

A V I S N° 1.579

Séance du mardi 21 novembre 2006

Monitoring et contrôle de l'occupation de travailleurs étrangers - Projet de loi instaurant une déclaration préalable pour les travailleurs salariés et indépendants détachés

x x x

2.194-1

A V I S N° 1.579

Objet : Monitoring et contrôle de l'occupation de travailleurs étrangers - Projet de loi instaurant une déclaration préalable pour les travailleurs salariés et indépendants détachés

Par lettre du 11 mai 2006, Monsieur P. VANVELTHOVEN, Ministre de l'Emploi, a saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis concernant l'objet mentionné sous rubrique.

L'examen de ce dossier a été confié à la Commission des relations individuelles du travail du Conseil.

Sur rapport de cette Commission, le Conseil a émis, le 21 novembre 2006, l'avis suivant.

x x x

AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

I. OBJET DE LA SAISINE

Par lettre du 11 mai 2006, Monsieur P. VANVELTHOVEN, Ministre de l'Emploi, a saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis concernant le projet de loi et les projets d'arrêtés royaux suivants :

- un projet de loi instaurant une déclaration préalable pour les travailleurs salariés et indépendants détachés ;
- un projet d'arrêté royal pris en exécution de la loi du ... instaurant une déclaration préalable pour les travailleurs salariés et indépendants détachés ;
- un projet d'arrêté royal relatif à la tenue de certains documents sociaux pour les travailleurs détachés.

Ces différents projets de texte ont été approuvés par le Conseil des Ministres du 28 avril 2006.

Ces projets concernent la modernisation de la gestion de la sécurité sociale et le cadre réglementaire du monitoring et du contrôle de l'occupation de travailleurs étrangers.

Dans son courrier, le Ministre indique que, bien que ces projets de texte ne relèvent pas à proprement parler de la concertation sociale, le Conseil des Ministres a décidé de demander l'avis du Conseil. Ce dernier est demandé de manière urgente.

II. CONTEXTE ET PORTÉE DE LA SAISINE

En exécution de la décision du Conseil des Ministres du 23 décembre 2005, selon laquelle un système électronique de monitoring et de contrôle doit être mis en œuvre pour chaque type d'occupation d'étrangers en Belgique, le groupe de travail "Modernisation de la gestion de la sécurité sociale" a approuvé en février 2006 un plan par phases en vue de l'exécution du projet LIMOSA (Système d'information transfrontalier en vue de la recherche en matière de migration auprès de l'Administration sociale).

Sur la base des informations fournies par le représentant du Ministre de l'Emploi et les représentants de l'Office national de sécurité sociale (ONSS) et de la Banque Carrefour de la Sécurité Sociale, il apparaît que ce projet doit se développer en trois phases.

La première phase vise à instaurer une obligation de déclaration pour les travailleurs salariés et indépendants détachés en Belgique ainsi que pour les stagiaires détachés¹.

Concrètement, mis à part certaines exceptions justifiées par la très courte durée des activités en Belgique ou par leur nature, une déclaration doit être effectuée de préférence par voie électronique, selon le cas, auprès de l'ONSS ou de l'INASTI, avant que les activités sur le territoire belge aient été effectivement entamées. Un accusé de réception est fourni au déclarant, dès la réception de cette déclaration.

Selon le cas, cette déclaration incombe soit à l'employeur étranger du travailleur salarié détaché ou à son préposé ou à son mandataire, soit au travailleur indépendant détaché ou à son mandataire, soit au stagiaire détaché ou à l'institution étrangère auprès de laquelle il suit ses études ou sa formation professionnelle². Par ailleurs, la responsabilité de l'utilisateur final ou commanditaire belge³ peut également être engagée. En effet, si aucun accusé de réception ne peut être présenté, l'utilisateur final ou commanditaire belge doit lui-même déclarer l'absence de l'accusé de réception.

¹ Pour l'application du projet de loi, on entend par :

- travailleurs salariés détachés : les travailleurs salariés qui effectuent temporairement une prestation de travail en Belgique et qui soit travaillent habituellement sur le territoire d'un ou plusieurs pays autres que la Belgique, soit ont été engagés dans un pays autre que la Belgique ;
- stagiaires détachés : les stagiaires qui effectuent sur le territoire belge, dans le cadre d'un programme d'études étranger ou d'une formation professionnelle étrangère, un stage ou une partie d'un stage ;
- travailleurs indépendants détachés : les travailleurs indépendants qui exercent temporairement une ou plusieurs activités indépendantes en Belgique sans y résider de manière permanente et qui travaillent habituellement sur le territoire d'un ou plusieurs pays autres que la Belgique et les personnes venant de l'étranger qui se rendent en Belgique dans le but d'y exercer temporairement une activité professionnelle indépendante ou de s'y installer temporairement comme indépendant ;
- stagiaires indépendants détachés : les stagiaires qui effectuent sur le territoire belge, dans le cadre d'un programme étranger d'études ou d'accès à une profession libérale, un stage ou une partie d'un stage.

Pour ne pas trop alourdir le texte, les différentes catégories visées par le projet de loi sont désignées ci-après par les termes "les personnes détachées".

² Pour ne pas trop alourdir le texte, les termes "entreprise étrangère" sont utilisés ci-après pour tous ceux qui doivent faire la déclaration préalable de personnes détachées : en l'espèce, pour un travailleur salarié détaché, l'employeur, son préposé ou mandataire ; pour un stagiaire détaché, le stagiaire ou l'institution auprès de laquelle il suit ses études ou sa formation professionnelle ; pour un travailleur indépendant détaché, le travailleur indépendant ou son mandataire.

