strafwetboek blijkt immers dat “Met het oog op een doeltreffender sociaal strafrecht wordt voorgesteld de sancties uit te breiden en te verzwaren naar gelang van de ernst van de overtreding. In het kader van deze werkzaamheden worden de minst zware inbreuken, te weten die welke bij voorkeur worden bestraft met een administratieve boete of eventueel met een burgerlijke sanctie veeleer dan via een zware gerechtelijke procedure, uit het strafrecht gehaald.”

Dat onderscheid strekt er dus duidelijk toe tussen de bepalingen een rangorde in te stellen naargelang van hun belang en van de ernst van de mogelijke inbreuken erop. De rechtspraak van het EHVJ of van het Grondwettelijk Hof, die bestuurlijke en strafrechtelijke sancties weliswaar gelijkstellen doch louter om de inachtneming van bepaalde fundamentele procedurerechten te waarborgen, mag niet worden aangevoerd om te besluiten dat, binnen het strikte raamwerk van het Sociaal Strafwetboek, bestuurlijke sancties en strafrechtelijke sancties zouden zijn gelijkgesteld.

Het valt dan ook te betwijfelen dat een interpretatie die ertoe zou strekken bestuurlijke en strafrechtelijke sancties gelijk te stellen, zou sporen met Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten. De consideransen 13 en 14 van die Richtlijn luiden immers als volgt:

“De wetgevingen van de Lid-Staten moeten worden gecoördineerd, teneinde een kern van dwingende bepalingen voor minimale bescherming vast te leggen, die in het ontvangende land in acht moeten worden genomen door werkgevers die werknemers ter beschikking stellen om tijdelijk werk uit te voeren op het grondgebied van de Lid-Staat waar de diensten worden verricht; (...) een dergelijke coördinatie [kan] alleen via communautaire wetgeving tot stand worden gebracht”; en voorts: “een ‘harde kern’ van duidelijk omschreven beschermende bepalingen [moet] in acht worden genomen door de dienstverrichter, ongeacht de duur van de terbeschikkingstelling van de werknemer.”

On ne saurait prétendre face à cette argumentation qu’il n’y a pas lieu de distinguer les dispositions sanctionnées pénalement et les dispositions sanctionnées par des sanctions administratives pour déterminer les dispositions qui doivent être respectées par les employeurs occupant en Belgique des travailleurs détachés et celles qui ne le doivent pas (comme le soutient le ministre dans la note envoyée aux membres de la Commission des Affaires Sociales, le 8 novembre 2016).

Il ressort en effet des travaux préparatoires du Code pénal social, que c’est “en vue d’accroître l’efficacité du droit pénal social, que [le législateur] propose de diversifier les sanctions, celles-ci seront graduées en terme de sévérité. A ce titre, le code veille à dépenaliser les infractions les moins graves, c’est-à-dire celles pour lesquelles il est préférable d’avoir recours à des amendes administratives ou, le cas échéant, à une sanction civile, plutôt qu’à de lourdes procédures judiciaires.”

Il s’ensuit que cette distinction vise clairement à instaurer une hiérarchie entre les dispositions en fonction de leur importance et de la gravité des atteintes qui pourraient y être portées. On ne saurait se prévaloir de la jurisprudence de la C.E.D.H ou de la Cour Constitutionnelle qui certes assimilent les sanctions administratives aux sanctions pénales mais le font uniquement pour garantir le respect de certains droits procéduraux fondamentaux, pour conclure que les sanctions administratives équivalent, dans le cadre précis du Code Pénal Social, à des sanctions pénales.

Or il est permis de douter de la compatibilité avec la directive 96/71/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d’une prestation de services d’une interprétation qui viserait à assimiler sanctions administratives et sanctions pénales. En effet, selon les considérants 13 et 14 de cette directive:

“Les législations des États membres doivent être coordonnées de manière à prévoir un noyau de règles impératives de protection minimale que doivent observer, dans le pays d’accueil, les employeurs qui détachent des travailleurs en vue d’effectuer un travail à titre temporaire sur le territoire de l’État membre de la prestation; qu’une telle coordination ne peut être assurée que par le droit communautaire et qu’un “noyau dur” de règles protectrices, clairement définies, devrait être observé par le prestataire de services, nonobstant la durée du détachement du travailleur.”

