

A V I S N° 1.685

Séance du mercredi 6 mai 2009

Responsabilité solidaire du donneur d'ordre - Article 38 sexies, alinéa 1er, 2° de l'arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers

x                    x                    x

2.357-1

**AVIS N° 1.685**

---

Objet : Responsabilité solidaire du donneur d'ordre - Article 38 sexies, alinéa 1er, 2° de l'arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers

---

Par lettre du 27 novembre 2008, madame J. Milquet, Vice-Première ministre et ministre de l'Emploi et de l'Égalité des Chances, a saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis sur la concrétisation de la mesure d'accompagnement prévue par l'article 38 sexies, alinéa 1er, 2° de l'arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers.

L'examen de cette question a été confié à la Commission des relations individuelles du travail et de la sécurité sociale.

Sur rapport de cette commission, le Conseil a émis, le 6 mai 2009, l'avis suivant.

x                      x                      x

## AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

---

### I. OBJET ET PORTÉE DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le Conseil rappelle que, le 1er mai 2004, l'UE s'est élargie à 10 nouveaux États membres (Estonie, Chypre, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, République tchèque, Slovaquie et Slovénie). La libre circulation des travailleurs s'applique en principe au sein de l'UE. Le traité d'adhésion prévoit toutefois la possibilité pour les anciens États membres d'appliquer, pendant une période de transition de sept ans au maximum (2+3+2), des mesures limitant la libre circulation des travailleurs originaires de ces nouveaux États membres. La Belgique a fait usage de cette possibilité. Après une première période de transition de deux ans, du 1er mai 2004 au 1er mai 2006, une deuxième période de transition de trois ans est actuellement en cours, du 1er mai 2006 au 1er mai 2009. Il est possible de prévoir une dernière prolongation de deux ans, jusqu'au 1er mai 2011, si l'ouverture des frontières devait entraîner des perturbations graves du marché du travail et après en avoir averti la Commission européenne. La période de transition ne s'applique pas aux ressortissants de Chypre et de Malte, auxquels la libre circulation des travailleurs s'applique totalement depuis le 1er mai 2004.

La Bulgarie et la Roumanie ont également adhéré à l'UE le 1er janvier 2007. La Belgique a choisi de limiter la libre circulation des travailleurs pour les ressortissants de ces deux nouveaux États membres pendant une période de transition qui a été prolongée jusqu'au 31 décembre 2011, selon les mêmes mesures de transition que celles qui s'appliquent aux États membres visés par le premier élargissement.

Les traités d'adhésion ne prévoient pas de mesures de transition pour la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Les ressortissants d'un nouvel État membre peuvent donc s'établir en tant qu'indépendants dans n'importe quel autre État membre et une entreprise ou un indépendant peuvent, par le biais d'un détachement de personnel, fournir des services dans un autre État membre sans y être établis.

2. Par lettre du 27 novembre 2008, madame J. Milquet, Vice-Première ministre et ministre de l'Emploi et de l'Égalité des Chances, a saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis concernant la concrétisation de la mesure d'accompagnement prévue par l'article 38 sexies, alinéa 1er, 2° de l'arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers.

En vertu de cette réglementation, l'ouverture anticipée des frontières belges aux nouveaux États membres de l'UE en matière de libre circulation des travailleurs est subordonnée à l'accomplissement de quatre mesures d'accompagnement, dont la mise en œuvre de la responsabilité solidaire des entrepreneurs principaux ou des donneurs d'ordre en ce qui concerne les conditions de rémunération et de travail des travailleurs étrangers mis à disposition, une condition qui doit encore être concrétisée.

La ministre explique à ce sujet que cette condition a pour but de responsabiliser le donneur d'ordre, qui bénéficie du fruit du travail effectué par les travailleurs de son/ses sous-traitant(s), et de combattre les pratiques de pourvoyeurs de main-d'œuvre qui fournissent à leurs clients une main-d'œuvre bon marché parce qu'ils ne respectent pas les conditions de travail élémentaires.

Étant donné qu'il s'agit de viser les situations dans lesquelles le contractant s'engage essentiellement à fournir de la main-d'œuvre, le cadre juridique de cette relation est soit la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, soit une forme de sous-traitance sans délégation (au moins apparente) d'autorité.

Vu la portée de cette future définition, la ministre souhaite consulter le Conseil sur cette problématique et, en particulier, sur la meilleure manière de concrétiser ladite mesure d'accompagnement prévue par l'article 38 sexies, alinéa 1er, 2° de l'arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers.