³ Lorsque l'on parle dans ce contexte d'un utilisateur final ou commanditaire belge, on vise un utilisateur final ou commanditaire établi en Belgique.

Concomitamment à l'instauration de cette obligation, de lourdes sanctions pénales, comparables à celles prévues en matière de déclaration DIMONA, sont prévues.

Enfin, la déclaration entraîne la dispense, pour une période de 12 mois, d'un certain nombre d'obligations, comme la tenue de documents sociaux ou l'établissement du règlement de travail, à condition toutefois de pouvoir disposer de documents équivalents rédigés à l'étranger.

Dans une deuxième phase, l'intention est de développer un cadastre central sur la base des données de la déclaration obligatoire, complétées des informations existantes mais actuellement dispersées, comme les copies des déclarations de détachement étrangères (ONSS – INASTI), les permis de travail et cartes professionnelles (Régions et Communautés), les cartes professionnelles pour indépendants (SPF Economie), et les permis de séjour (Office des étrangers – SPF Intérieur).

Les informations ainsi inventoriées seraient accessibles aux institutions concernées et aux services d'inspection au moyen de la plate-forme commune GENESIS.

Une troisième phase viserait à instaurer un guichet électronique unique où pourraient être traitées la déclaration obligatoire généralisée ainsi que la demande des cartes de travail, des cartes professionnelles, des attestations d'établissements et des permis de séjour.

Le projet de loi ainsi que les projets d'arrêtés royaux actuellement soumis pour avis au Conseil ont pour but de réaliser la première phase, à savoir l'instauration de l'obligation de déclaration préalable pour toutes les personnes détachées.

III. POSITION DU CONSEIL

Le Conseil national du Travail fait remarquer qu'au vu du caractère urgent de la demande, il ne se prononce, dans le présent avis, que sur le projet de loi qui lui est soumis. Il se prononcera dans une phase ultérieure au sujet des deux projets d'arrêtés royaux.

Le Conseil a examiné avec attention le projet de loi instaurant une déclaration préalable pour les personnes détachées. Dans le cadre de cet examen, il a pu bénéficier des explications fournies par le représentant du Ministre de l'Emploi et les représentants de l'ONSS et de la Banque Carrefour de la Sécurité Sociale.

Outre un certain nombre de considérations générales relatives au projet de loi, il a formulé quelques remarques fondées sur une analyse du texte des articles du projet de loi.

A. Considérations générales relatives au projet de loi

1. Les objectifs politiques du projet de loi

Le Conseil constate, au terme de son examen, que le présent projet de loi s'inscrit dans le cadre, d'une part, de l'ouverture des frontières aux personnes détachées et d'autre part, de la prévention des problèmes concernant le non-respect des conditions de rémunération et de travail pour la main-d'œuvre étrangère.

Il déclare être sensible à la finalité poursuivie par ce projet de loi qui consiste à avoir une meilleure connaissance de l'occupation d'étrangers en Belgique et à lutter contre le dumping social en améliorant le contrôle de l'occupation de ces personnes.

En particulier, il rappelle que la lutte contre le travail au noir et le dumping social font depuis longtemps partie des préoccupations exprimées par les partenaires sociaux et indique qu'à ce titre, il soutient de manière générale le dispositif instauré par le présent projet de loi et est prêt à collaborer à la mise en œuvre de cette mesure.

Le Conseil observe qu'une déclaration facultative existe déjà pour les employeurs étrangers, aux termes de l'article 6 ter de l'arrêté royal du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux.

Il remarque que l'objectif est d'accroître l'efficacité de cette mesure dans le cadre du présent projet de loi. En effet, cette déclaration facultative y est revue en profondeur, étendue et rendue obligatoire, afin de couvrir tous les types d'occupation d'étrangers en Belgique.

Conformément aux considérations qu'il vient de mentionner, le Conseil déclare souscrire au principe de la déclaration préalable obligatoire instaurée par le présent projet de loi.

2. Les conditions pour réaliser ces objectifs politiques

Le Conseil souhaiterait néanmoins formuler les remarques suivantes concernant les conditions qui doivent être remplies afin de réaliser les objectifs politiques du projet de loi.

a. En ce qui concerne l'aspect contrôle

Le Conseil a pris acte, au cours des travaux en commission, du fait que la circonspection est de mise en ce qui concerne l'aspect contrôle de l'occupation d'étrangers en Belgique dans le cadre de la réglementation européenne en matière de libre circulation.

Dans la mesure où l'obligation proposée de déclaration de l'absence d'accusé de réception peut aboutir à un contrôle supplémentaire par l'utilisateur final ou commanditaire belge, qui peut entraîner sa responsabilité, des doutes pourraient surgir quant à la compatibilité de ce qui est proposé avec la réglementation européenne en matière de libre circulation.

b. En ce qui concerne la collecte d'informations sur l'occupation de personnes détachées

- Le Conseil prend acte du fait que, selon l'exposé des motifs du projet de loi qui lui est soumis pour avis, les données provisoires déjà disponibles (par exemple par l'encodage des formulaires de détachement de droit social dans une banque de données centrale, le projet GOTOT IN) ne permettent absolument pas d'avoir un aperçu précis de l'occupation d'étrangers en Belgique.