Catherine FONCK (cdH)

Nr. 17 VAN MEVROUW FONCK

Art. 7/1 (nieuw)

Een artikel 7/1 invoegen, luidende:

“Art. 7/1. Artikel 5, § 1, tweede lid, wordt vervangen door wat volgt:

“Onder loonvoorwaarden worden alle looncomponenten verstaan die worden opgelegd bij wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen alsook bij collectieve arbeidsovereenkomsten die door de Koning algemeen verbindend zijn verklaard overeenkomstig de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, met name de weddeverhogingen en weddebijslagen zoals de dertiende en veertiende maand, de forfaitaire bedragen, het vakantiegeld, de detacheringsdagvergoeding en de vergoeding voor het woon-werkverkeer, zulks met uitzondering van de bijdragen aan aanvullende bedrijfspensioenregelingen. De toeslagen die rechtstreeks zijn verbonden aan de detachering worden beschouwd als deel uitmakend van de loonvoorwaarden, voor zover deze niet worden uitgekeerd als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de detachering gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfskosten en kosten voor voeding.”.”

VERANTWOORDING

Er moet worden verwezen naar de Europese uitleggingsrechtspraak inzake artikel 3.1 van Richtlijn 96/71/EG, wat het begrip “loon van de ter beschikking gestelde werknemer” betreft. Dat is trouwens wat wordt beoogd in het voorstel van mevrouw Marianne Thyssen van 8 maart 2016 tot wijziging van het bovenvermelde artikel. Bovendien bepaalt artikel 5.4 van Richtlijn 2014/67/EU dat de minimumlooncomponenten moeten worden gepreciseerd. Het beginsel van het arrest *Arblade* wordt overgenomen; de norm moet duidelijk en bevattelijk zijn, zo niet kan de in gebreke blijvende werkgever niet worden veroordeeld en wordt fraude bevorderd, wat de Staat financieel verlies doet lijden. Derhalve moet de Europese rechtspraak worden overgenomen en in wetgeving worden gegoten, opdat de norm duidelijk en bevattelijk is voor de buitenlandse werkgever die hem moet toepassen.

N° 17 DE MME FONCK

Art. 7/1 (nouveau)

Insérer un article 7/1, libellé comme suit:

“Art. 7/1. A l'article 5 de la même loi, le § 1^{er}, alinéa 2 est remplacé comme suit:

“On entend par conditions de rémunération tous les éléments de la rémunération rendus obligatoires par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, par des conventions collectives de travail rendues obligatoires par le Roi conformément à la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, notamment les majorations et suppléments tels que les treizième et quatorzième mois, les sommes forfaitaires, le pécule de vacances, l'indemnité journalière de détachement, l'indemnité du trajet “aller-retour”, à l'exclusion des contributions à des régimes complémentaires de retraite professionnels. Les allocations directement liées au détachement sont considérées comme faisant partie des conditions de rémunération dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses effectivement encourues à cause du détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture.”.”

JUSTIFICATION

Il faut se référer à la jurisprudence européenne interprétant l'article 3§ 1 de la directive 96/71 en ce qui concerne la notion de rémunération du travailleur détaché. Ce que fait d'ailleurs la proposition de Marianne Thyssen du 8 mars 2016 modifiant l'article précité. De plus, l'article 5§ 4 de la directive 2014/67 dispose qu'il convient de préciser les éléments constitutifs du salaire minimum. Nous reprenons le principe de l'arrêt *Arblade*, la norme doit être claire et accessible sous peine de ne pas pouvoir condamner l'employeur en défaut. Et ainsi, favoriser la fraude ce qui entraîne une perte financière pour l'État. Il faut dès lors reprendre et codifier la jurisprudence européenne afin que la norme soit claire et accessible pour l'employeur étranger qui doit l'appliquer.

Volgens het Hof van Justitie is het begrip “minimumloon” het loon dat wordt toegekend als tegenprestatie voor de arbeid. De minimumlooncomponenten in de zin van artikel 3.1, c) en 7, tweede lid, overeenkomstig de drie zaken van het EHRM zijn: de weddeverhogingen en weddebijlagen zoals de dertiende en veertiende maand, de forfaitaire bedragen, het vakantiegeld, de detacheringsdagvergoeding en de vergoeding voor het woon-werkverkeer. Het EHRM beslist dat de volgende componenten geen deel uitmaken van het minimumloon in de zin van artikel 3.1, c) en 7 van die Richtlijn: deelname in het kapitaal, de wegens iemands werk verschuldigde kosten (zoals verblijfskosten en kosten voor voeding), voedselbonnen, de aan de werknemer toegekende vergoeding voor een door de werkgever gevraagde bijkomende prestatie, de niet rechtstreeks aan de functie verbonden voordelen (cf. de zaak van de Commissie tegen Duitsland, de zaak-Tevfik Isbir tegen DB Services GmbH, alsmede de zaak-Sähköalojen ammatiliitto tegen Elektrobudowa Spółka Akcyjna).

