

KONINKRIJK BELGIE

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES 31.106/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 27 december 2000 door de Minister van Werkgelegenheid verzocht haar van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot omzetting van de 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", heeft op 15 maart 2001 het volgende advies gegeven :

AVIS 31.106/1

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre de l'Emploi, le 27 décembre 2000, d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi "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 service", a donné le 15 mars 2001 l'avis suivant :

STREKKING VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet streeft een tweevoudige doelstelling na.

1.1. In de eerste plaats wordt de omzetting beoogd van 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. Die richtlijn heeft tot doel een kern van dwingende bepalingen voor minimale bescherming vast te leggen, die betrekking hebben op welbepaalde in de richtlijn omschreven aangelegenheden, die in het ontvangende land moeten worden in acht genomen door werkgevers die werknemers ter beschikking stellen om tijdelijk werk uit te voeren op het grondgebied van de lidstaat waar de diensten worden verricht, ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband.

De richtlijn biedt de lidstaten bovendien de mogelijkheid om, benevens in een kern van dwingende bepalingen, nog in andere voorschriften te voorzien ten aanzien van werkgevers van andere lidstaten, voorzover die voorschriften op dezelfde wijze worden opgelegd aan de nationale ondernemingen, het om voorschriften van openbare orde gaat en het EG-Verdrag in acht wordt genomen.

In het ontwerp wordt van deze laatste mogelijkheid gebruik gemaakt : artikel 5 omschrijft immers de kern van dwingende bepalingen, alsmede de bijkomende voorschriften van openbare orde op algemene wijze als betrekking hebbende op "de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden (...) die bepaald worden door of krachtens wettelijke bepalingen die strafrechtelijk worden beteugeld en hun uitvoeringsbesluiten".

.../...

In overeenstemming met de richtlijn worden onder de dwingende bepalingen ook de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten begrepen, ongeacht op welke activiteitensector zij betrekking hebben.

Benevens de in het ontwerp omschreven dwingende bepalingen die strafrechtelijk worden beteugeld, kan de Koning ook nog door buitenlandse werkgevers na te leven bepalingen van openbare orde aanwijzen die niet strafrechtelijk worden beteugeld.

1.2. Daarnaast beoogt het ontwerp voor ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen een vereenvoudigd stelsel in te voeren waardoor zij worden vrijgesteld van de verplichting om bepaalde sociale documenten en een arbeidsreglement op te stellen en bij te houden. Dit kan slechts op voorwaarde dat die ondernemingen een verklaring van terbeschikkingstelling opstellen en bepaalde buitenlandse documenten, die zijn verplicht gesteld door het land van vestiging en die vergelijkbaar zijn met die welke in de Belgische wetgeving worden voorgeschreven, ter beschikking houden van de met het toezicht en de controle belaste ambtenaren.

Deze laatste wijziging moet worden begrepen tegen de achtergrond van het op 23 november 1999 door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de zaken Arblade en Leloup gevelde arrest (1).

(1) H.v.J., 23 november 1999, Belgische Staat/Arblade en Leloup, samengevoegde zaken C-369/96 en C-376/96, Jur. H.v.J. 1999, I, 8453.

2. Overeenkomstig de richtlijn wordt het begrip "werknemer" ingevuld in het ontwerp zelf. Artikel 2, 1°, van het ontwerp omschrijft als "werknemers", "de personen die, krachtens een overeenkomst, arbeidsprestaties verrichten tegen loon en onder het gezag van een ander persoon".

Ook het begrip "ter beschikking gestelde werknemers" wordt gedefinieerd in het ontwerp, alhoewel reeds in de richtlijn een definitie van dat begrip is opgenomen. Waar in de definitie van de richtlijn evenwel wordt gerefereerd aan "een bepaalde periode" (van terbeschikkingstelling), heeft artikel 2, 2°, van het ontwerp het over "(het verrichten van) een arbeidsprestatie". In de memorie van toelichting wordt in dat verband verduidelijkt dat "ook de werknemers die (...) één arbeidsprestatie verrichten in België, worden (...) gevisieerd" en dat "het type van terbeschikkingstelling (...) van weinig belang (is). Zodra sprake is van een arbeidsprestatie op Belgisch grondgebied, is de wet van toepassing, ongeacht de draagwijdte van deze prestatie en de duur ervan".

Overeenkomstig de richtlijn is de ontworpen regeling niet van toepassing op het varend personeel van de koopvaardij en op hun werkgevers. Benevens deze algemene uitsluiting, voorziet de richtlijn nog in een aantal beperkte uitsluitingen, waarvan één verplicht is (artikel 3, lid 2, van de richtlijn) en de andere facultatief zijn (artikel 3, leden 3 tot 5, van de richtlijn). De facultatieve uitsluitingen van het toepassingsgebied worden evenwel niet overgenomen in het ontwerp.