Il a appris pendant les travaux en commission que l'objectif de l'introduction d'une obligation de déclaration est de remédier au caractère fragmentaire des informations qui sont déjà obtenues, en prévoyant deux entrées de déclaration : tant l'entreprise étrangère que l'entreprise belge sont responsables de la déclaration.

Ainsi, il a été informé du fait que l'objectif de ce système est que, lorsque les personnes détachées se présentent auprès de lui et préalablement à leur occupation, l'utilisateur final ou le commanditaire belge vérifie si une déclaration a été faite (articles 4 et 18 du projet de loi). Si aucun accusé de réception de la déclaration ne peut être produit, l'utilisateur final ou le commanditaire belge doit faire lui-même la déclaration de l'absence d'accusé de réception pour couvrir sa propre responsabilité (articles 6 et 20 du projet de loi).

Cela donnerait davantage de garanties que les informations nécessaires sont effectivement obtenues.

- Le Conseil estime toutefois que la simplicité, la convivialité et l'opérationnalité du système de déclaration sont primordiales pour l'efficacité et le succès de cette mesure. Il est dès lors nécessaire de veiller à ce que les modalités du système de déclaration restent aussi simples que possible.

Dans ce cadre, il souligne plus particulièrement que ce n'est que si l'entreprise étrangère ne respecte pas son obligation de déclaration que l'utilisateur final ou le commanditaire belge a une obligation de déclaration de l'absence d'accusé de réception. Il est donc essentiel de créer les circonstances qui permettent aux entreprises étrangères de remplir correctement leur obligation de déclaration.

En premier lieu, il faut pour cela que les groupes de données qui doivent figurer dans la déclaration soient pertinents et nécessaires et qu'ils ne soient pas trop détaillés (cette question sera examinée plus en détail dans l'avis relatif au projet d'arrêté royal qui exécute la loi sur ce point). Le Conseil souhaite attirer l'attention sur le risque d'alourdir l'obligation et de rendre de ce fait le système inopérant pour les entreprises étrangères et de compliquer la vie des opérateurs belges.

En deuxième lieu, il est nécessaire que l'introduction d'un système de ce type s'accompagne d'une campagne d'information efficace et adéquate. Il s'agit en effet de s'assurer que tant les entreprises étrangères que les utilisateurs belges soient parfaitement au courant de leurs obligations respectives et des conséquences qui en découlent en termes de responsabilité.

Le Conseil a appris qu'un volet communication est prévu dans le projet LIMOSA, avec pour objectif de diffuser autant d'informations que possible à l'intention de tous les intéressés, à savoir les entreprises tant belges qu'étrangères. Il est prévu d'élaborer un site web quadrilingue, qui expliquera les différents éléments de l'obligation de déclaration.

Il souligne l'importance d'une disponibilité continue d'informations actualisées et demande d'y consacrer des moyens suffisants. Dans ce cadre, il demande en outre d'associer les canaux d'information existants pour les employeurs (guichet d'entreprise, chambre de commerce...) à la diffusion de ces informations.

En troisième lieu, il estime que l'efficacité du dispositif est conditionnée par la mise en œuvre rapide des deux autres phases du projet, qui en comporte trois, à savoir la mise en place d'une banque de données centrale et la mise en place d'un guichet électronique unique. Le guichet unique, accompagné d'une campagne d'information à grande échelle, améliorera l'accessibilité et augmentera considérablement la mesure dans laquelle les entreprises étrangères s'acquitteront correctement de leurs obligations. La réalisation des trois volets, qui doivent former un tout, est très importante pour cette raison.

Le Conseil demande par conséquent que ces deux phases soient réalisées le plus rapidement possible. Il souhaiterait que le calendrier prévu à cet effet lui soit communiqué dans le cadre du mécanisme de rapport qu'il propose au sujet de l'exécution du projet LIMOSA (cf. ci-après).

- c. En ce qui concerne les circonstances dans lesquelles une déclaration préalable obligatoire n'est pas indiquée

Le Conseil prend acte du fait que les articles 1er à 3 du projet d'arrêté royal pris en exécution de la loi du XXX instaurant une déclaration préalable pour les travailleurs salariés et indépendants détachés, qui lui est soumis pour avis, déterminent les catégories de personnes détachées qui seront exclues du champ d'application de la loi.

Le Conseil se prononcera de manière plus approfondie sur le projet d'arrêté royal dans une deuxième phase. Néanmoins, il indique déjà que les catégories de personnes détachées qu'il est envisagé d'exclure du champ d'application de la loi par arrêté royal, et auxquelles / à l'égard desquelles l'obligation de déclaration préalable ne s'appliquera donc pas, doivent être définies conformément à la réalité économique de la circulation internationale des travailleurs et services.

3. L'obligation de déclaration de l'utilisateur final ou du commanditaire belge

Le Conseil constate que les articles 6 et 20 du projet de loi imposent à la personne auprès de laquelle (utilisateur final) ou pour laquelle (commanditaire) sont occupées, directement ou en sous-traitance, les personnes visées dans le projet de loi, l'obligation de communiquer à l'ONSS ou à l'INASTI, de préférence par voie électronique, préalablement au début de l'occupation de ces personnes, les données d'identification des personnes qui ne sont pas en mesure de présenter l'accusé de réception (pour la déclaration par l'entreprise étrangère), suivant les modalités qui seront déterminées dans un arrêté royal. Dès que la déclaration de l'absence d'accusé de réception est effectuée, le déclarant en reçoit également un accusé de réception.

Les modalités et les groupes de données qui doivent figurer dans la déclaration seront déterminés par arrêté royal ; l'ONSS définira le contenu de ces groupes de données.