Tevens staat er met het begrip “minimumloon” voor de ondernemingen een cruciaal aspect op het spel inzake mededinging en concurrentievermogen. Het begrip “minimumloon” in de zin van Richtlijn 96/71/EG kan er mede toe leiden dat concurrentie wordt aangezwengeld ten opzichte van het loon van de onderdanen van de ontvangende Staat die hetzelfde werk verrichten als de gedetacheerde werknemers. Doordat er in de lidstaten geen eenvormige definitie geldt, bestaan er bovendien van Staat tot Staat verschillende definities (terwijl die Staten de vrije dienstverrichting in acht moeten nemen); dat kan concurrentievervalsingen veroorzaken tussen de lokale ondernemingen en de in andere lidstaten gevestigde bedrijven. Zulks kan sommige ondernemingen ertoe aanzetten ervoor te kiezen zich veeleer in welbepaalde Staten te vestigen in plaats van in andere.

La notion de salaire minimum est selon la Cour de justice la rémunération octroyée en contrepartie du travail. Les éléments constitutifs du salaire minimum au sens de l'article 3§ 1 c) et § 7 al.2 de la directive 96/71/CE au sens de trois affaires de la CJUE, sont: les majorations et suppléments tels que les treizième et quatorzième mois, les sommes forfaitaires, le pécule de vacances, l'indemnité journalière de détachement, l'indemnité du trajet “aller-retour”. Elle décide que ne constituent pas des composantes du salaire minimum au sens de l'article 3§ 1 c) et § 7 de cette directive: la participation au capital, les frais dus en raison de son travail, (tels les frais de logement et les frais de nourriture), les bons d'alimentations, l'indemnité octroyée au travailleur en fonction d'une prestation supplémentaire demandée par l'employeur, les avantages non directement liés à la fonction (voy. l'affaire Commission contre Allemagne, l'affaire Isbir, l'affaire Sähköalojen ammattiliitto ry contre Elektrobudowa Spółka).

De plus, la notion de salaire minimum est en effet un enjeu crucial pour les entreprises en termes de concurrence et de compétitivité. La notion de salaire minimum au sens de la directive 96/71/CE peut contribuer à alimenter une concurrence avec le salaire des ressortissants de l'État d'accueil exerçant un même travail que les travailleurs détachés. En outre, l'absence d'une définition uniforme au sein des États membres entraîne des définitions disparates en fonction des États membres (qui doivent respecter la libre prestation de services) qui sont de nature à créer des distorsions de concurrence entre les entreprises locales et les entreprises établies dans d'autres États membres. Ce qui peut motiver le choix de certaines entreprises de s'établir dans certains États membres plutôt que dans d'autres.

Catherine FONCK (cdH)

Nr. 18 VAN MEVROUW **FONCK**

Art. 17

Het ontworpen artikel 35/6/5 aanvullen met het volgende lid:

“De in het eerste lid 1 bedoelde toestemming wordt verondersteld bij ontstentenis van een reactie van de betrokken gedetacheerde werknemer binnen een termijn van 15 dagen, te beginnen na de verzending van een aangetekende brief om hem in kennis te stellen van het voornemen van de voornoemde representatieve organisaties om in rechte op te treden.”.

VERANTWOORDING

Dit amendement beoogt de omzetting van artikel 11, punt 3, van Richtlijn 2014/67/EU en tegelijkertijd te voorkomen dat als de gedetacheerde werknemer uit angst voor represailles van zijn werkgever niet durft te reageren, het optreden van de representatieve organisaties zou worden verlamd. Het amendement is bedoeld om de gedetacheerde werknemers effectief te beschermen.

N° 18 DE MME **FONCK**

Art. 17

Compléter l'article 35/6/5 proposé par l'alinéa suivant:

“L'approbation visée à l'alinéa 1^{er} est présumée en l'absence de réaction du travailleur détaché concerné dans un délai de 15 jours prenant cours après l'envoi d'une lettre recommandée l'informant de l'intention des organisations représentatives précitées d'ester en justice.”.