## **II. POSITION DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL**

1. Le Conseil a examiné avec une attention particulière la demande d'avis de la ministre et déduit de l'exposé du représentant de la ministre que celle-ci veut une réglementation en matière de responsabilité solidaire pour les raisons suivantes.

Tout d'abord, un certain nombre d'accords politiques ont été conclus en 2006, lorsque le gouvernement de l'époque a, dans le cadre du chantier politique relatif au marché du travail, confié l'examen de cette problématique au Groupe des dix. Le point 12 de ce que l'on appelle les "dix chantiers" prévoit ce qui suit :

"Le Gouvernement entend introduire la responsabilité solidaire dans le cadre des contrats d'entreprise tout en associant étroitement les partenaires sociaux à la fixation des modalités d'exécution. L'objectif consiste à prévenir la fraude dans le cadre de l'emploi international sans générer d'incidences négatives sur le tissu économique."

La responsabilité solidaire a à l'époque été insérée dans l'arrêté royal de 1999 comme une des quatre mesures d'accompagnement qu'il fallait remplir pour l'ouverture anticipée des frontières belges. Cette réglementation a encore été rappelée en mars 2009 par quelques ministres régionaux de l'Emploi, qui estimaient que les frontières ne pouvaient pas encore être ouvertes avant que la réglementation en matière de responsabilité solidaire ne soit introduite.

La deuxième raison pour laquelle la ministre souhaite une réglementation pour la responsabilité solidaire est le fait qu'il s'agit d'une requête des services d'inspection. Ils constatent en effet que la Belgique est actuellement inondée de bureaux de détachement et de faux bureaux d'intérim tant étrangers que belges, qui viennent y travailler malhonnêtement par le biais de constructions étrangères.

L'introduction de la responsabilité solidaire du donneur d'ordre ou de l'entrepreneur principal poursuit un double objectif : d'une part, la protection des droits sociaux des travailleurs lésés et la prévention du dumping social et, d'autre part, la lutte contre les constructions malhonnêtes (le fait de faire effectuer des travaux sous le statut de faux indépendant, par le biais d'un détachement dans le cadre d'un contrat de service ou par le biais du travail au noir), qui entraînent une concurrence déloyale.

Enfin, dans le contexte européen, le principe de la responsabilité solidaire, qui est déjà repris sous l'une ou l'autre forme dans la législation d'un certain nombre d'États membres, comme la France, les Pays-Bas et l'Allemagne, est considéré comme une bonne pratique. La proposition de directive prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier renferme également le principe selon lequel toutes les entreprises d'une chaîne de sous-traitance sont tenues pour solidairement redevables des sanctions financières infligées à un employeur de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier situé en bout de chaîne.

2. Après examen, les organisations d'employeurs et de travailleurs représentées au sein du Conseil ne sont pas parvenues à formuler des propositions unanimes à ce sujet.

A. Position des membres représentant les organisations d'employeurs

Les membres représentant les organisations d'employeurs constatent tout d'abord que, dans le communiqué de presse que la ministre de l'Emploi a diffusé à ce sujet, la notion de responsabilité solidaire est située dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, comme étant une des conditions pour l'ouverture des frontières aux travailleurs originaires des nouveaux États membres européens. Ils souhaitent rappeler que le principe de la libre circulation des travailleurs est, selon eux, l'un des principes fondamentaux de l'Union européenne et que des mesures transitoires ne sont par conséquent pas nécessaires.

Ensuite, ces membres remarquent que, d'un point de vue juridique, l'introduction d'une responsabilité solidaire des entrepreneurs principaux ou des donneurs d'ordre comme une des conditions pour une ouverture anticipée des frontières aux travailleurs originaires des nouveaux États membres européens est devenue sans objet, étant donné que ces frontières doivent être ouvertes le 30 avril 2009 au plus tard.

Par ailleurs, ils soulignent que la liaison de l'ouverture des frontières à une condition de ce type prête à confusion. En effet, il n'y a aucun lien entre une mesure de ce type, qui vise à lutter contre la fraude en cas de détachement, et l'occupation d'un travailleur étranger, de manière complètement légale et conforme à la législation belge, par un employeur établi en Belgique.

En outre, l'introduction d'une responsabilité solidaire est une mesure disproportionnée qui risque d'avoir des conséquences désastreuses pour les entreprises belges. D'une part, elle touche toutes les entreprises, qu'il s'agisse ou non d'une situation purement belge de louage d'ouvrage et de sous-traitance, que l'on ait recours ou non à des travailleurs d'origine étrangère et que les entreprises soient sérieuses ou non. D'autre part, la mission de contrôle des autorités est transférée aux entreprises belges, alors que ce n'est pas leur tâche et qu'elles ne sont, dans la pratique, pas non plus en mesure d'assumer cette responsabilité. Les donneurs d'ordre ne peuvent en effet pas exercer de contrôle sur leurs cocontractants ou sous-traitants.