Le Conseil constate également que toute personne qui ne s'est pas conformée aux dispositions relatives à cette obligation de déclaration de l'absence d'accusé de réception s'expose à des sanctions pénales similaires à celles prévues en cas d'infraction à la législation DIMONA.

Il souhaite formuler les remarques suivantes au sujet de ces articles.

a. La portée des obligations de l'utilisateur final ou du commanditaire belge

- Au cours des travaux en commission, le Conseil a pris connaissance du fait que l'utilisateur final ou le commanditaire belge qui demande à la personne détachée si une déclaration a été faite et se voit présenter l'accusé de réception est déchargé de toute responsabilité, tout comme l'entreprise étrangère elle-même.

Si, en l'absence de déclaration par l'entreprise étrangère, l'utilisateur final ou le commanditaire belge fait lui-même la déclaration de l'absence d'accusé de réception et a en sa possession l'accusé de réception de cette dernière déclaration, lui seul est déchargé de sa responsabilité, pas l'entreprise étrangère.

L'utilisateur final ou le commanditaire belge qui, dans le cadre d'un contrat de procuration, s'est engagé à faire la déclaration à la place de l'entreprise étrangère (possibilité prévue à l'article 4 du projet de loi) se décharge lui-même, ainsi que l'entreprise étrangère, de toute responsabilité.

- Le Conseil estime que cela ne ressort pas suffisamment du projet de loi soumis pour avis. Il considère qu'il est indispensable de déterminer très clairement les circonstances dans lesquelles l'utilisateur final ou le commanditaire belge est déchargé de sa responsabilité et ce, non seulement dans l'exposé des motifs, mais également dans le texte même du projet de loi.

Par ailleurs, le Conseil estime également qu'il faut préciser ce à quoi se limitent les obligations de l'utilisateur ou du commanditaire belge, à savoir un contrôle purement formel : il est uniquement tenu de vérifier si les travailleurs salariés ou indépendants détachés concernés peuvent produire un accusé de réception et il ne doit pas contrôler les données d'identification de ces personnes. En l'absence d'accusé de réception, il doit uniquement communiquer ("signaler") leurs données d'identification à l'ONSS ou à l'INASTI. Pour cela, il peut uniquement se baser sur les données qui lui sont communiquées par les personnes détachées concernées.

b. La sanction pénale prévue dans le projet de loi

- Le Conseil constate que le projet de loi prévoit, pour les infractions à ses dispositions, des sanctions pénales qui sont similaires à celles prévues pour des infractions à la législation DIMONA.

Ainsi, l'article 22, 5° du projet de loi dispose qu'est punie d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 500 à 2.500 euros ou d'une de ces peines seulement, "[t]oute personne qui ne s'est pas conformée aux dispositions des articles 6 et 20 ; l'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de travailleurs salariés ou indépendants détachés à l'égard desquels une infraction a été commise, sans toutefois que le total des amendes ne puisse excéder 125.000 euros".

Une amende administrative de 1.875 à 6.250 euros peut être imposée à "toute personne qui ne s'est pas conformée aux dispositions de l'article 6" (article 15 du projet de loi).

- Le Conseil juge qu'il est nécessaire de prévoir un niveau de sanction distinct pour les infractions selon qu'elles ont ou non un caractère frauduleux.

Dans le souci de rendre la sanction proportionnelle au délit commis, et sans vouloir porter atteinte à l'effet dissuasif de la sanction pénale, il propose la mesure suivante :

- pour les infractions qui ont un caractère frauduleux (c'est-à-dire avec l'intention de se soustraire à la législation belge du travail et de la sécurité sociale), les sanctions pénales figurant dans le projet de loi peuvent être maintenues ;
- pour les autres infractions, une sanction moins lourde est prévue pour le non-respect de la simple formalité administrative qu'est au fond la déclaration.

Dans ce cadre, il veut attirer l'attention sur le projet de loi introduisant le code pénal social, qui vise notamment à répartir les infractions, selon leur gravité, en trois niveaux, correspondant à trois niveaux de sanctions. L'intention est d'insérer toutes les infractions de droit pénal social dans le schéma de sanctions d'un code pénal social.

Il considère que le niveau de sanction 2 est le plus indiqué pour les infractions à l'obligation de déclaration qui n'ont pas un caractère frauduleux. La sanction de niveau 2 est constituée par soit une amende pénale de 250 à 2.500 euros, soit une amende administrative de 125 à 1.250 euros.

Finalement, le Conseil juge qu'il faut préciser que, si l'utilisateur final ou le commanditaire belge négligeait de déclarer des personnes détachées qui ne peuvent pas produire d'accusé de réception, cela n'entraînerait que sa responsabilité pénale, mais pas de responsabilité solidaire pour d'éventuelles infractions à d'autres réglementations commises par le travailleur ou le prestataire de services étranger ou par son employeur (dans le cadre strict de cette obligation de déclaration et sans préjudice des éventuelles dispositions qui imposent une responsabilité solidaire dans le cadre d'autres réglementations).

c. L'appréciation des manquements à l'obligation de déclaration

Le Conseil constate qu'il ne s'agit pas ici de créer un mécanisme de sanction automatique. Il demande que ce soit indiqué clairement dans l'exposé des motifs.

En premier lieu, le Conseil estime que l'exposé des motifs devrait attirer l'attention sur le pouvoir d'appréciation des inspecteurs sociaux qui exerceront la surveillance de cette loi conformément aux dispositions de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail (article 21 du projet de loi).