.../...

Nog wat het toepassingsgebied van de ontworpen regeling betreft, valt tot slot op te merken dat zij een algemene draagwijdte heeft, in die zin dat de toepassing ervan niet enkel beperkt is tot de werknemers die worden ter beschikking gesteld door werkgevers die in een lidstaat van de Europese Gemeenschap zijn gevestigd, maar ook in derde landen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Uit de omschrijving van de strekking van het ontwerp valt af te leiden dat de ontworpen regeling een ruimer toepassingsgebied heeft dan de richtlijn waarvan de omzetting wordt beoogd. Die verruimde toepassing is niet onverenigbaar met de richtlijn.

1.1. De richtlijn sluit een systeem in zich dat onder meer uit facultatief toe te passen uitsluitingen bestaat. Het is, wat die uitsluitingen betreft, zaak van de lidstaat erover te oordelen of zij deze uitsluitingen al dan niet toepast. In het ontwerp is van een negatief antwoord terzake uitgegaan.

1.2. Het toepassingsgebied van de ontworpen wet strekt zich uit tot terbeschikkingstellingen door ondernemingen die zijn gevestigd in andere landen dan lidstaten van de Europese Gemeenschap.

.../...

Dergelijke uitbreiding volgt evenwel impliciet uit artikel 1, lid 4, van de richtlijn, dat bepaalt dat "ondernemingen die gevestigd zijn in een land dat geen Lid-Staat is, (...) geen gunstiger behandeling (mogen) krijgen dan in een Lid-Staat gevestigde ondernemingen". Eén van de mogelijkheden om deze verplichting op adequate wijze na te komen bestaat erin - zoals in het ontwerp wordt gedaan - om dezelfde regels toe te passen op ondernemingen die buiten het grondgebied van de Europese Gemeenschap zijn gevestigd.

1.3. Uit de in artikel 2, 2°, van het ontwerp gegeven omschrijving van het begrip "ter beschikking gestelde werknemers" blijkt dat het volstaat dat één enkele arbeidsprestatie wordt verricht opdat de ontworpen wet van toepassing wordt. Er werd in dit advies reeds opgemerkt dat de definitie van het betrokken begrip in artikel 2, 2°, van het ontwerp, op dat vlak verschilt van de omschrijving van dat begrip in de richtlijn.

Artikel 3, lid 5, van de richtlijn doet er evenwel van blijken dat ook werkzaamheden van geringe omvang onder toepassing van de richtlijn kunnen vallen en dat, wanneer de lidstaten dergelijke werkzaamheden willen onttrekken aan het toepassingsgebied ervan, zij zelf de daartoe vereiste criteria kunnen bepalen. Het staat derhalve aan elke lidstaat erover te oordelen of werkzaamheden van geringe omvang die in de praktijk niet zelden het voorwerp zullen zijn van één enkele arbeidsprestatie, al dan niet worden onttrokken aan het toepassingsgebied van de ontworpen regeling die, evenmin op dat punt, strijdig is met de richtlijn.

.../...

1.4. Nog wat de omschrijving van het begrip "ter beschikking gestelde werknemers" betreft, in artikel 2, 2°, van het ontwerp, moet worden vastgesteld dat, benevens van het criterium inzake het "gewoonlijk werken op het grondgebied van één of meer andere landen dan België", tevens melding wordt gemaakt van het criterium inzake het "aangeworven (zijn) in een ander land dan België" (1). Artikel 2, 2°, van het ontwerp doet ervan blijken dat het volstaat dat aan één van de beide criteria wordt voldaan opdat de ontworpen regeling van toepassing zou zijn.

Het tweede criterium - het aangeworven zijn in een ander land dan België - is volgens de gemachtigde van de regering noodzakelijk om het geval te kunnen regelen van een werknemer die door een uitzendbedrijf, dat is gevestigd in een ander land dan België, ter beschikking wordt gesteld van een onderneming gevestigd in België, in welk geval zou kunnen worden betwijfeld of het eerste criterium - het gewoonlijk werken in een ander land dan België - steeds kan worden toegepast.

Meer bepaald zou zulks volgens de gemachtigde van de regering tot gevolg kunnen hebben dat de ontworpen wet wèl van toepassing zou zijn op een werknemer die gewoonlijk in een ander land werkt en occasioneel een arbeidsprestatie verricht in België, terwijl de ontworpen wet niet van toepassing zou zijn op een werknemer die in een ander land door een uitzendbedrijf wordt aangeworven met het doel tewerkgesteld te worden in België.