Ils n'ont en effet pas connaissance de leurs structures en matière de prix et de coûts, dont les conditions de travail et de rémunération ne constituent en outre qu'un élément parmi tant d'autres. De plus, ils ne sont pas en mesure de retracer toute la chaîne de sous-traitants et de connaître les conditions de travail et de rémunération, qui peuvent varier de secteur à secteur. Il revient par conséquent aux autorités d'exercer leur mission de contrôle plutôt que d'alourdir les charges qui pèsent sur les entreprises, d'autant plus que les autorités disposent pour ce faire de tous les instruments, compétences et données nécessaires.

De surcroît, l'introduction d'une responsabilité solidaire en plus des systèmes existants de responsabilité solidaire et des obligations administratives existantes qui reposent sur les entreprises, serait injustifiée. L'utilisation efficiente des obligations existantes (que respectent les entreprises sérieuses), liée à des contrôles efficaces ayant pour unique but de rendre la tâche des entreprises mal-honnêtes extrêmement complexe voire impossible, doit être le seul objectif des autorités, plutôt que de s'attaquer à ceux qui éprouvent déjà à l'heure actuelle les pires difficultés pour faire face à toutes les obligations imposées.

Il serait également injustifiable, d'un point de vue économique, d'entraver le recours à la sous-traitance et à l'outsourcing, étant donné qu'ils constituent la pierre angulaire de l'économie de services de la Belgique, dans un contexte de concurrence internationale qui oblige les entreprises belges à se concentrer sur leur activité centrale.

En outre, on peut également affirmer qu'il est utopique et infaisable de tenter de résoudre un problème européen par un système national de sanction.

Les membres représentant les organisations d'employeurs remarquent enfin que la piste évoquée par les représentants de la ministre, à savoir modifier l'article 31 de la loi du 27 juillet 1987 afin qu'il retrouve sa version initiale d'avant la modification de 2000, est inacceptable et incompréhensible à leurs yeux. À l'heure actuelle, une multitude d'activités sont en effet exécutées par des prestataires de services belges et étrangers et ce, pour tout un éventail d'activités économiques. En raison d'une telle modification, le recours à des travailleurs de prestataires de services sérieux risque d'être qualifié de mise à disposition interdite, alors qu'il répond à un besoin pratique (par exemple, des instructions de sécurité données par une entreprise SEVESO aux travailleurs d'un prestataire de services).

#### B. Position des membres représentant les organisations de travailleurs

Les membres représentant les organisations de travailleurs sont d'avis que l'introduction de la responsabilité solidaire du donneur d'ordre (entrepreneur principal) est une dernière pièce indispensable dans l'approche du dumping social.

Les travailleurs étrangers qui sont occupés sur le marché du travail belge peuvent prétendre aux conditions de rémunération et de travail telles que fixées dans des conventions collectives de travail rendues obligatoires.

Il s'agit du cœur de la loi du 5 mars 2002 transposant la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

L'application de cette règle dans la pratique laisse néanmoins à désirer. Le non-respect des CCT relatives aux conditions de rémunération et de travail entraîne non seulement un dumping social et une concurrence déloyale, mais aussi des problèmes en ce qui concerne la sécurité et la coordination du travail à effectuer. En outre, cela crée une inégalité de traitement des travailleurs sur le marché du travail.

C'est la raison pour laquelle les organisations de travailleurs ont toujours lié quatre conditions à la libre circulation des travailleurs et à la libre circulation des services impliquant l'occupation de main-d'œuvre étrangère sur le territoire belge :

#### 1. Communication

Il est important de savoir qui vient travailler sur le marché du travail belge. En principe, ces informations peuvent être recueillies au moyen du système LIMOSA. Ce système ne fonctionne pas encore de manière optimale. Différentes améliorations doivent encore y être apportées, surtout en ce qui concerne la vérification des données qui sont communiquées au moyen de LIMOSA.

#### 2. Information

La main-d'œuvre étrangère qui vient travailler en Belgique n'est souvent pas suffisamment informée des conditions de rémunération et de travail qui s'y appliquent. Leur fournir les informations nécessaires est une responsabilité commune des employeurs, des syndicats et des autorités.

À cet égard, les membres représentant les organisations de travailleurs plaident pour l'introduction d'un devoir d'information par les employeurs-utilisateurs. Ce sont eux qui sont confrontés en premier lieu à cette main-d'œuvre étrangère.