Sur la base de cette loi, les inspecteurs sociaux ont un pouvoir d'appréciation (et donc le choix) leur permettant soit de donner des avertissements, soit de fixer au contrevenant un délai pour se mettre en règle, soit de dresser un procès-verbal constatant une infraction (article 9, premier alinéa de la loi concernant l'inspection du travail).

Ce pouvoir d'appréciation a d'ailleurs été repris intégralement dans le projet de loi introduisant le code pénal social.

En deuxième lieu, le Conseil est d'avis qu'il conviendrait que l'exposé des motifs rappelle que l'auditeur du travail confronté à la constatation d'une infraction sanctionnée pénalement dispose également d'un large pouvoir d'appréciation, qui fait que certaines infractions sont classées sans suite, que d'autres aboutissent à l'imposition d'une amende administrative et que d'autres encore donnent lieu à des poursuites judiciaires.

Dans ce cadre, le Conseil souhaite répéter ce qu'il a déjà indiqué dans son avis n° 1.549 du 9 mars 2006 relatif à l'avant-projet de loi modifiant diverses dispositions légales en matière de droit pénal social.

D'une part, le Conseil souscrit à la démarche qui vise à tracer en matière de fraude sociale lourde une politique de poursuites pénales qui s'applique à l'ensemble de la Belgique et, d'autre part, il estime qu'il faudrait préciser la politique de manière à être attentif aux circonstances dans lesquelles une poursuite n'est pas opportune parce que l'on peut faire valoir des arguments démontrant l'absence de fraude. En tout cas, la sanction doit être proportionnelle au délit commis.

Pour cette raison, et en troisième lieu, le Conseil juge qu'il conviendrait que l'exposé des motifs décrive un certain nombre de situations concrètes dans lesquelles les inspecteurs sociaux ou, le cas échéant, les auditeurs du travail devraient faire usage de ce pouvoir d'appréciation en faveur de l'utilisateur final ou du commanditaire belge.

Il estime ainsi qu'en cas de déclaration de données d'identification incorrectes, il faut tenir compte du fait que l'utilisateur final ou le commanditaire belge est uniquement tenu de vérifier la présence ou non d'un accusé de réception de la déclaration, qu'il ne doit pas contrôler les données d'identification des personnes concernées (voir plus haut, point a.) et qu'il n'en a pas non plus les moyens. Il ne peut donc pas être responsable de la déclaration de données éventuellement incorrectes. La déclaration de l'absence d'accusé de réception a plutôt une fonction de signal.

Le Conseil considère également qu'en cas d'impossibilité pour l'utilisateur final ou le commanditaire belge d'effectuer une déclaration ou de communiquer toutes les données requises parce qu'il n'a reçu aucune donnée d'identification ou que les données reçues étaient insuffisantes, il doit pouvoir être déchargé de sa responsabilité s'il fournit la preuve qu'il a entrepris les démarches nécessaires à cette fin vis-à-vis de l'entrepreneur étranger, mais qu'il ne dispose pas des données nécessaires pour faire lui-même la déclaration de l'absence d'accusé de réception.

Le Conseil juge finalement que le changement de l'identité des personnes détachées qui viennent effectuer le travail après que la déclaration de l'absence d'accusé de réception a été faite ne peut pas aboutir à la responsabilité de l'utilisateur final ou du commanditaire belge. La déclaration n'a dans cette situation qu'une fonction de signal et doit se limiter à une seule déclaration préalable avant le début des activités en Belgique. Une fois que cette déclaration a eu lieu, l'utilisateur a rempli sa tâche : les services d'inspection sont au courant de l'activité étrangère et peuvent faire des contrôles si nécessaire.

d. La problématique de la sous-traitance

Le Conseil constate que la déclaration de l'absence d'accusé de réception visée aux articles 6 et 20 du projet de loi doit être faite par toute personne auprès de laquelle (utilisateur final) ou pour laquelle (commanditaire) des travaux sont effectués directement ou en sous-traitance par du personnel détaché.

Selon le texte soumis pour avis, toute entreprise belge auprès de laquelle des travaux sont effectués par du personnel détaché doit vérifier si la déclaration a été faite par l'employeur étranger, que le personnel ait été détaché par l'entreprise étrangère avec laquelle l'entreprise belge a un contrat ou par l'un des sous-traitants de cette entreprise étrangère. Si ce n'est pas le cas (absence d'accusé de réception), l'entreprise belge doit faire elle-même une déclaration concernant un certain nombre de données d'identification.

Les membres représentant les organisations de travailleurs jugent qu'il est important de conserver cette cascade concernant la responsabilité afin de vérifier si la déclaration a été faite et, le cas échéant, de la faire soi-même.

La responsabilité solidaire entre commanditaire, utilisateur final et sous-traitants doit être conservée, pour pouvoir lutter contre les constructions frauduleuses. L'objectif du projet de texte est que les services d'inspection sachent au moins quelles personnes étrangères détachées sont présentes sur le territoire belge. Pour réaliser cet objectif, il est important qu'il n'y ait pas d'interruption dans la responsabilité de tous ceux qui sont impliqués dans une chaîne de sous-traitance.

Le raisonnement des employeurs, selon lequel un utilisateur ou commanditaire belge n'a d'obligation et de responsabilité qu'à l'égard de la relation contractuelle directe, ne tient pas.