JUSTIFICATION

Cet amendement vise à transposer l'article 11, point 3, de la directive 2014/67, tout en évitant que l'absence de réaction du travailleur détaché, par peur de représailles de son employeur, paralyse l'action des organisations représentatives. Cet amendement vise à protéger les travailleurs détachés de manière effective.

Catherine FONCK (cdH)

Nr. 19 VAN MEVROUW FONCK

Art. 15

In het ontworpen artikel 35/6/3, § 2, derde lid, de woorden “het verstrijken van een termijn van 14 werkdagen die aanvangt op” weglaten.

VERANTWOORDING

De Raad van State heeft terecht het volgende opgemerkt: “De uitzonderingen vermeld in de ontworpen artikelen 35/6/3, § 1, tweede lid, en 35/6/3, § 2, tweede lid, van de Loonbeschermingswet kunnen worden beschouwd als verantwoord door een zorgvuldigheidseis in de zin van artikel 12, lid 5, van richtlijn 2014/67/EU, op voorwaarde echter dat wordt toegezien dat de in die bepaling bedoelde verklaring geen loutere formaliteit wordt. Er is reden om daarvoor te vrezen, temeer daar de stellers van het ontwerp aangeven dat die bepaling kan worden opgenomen als standaardbepaling in het aannemingscontract. De uitzondering op de uitzondering in het derde lid van beide paragrafen lijkt op zich eveneens verantwoord vanuit, en evenredig aan, die zorgvuldigheidsplicht. Niettemin moet er wel rekening mee worden gehouden dat indien een verklaring in de zin van het tweede lid is opgesteld, zelfs in het beste — en hoogst onwaarschijnlijke — geval dat de rechtstreekse contractant meteen op de hoogte wordt gebracht van het uitblijven van de betaling van het correcte loon, de beschermde werknemer voor weken loon geen effectieve bescherming zal genieten, temeer daar de bescherming op basis van het derde lid pas ingaat met betrekking tot het loon voor de arbeidsprestaties die worden verricht vanaf veertien dagen nadat de rechtstreekse contractant kennis heeft gekregen. De stellers van het ontwerp dienen bijgevolg na te gaan of de combinatie van beide bepalingen niet van dien aard is dat de uitzondering de bescherming grotendeels ongedaan maakt.”.

Dit amendement strekt er dus toe die termijn van veertien dagen weg te laten, om de doeltreffendheid van de regeling te waarborgen.

N° 19 DE MME FONCK

Art. 15

À l'article 35/6/3, § 2, alinéa 3, proposé, remplacer les mots “de l'expiration d'un délai de 14 jours ouvrables prenant cours au” par le mot “du”.

JUSTIFICATION

Comme justement relevé par le Conseil d'État: “Les exceptions mentionnées dans les articles 35/6/3, § 1^{er}, alinéa 2, et 35/6/3, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi sur la protection de la rémunération peuvent être considérées comme justifiées par une obligation de diligence au sens de l'article 12, paragraphe 5, de la directive 2014/67/UE, à condition toutefois de veiller à ce que la déclaration visée dans cette disposition ne devienne pas une simple formalité. Il y a lieu de le craindre, d'autant que les auteurs du projet indiquent que cette disposition peut être insérée comme clause type dans le contrat d'entreprise. L'exception à l'exception figurant à l'alinéa 3 des deux paragraphes paraît, en soi, également justifiée au regard de cette obligation de diligence et proportionnée à celle-ci. Il faut néanmoins tenir compte du fait que si une déclaration au sens de l'alinéa 2 est rédigée, même dans le meilleur des cas — très improbable — où le contractant direct est immédiatement informé du non-paiement de la rémunération correcte, le travailleur protégé ne bénéficiera pas d'une protection effective pour des semaines de rémunération, d'autant qu'en vertu de l'alinéa 3, la protection de la rémunération ne prend cours pour des prestations de travail effectuées qu'à partir d'un délai de quatorze jours après que le contractant direct en a eu connaissance. Par conséquent, les auteurs du projet devront vérifier si la combinaison des deux dispositions n'a pas pour effet que l'exception annule dans une large mesure la protection.”.

Le présent amendement vise donc à supprimer ce délai de 14 jours pour garantir l'efficacité du système.

Catherine FONCK (cdH)