### 3. Contrôle

L'efficacité d'une règle ne peut être jaugée qu'à la qualité de l'application sur le terrain. Il y a jusqu'à présent un manque de contrôles suffisants, énergiques et systématiques. L'appareil d'inspection belge doit être davantage renforcé, mais doit également faire (encore) plus usage des moyens techniques disponibles (contrôles croisés, liens entre banques de données...).

Les membres représentant les organisations de travailleurs déplorent à cet égard que l'inspection des lois sociales, qui est normalement une alliée du travailleur, soit de plus en plus souvent chargée d'agir comme une sorte de police de l'immigration à l'égard des travailleurs étrangers (contrôle des documents de séjour non valables).

### 4. Sanctions

Dans le cadre des sanctions en cas d'éventuels abus, il faut également prévoir une forme de responsabilité solidaire du donneur d'ordre (entrepreneur principal). L'introduction de la présomption de dumping social, s'il ressort de la fixation du prix qu'il est impossible que les conditions de rémunération et de travail belges puissent être respectées, est un pas dans la bonne direction. Dans ces cas, il est impossible que le donneur d'ordre (entrepreneur principal) puisse être mis hors de cause.

L'introduction d'une telle présomption constitue un outil important pour les services d'inspection.

Afin de lutter contre les abus en matière de sous-traitance, une meilleure définition du transfert d'autorité de l'employeur vers l'utilisateur est nécessaire. Cela offrirait un outil important aux services d'inspection afin de s'attaquer aux formes illégales de mise à disposition.

La règle de la responsabilité solidaire ne se limite donc pas à la migration et au dumping social des travailleurs des nouveaux États membres européens. Elle doit s'appliquer à toute la main-d'œuvre étrangère, y compris à celle qui, par le biais du détachement et de la libre circulation des services, arrive sur le marché belge du travail. C'est la raison pour laquelle il faut généraliser l'article 31, § 4 de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

La responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et parafiscales, qui existe actuellement déjà pour certains secteurs, devrait être étendue sans distinction à tous les secteurs.

Le respect de ces conditions permettra que le marché interne devienne un marché à la fois transparent et concurrentiel, dans lequel l'égalité de traitement des travailleurs contribue à une concurrence loyale entre toutes les entreprises, tant grandes que petites.

La Cour européenne de Justice est d'avis que l'introduction d'un système de responsabilité n'est pas contraire au droit communautaire, mais implique justement une protection des travailleurs détachés (voir arrêts Wolff et Müller).

À côté de l'extension de la responsabilité solidaire des dettes fiscales et parafiscales, il est plus que nécessaire, selon les organisations de travailleurs, d'introduire une responsabilité solidaire pour les conditions de rémunération et de travail. Cette mesure était prévue en tant que mesure complémentaire dans le cadre de la discussion concernant l'ouverture des frontières aux travailleurs des nouveaux États membres, mais elle n'a pas été exécutée jusqu'à présent.

Les membres représentant les organisations de travailleurs attirent à cet égard l'attention sur la résolution du Parlement européen concernant l'introduction d'une responsabilité solidaire<sup>1</sup>. Ils souscrivent entièrement à l'analyse selon laquelle l'introduction d'une responsabilité en chaîne entre l'entrepreneur principal-donneur d'ordre et les sous-traitants serait profitable non seulement aux travailleurs mais aussi aux autorités et aux employeurs, et en particulier aux PME.

La Commission européenne promeut explicitement les avantages de la responsabilité de la chaîne afin de prévenir la fraude sociale, de la combattre et de la sanctionner dans le cadre de la prestation de services transfrontaliers<sup>2</sup>.

Une étude de la Fondation de Dublin montre que la limitation de la responsabilité à un seul élément de la chaîne entraîne une inefficacité de la mesure. Cette même étude montre que ces chaînes deviennent extrêmement longues et complexes. Souvent, des structures opaques et complexes sont consciemment élaborées, ce qui rend difficile pour les entreprises honnêtes de maintenir la tête hors de l'eau.

---

<sup>1</sup> Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaînes de production.

<sup>2</sup> Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of service COM(2006) 159 final.

C'est la raison pour laquelle les membres représentant les organisations de travailleurs plaident pour l'introduction d'une responsabilité en chaîne pour les conditions de rémunération et de travail, par analogie avec ce qui se fait déjà actuellement dans différents autres États membres (Italie, France, Allemagne, Espagne, Autriche...).

Ils souhaitent tenir compte dans ce cadre des préoccupations des employeurs et sont par conséquent disposés à élaborer cela de la manière la plus pragmatique possible.

-----