Dans le cadre de la sécurité et de la santé des travailleurs, il est incompréhensible, et inacceptable, qu'un employeur ou commanditaire ne sache pas quels travailleurs salariés ou indépendants sont présents sur le chantier ou dans l'entreprise.

Il est dès lors tout aussi incompréhensible que ce même employeur ou commanditaire ne puisse pas vérifier si une déclaration électronique a été faite.

Dans la cascade de responsabilité des différents sous-traitants, le commanditaire qui recrute des travailleurs salariés ou indépendants hors des frontières du territoire belge doit être responsable de la vérification de la déclaration. Cette responsabilité doit être couverte dans les relations mutuelles entre chaque entrepreneur et ses sous-traitants.

Le fait que cette obligation soit sanctionnée de la même manière malgré l'éventuelle bonne foi de la personne se trouvant dans la chaîne n'est pas pertinent, étant donné qu'il est toujours tenu compte, lors du jugement d'un délit, de l'élément intentionnel et de la bonne foi de la personne chez qui une infraction est constatée.

Les membres représentant les organisations d'employeurs soulignent que, dans la réalité économique actuelle, dans l'ensemble des secteurs, on travaille de plus en plus en réseaux entre commanditaires, contractants et sous-contractants, dans un cadre international. Souvent, il n'est pas évident pour le commanditaire belge de savoir précisément quels travailleurs travaillent pour quel entrepreneur ou sous-traitant. Ils estiment qu'il est impossible dans la pratique de faire jouer pleinement l'obligation de contrôle et de déclaration ainsi que la responsabilité de l'utilisateur ou du commanditaire belge à l'égard (du personnel détaché) de tous les sous-traitants possibles auxquels le contractant étranger direct a confié le travail, et que cela aura des conséquences injustes. En outre, ils souhaitent que les entreprises ne portent pas la responsabilité de tâches de contrôle qui devraient en fait être remplies par les autorités.

Par ailleurs, ils ne souhaitent pas compromettre la réussite et l'efficacité de la mesure, à laquelle ils s'engagent à collaborer pleinement, et estiment qu'il faut empêcher les constructions qui visent à contourner la législation. Le nombre limité de cas de fraude contre lesquels on tente de lutter ainsi ne peut toutefois pas avoir pour conséquence que tous les utilisateurs et commanditaires belges se voient imposer sans limitation cette responsabilité et ces obligations très poussées.

Pour cette raison, ils souhaitent que, dans la mesure où il n'est pas donné suite à leur demande expresse de limiter les obligations et la responsabilité de l'utilisateur ou du commanditaire belge à la relation contractuelle avec le contractant étranger direct, une différenciation soit en tout cas prévue dans l'obligation de contrôle et de communication et dans la sanction qui s'applique en cas de non-respect de ces obligations, dans le cadre de quoi l'obligation de contrôle et de communication continuerait à s'appliquer dans tous les cas, alors que la sanction serait en principe limitée à la relation contractuelle entre l'entreprise belge et son contractant étranger direct, étant donné qu'il s'agit du seul niveau où la sécurité juridique peut être garantie à l'égard de l'entreprise belge.

En d'autres termes :

- Dans la relation contractuelle entre l'entreprise belge et (le personnel détaché de) son contractant étranger direct, l'obligation de contrôle et de communication et la sanction s'appliquent pleinement.

- À l'égard (du personnel détaché) d'éventuels sous-traitants étrangers auquel le contractant étranger direct a confié l'ensemble ou une partie du travail, l'entreprise belge conserve certes l'obligation de contrôle et de communication, mais la sanction peut uniquement être imposée s'il est démontré que l'éventuel non-respect de l'obligation de communication par l'entreprise belge est de nature frauduleuse.

Comme indiqué ci-avant, dans l'hypothèse où l'utilisateur final ou le commanditaire belge a un contrat avec une autre entreprise belge pour l'exécution de certains travaux, que cette dernière confie en sous-traitance à une firme étrangère qui détache à cette fin du personnel en Belgique, il ne sait pas nécessairement que l'on travaille avec une firme étrangère. Dans ce cas, ce doit être le contractant belge et non l'utilisateur ou le commanditaire belge qui doit demander au (personnel détaché du) contractant étranger la preuve que la communication a eu lieu, et qui, en l'absence de preuve, doit l'indiquer à l'ONSS. Si le contractant étranger confie encore lui-même le travail à un sous-traitant, la même différenciation entre l'obligation de contrôle et de communication et la sanction doit toutefois s'appliquer vis-à-vis de l'entrepreneur belge qui fait appel au contractant étranger.

La sécurité juridique s'applique ainsi aux utilisateurs et aux commanditaires belges qui sont de bonne foi, mais la possibilité de lutter contre la fraude et les constructions visant à contourner la législation continue à s'appliquer intégralement et les objectifs de la mesure peuvent être atteints. Les membres représentant les organisations d'employeurs soulignent d'ailleurs qu'outre cette obligation de communication, des mesures spécifiques existent ou vont être prises dans les secteurs dits "sensibles", dans le cadre de la lutte contre la fraude (déclaration de chantier...).

B. Considérations du Conseil fondées sur une analyse du texte des articles du projet de loi

Le Conseil a, dans un second temps, examiné de manière plus approfondie les articles que contient le projet de loi précité. Au terme de cet exercice, il se propose d'émettre une série de constats et de remarques ponctuelles ou de caractère technique.

Titre II. Champ d'application et définitions

Article 2

Le Conseil a deux remarques à formuler concernant cet article :

1. Le Conseil constate que le 1° de cet article définit les travailleurs salariés comme étant "les personnes qui fournissent des prestations de travail, contre rémunération et sous l'autorité d'une autre personne".

Il remarque que le commentaire de l'exposé des motifs qui se rapporte à cette disposition précise que cette définition est extrêmement large et que les personnes occupées "dans le cadre d'un statut et d'un pseudo statut" sont donc également visées.

Le Conseil pense que l'utilisation du terme "statut" manque de clarté et risque de porter à confusion.

Il constate que l'objectif poursuivi par cette formulation est de couvrir l'ensemble des diverses qualifications qui peuvent exister dans les autres États membres et suggère dès lors de faire usage du terme "qualifications" à la place du terme "statut".

Le Conseil pense par ailleurs qu'il serait utile d'ajouter, dans l'exposé des motifs, des exemples des situations qui peuvent être visées de manière à clarifier l'interprétation à donner à cette disposition.

Cette dernière considération se justifie par le fait que le Conseil s'interroge en particulier quant à la situation des navigateurs, des pêcheurs en mer ou encore des bateliers. Il se demande en effet si les dispositions du présent projet de loi sont applicables à ces catégories de personnes.

2. Le Conseil relève que le 2° de cet article définit les travailleurs salariés détachés comme étant "les personnes visées au point 1° qui effectuent temporairement une prestation de travail en Belgique et qui, soit,
- a) travaillent habituellement sur le territoire d'un ou de plusieurs pays autres que la Belgique ;
 - b) ont été engagés dans un pays autre que la Belgique".

Il constate, selon les explications fournies dans le cadre des réunions en Commission, que la notion de détachement mentionnée dans le présent projet de loi est inspirée de la définition mentionnée à l'article 2, alinéa 2, de la loi du 5 mars 2002⁴. Cependant, le projet LIMOSA ayant pour objet de couvrir tous les types d'occupation d'étrangers en Belgique, la portée de cette définition a été élargie, en y ajoutant le terme "temporairement".

La notion de travailleurs détachés définie dans le présent projet de loi a donc une autonomie propre et doit être interprétée dans le cadre des objectifs poursuivis par le projet LIMOSA.

Le Conseil observe que le projet de loi ne définit pas le terme "temporairement" alors qu'il peut faire l'objet de deux interprétations. En effet, comme l'exposé des motifs le précise, il peut s'agir de travailleurs qui exécutent leurs prestations, à temps complet, sur le territoire belge pendant une période déterminée ou de travailleurs qui partagent leur temps de travail entre la Belgique et d'autres États.

Le Conseil considère que les explications fournies par l'exposé des motifs ne sont pas suffisamment explicites quant à la portée de ce terme dans le cadre du présent projet de loi.

Dans un souci de sécurité juridique, il demande donc que le terme "temporairement" soit défini dans le texte même du projet de loi.

⁴ Loi du 5 mars 2002 transposant 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 et instaurant un régime simplifié pour la tenue de documents sociaux par les entreprises qui détachent des travailleurs en Belgique.

Titre III. La déclaration préalable pour les travailleurs détachés

Article 4

Le Conseil a également deux remarques à formuler concernant cet article :

1. Le Conseil constate que le deuxième alinéa de cet article est libellé de la manière suivante :

"Préalablement à la venue d'un stagiaire détaché sur le territoire belge, celui-ci ou l'institution auprès de laquelle il suit ses études ou sa formation professionnelle doit effectuer, auprès de l'ONSS une déclaration par voie électronique (...)".

Il remarque, suite aux informations fournies par le représentant de l'ONSS, que l'expression "Préalablement à la venue" va être remplacée par l'expression "Préalablement au début de son stage", et ce de manière à éviter des discussions relatives à la détermination de ce moment et à lier celui-ci au véritable début de l'exécution des prestations.

Il relève que la même modification va être apportée au deuxième alinéa de l'article 18 du projet de loi qui vise la déclaration préalable pour les stagiaires indépendants détachés.

Le Conseil prend acte de cette modification et abonde dans ce sens.

2. Le Conseil observe que le cinquième alinéa de cet article stipule que "le Roi détermine le délai dans lequel une déclaration préalable peut être annulée".

Il apparaît, aux termes de l'exposé des motifs, que cet alinéa vise à permettre l'annulation de la déclaration lorsque l'activité prévue sur le territoire belge n'a pas eu lieu, de manière à garantir l'actualité des données. Cependant, un délai doit être déterminé afin d'éviter une possibilité illimitée d'annulation.

Le Conseil constate que l'exposé des motifs n'indique pas de critères permettant de distinguer une annulation illicite d'une annulation licite de la déclaration préalable. Il pense donc qu'il serait nécessaire de préciser, dans l'exposé des motifs, que l'arrêté royal pris en exécution du présent projet de loi mentionnera les conditions et le délai dans lesquels l'annulation de la déclaration peut intervenir.

Article 15

Le Conseil relève que le point b) de cet article prévoit des amendes "allant de 1.875 euros à 6.250 euros pour toute personne qui ne s'est pas conformée aux dispositions de l'article 7 de la loi précitée du x".

Il constate, selon l'explication fournie par le représentant de l'ONSS, que cette disposition ne doit pas mentionner l'article 7 mais bien l'article 6 du présent projet de loi.

Le Conseil demande donc que cette disposition soit modifiée en ce sens.

Titre IV. Déclaration préalable pour les indépendants détachés

Article 18

Le Conseil constate que le premier alinéa de cet article est libellé de la manière suivante :

"Préalablement à la venue d'un travailleur indépendant détaché sur le territoire belge, celui-ci ou son mandataire doit effectuer, auprès de l'INASTI, une déclaration par voie électronique (...)".

Il relève que, selon le représentant de l'ONSS et suivant le même objectif que celui poursuivi par la modification susmentionnée qui va être apportée au deuxième alinéa de l'article 4 du projet de loi, l'expression "Préalablement à la venue" mentionnée au début de cet alinéa va être remplacée par l'expression suivante : "Préalablement à l'exercice de l'activité professionnelle".

Le Conseil approuve cette modification et renvoie, en ce qui concerne les stagiaires indépendants détachés visés au deuxième alinéa de présent article, au commentaire relatif à l'article 4 du projet de loi.

Titre V. Surveillance et sanctions

Article 22

Le Conseil constate que le 3° de cet article vise le travailleur indépendant détaché qui ne s'est pas conformé aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution.

Il souligne que ce point ne mentionne pas le stagiaire indépendant détaché et considère qu'il s'agit d'un oubli qu'il y a lieu de rectifier.

Titre VI. Dispositions transitoires et finales

Article 27

Le Conseil remarque que cet article prévoit que l'ONSS et l'INASTI tiennent une base de données relative aux travailleurs salariés, indépendants et stagiaires détachés dans laquelle sont reprises des données en provenance d'autres instances.

Cet article stipule également que ces données de la base de données précitée peuvent être mises à la disposition d'autres instances par le biais de la Banque Carrefour de la Sécurité sociale.

Le Conseil demande en conséquence que les mesures permettant à la Banque Carrefour de la Sécurité Sociale d'être légalement habilitée à accomplir cette mission soient adoptées.

Par ailleurs, il insiste également sur le fait que, dans la mesure où les parastataux concernés par la mise en œuvre de cette nouvelle mesure, à savoir l'ONSS, la BCSS et l'INASTI, se voient attribuer de nouvelles tâches, il faut prévoir les moyens budgétaires nécessaires à cette fin.

Article 29

Le Conseil relève que cet article précise que si les activités sur le territoire belge ont débuté avant l'entrée en vigueur de la présente loi, le délai pour faire la déclaration préalable expire 6 mois après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Il remarque que le commentaire de l'exposé des motifs relatif à cet article mentionne quant à lui un délai transitoire d'un an.

Le Conseil constate, aux termes des informations fournies par le représentant de l'ONSS, que cette incohérence procède d'une erreur dans le texte de l'exposé des motifs et qu'il y a lieu de tenir compte du délai transitoire de 6 mois tel que mentionné dans le projet de loi.

Il estime qu'un délai transitoire de 6 mois est logique pour les déclarations de détachement effectuées avant l'entrée en vigueur du nouveau système, étant donné que, dans le système actuel, la déclaration préalable entraîne la dispense de certaines obligations, pour une période maximale de 6 mois.

Cependant, le Conseil se demande s'il ne serait pas indiqué de prévoir un délai transitoire d'un an pour les activités déjà en cours au moment de l'entrée en vigueur du nouveau système. Il vise en effet les cas dans lesquels il est matériellement impossible d'encore effectuer une déclaration préalable, étant donné que les activités ont déjà débuté et que celles-ci peuvent avoir une certaine ampleur et une certaine durée. Par ailleurs, de manière à assurer l'information de tout un chacun dans le monde entier, quant à l'instauration de cette déclaration préalable obligatoire et aux obligations qui en découlent, une période de transition suffisamment longue semble nécessaire, afin d'éviter des effets non désirés, notamment à l'égard des commanditaires belges.

x x x

Au cours de ses travaux, le Conseil a appris que le texte du projet de loi sera repris dans le projet de loi portant des dispositions diverses et qu'il devrait entrer en vigueur le 1er janvier 2007.

Il insiste sur l'importance d'un calendrier réaliste qui pourra garantir l'efficacité et donc la réussite de la réforme pour tous les acteurs concernés, c'est-à-dire les entreprises du monde entier qui détachent des travailleurs en Belgique, les indépendants et stagiaires qui viennent travailler en Belgique, les utilisateurs finaux ou commanditaires belges, les parastataux concernés et les services d'inspection.

Par ailleurs, il estime qu'il faut observer une période pendant laquelle une marge d'erreur est autorisée et ce, en raison du temps qui sera nécessaire pour diffuser les informations au sujet du dispositif proposé auprès de tous les intéressés, vu le contexte international de la problématique. Au cours de cette phase initiale, il est demandé que les services publics concernés se concentrent sur la diffusion d'informations au sujet du nouveau dispositif et sur l'apport d'un soutien à ceux qui ne rempliraient pas leurs obligations, comme cela a été fait lors de l'introduction de la législation DIMONA.

Le Conseil indique que, dans le cadre des projets en matière de e-government, des représentants des Administrations compétentes font régulièrement rapport aux membres du Conseil sur la mise en œuvre des déclarations DIMONA, DMFA et DRS. Il est ainsi informé des éventuelles difficultés concrètes qui surviennent au niveau de l'application de celles-ci et peut dès lors proposer des solutions y adaptées. De la même manière, il souhaite que des informations sur l'application de la déclaration préalable obligatoire lui soit également transmises. Sur cette base, il se réserve la possibilité de procéder à un suivi et à une évaluation de la mise en œuvre de ce nouveau mécanisme, à intervalles réguliers et au moment qu'il choisira.