(1) In de definitie die is vervat in artikel 2, lid 1, van de richtlijn, wordt het tweede criterium niet vermeld.

Alhoewel het laatst beschreven geval niet uitdrukkelijk wordt geregeld in de richtlijn, mag in redelijkheid worden aangenomen dat de richtlijn erop toepasselijk moet kunnen zijn. Wat dat betreft is de toevoeging van het tweede criterium in de definitie vervat in artikel 2, 2°, van het ontwerp, niet meer dan een verduidelijking van hetgeen reeds in de definitie van artikel 2, lid 1, van de richtlijn ligt besloten.

1.5. Artikel 1, lid 3, van de richtlijn bepaalt welke transnationale maatregelen aanleiding geven tot toepassing van de richtlijn. De toepassing van de ontworpen regeling is evenwel niet afhankelijk van het al dan niet nemen van bepaalde transnationale maatregelen. Het begrip "terbeschikkingstelling" in het ontwerp is derhalve ruimer dan het gelijkaardige begrip in de richtlijn.

De gemachtigde van de regering verklaarde in dat verband dat het in de bedoeling ligt om de ontworpen wet van toepassing te maken op elke vorm van terbeschikkingstelling, ongeacht de juridische handeling die eraan ten grondslag ligt. Op die wijze wordt volgens de gemachtigde een zekere transparantie tot stand gebracht betreffende de vraag welke arbeidsrechtelijke bepalingen van toepassing zijn op een terbeschikkingstelling als zodanig, terwijl de toepassing van artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek terzake rechts-onzekerheid in de hand zou kunnen werken.

Het spreekt voor zich dat de richtlijn er niet aan in de weg staat dat, benevens voor de vormen van terbeschikkingstelling bedoeld in de richtlijn, ter wille van de rechtszekerheid ook voor andere vormen van terbeschikkingstelling een regeling wordt getroffen.

.../...

1.6. Onder de vorige nummers werden diverse procédés beschreven die door de stellers van het ontwerp worden gehanteerd om te komen tot een zo extensief mogelijke omzetting van de meermaals genoemde richtlijn.

Tegen het gebruik van die procédés bestaat op zich geen juridisch bezwaar, in die zin dat erdoor niet wordt tekort gekomen aan een behoorlijke omzetting van de richtlijn.

Niettemin rijst de vraag of de extensieve benadering van de stellers van het ontwerp niet tot gevolg zal hebben dat de ontworpen regeling, precies door haar algemeen en veelomvattend karakter, in de praktijk niet steeds even goed werkbaar zal zijn in al haar onderdelen en of die werkbaarheid niet zou zijn gebaat met bijvoorbeeld een sectorgewijze omzetting van de richtlijn, waarbij het aan de Koning zou kunnen worden opgedragen de beroepssectoren aan te duiden waartoe de ontworpen regeling zou kunnen worden uitgebreid.

2.1. Artikel 5 van het ontwerp beoogt uitvoering te geven aan artikel 3, leden 1 en 10, van de richtlijn.

Luidens artikel 5, § 1, eerste lid, van het ontwerp is de werkgever, die in België een ter beschikking gestelde werknemer tewerkstelt, ertoe gehouden voor de arbeidsprestaties die er worden verricht de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden na te leven die bepaald worden door of krachtens strafrechtelijk beteugelde wettelijke bepalingen en hun uitvoeringsbesluiten.

.../...

Deze algemene omschrijving omvat zowel bepalingen die kunnen worden beschouwd als behorende tot de "harde kern" in de zin van de richtlijn en die van toepassing zijn zonder dat zij eerst moeten worden getoetst aan de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag en aan het criterium van de openbare orde, als bepalingen van aanvullende aard in de zin van artikel 3, lid 10, van de richtlijn, die slechts mogen worden van toepassing verklaard voorzover zij in overeenstemming zijn met het EG-Verdrag en - in het geval bedoeld in artikel 3, lid 10, eerste streepje, van de richtlijn - zij van openbare orde zijn.

Dat de stellers van het ontwerp hebben geopteerd voor een algemene omschrijving, veeleer dan voor een punctuele opsomming van toepasselijke bepalingen, wordt in de memorie van toelichting als volgt verklaard :

"Aangezien het arbeidsrecht voortdurend evolueert, bevat de wet geen nominatieve opsomming van de wettelijke, reglementaire en conventionele bepalingen die op elke ter beschikking gestelde werknemer en de werkgever die hem tewerkstelt noodzakelijk moeten worden toegepast.

De wet hanteert derhalve een objectief criterium dat toelaat om op voortdurende wijze vast te stellen welke bepalingen moeten worden toegepast wanneer een werkgever werknemers ter beschikking stelt in België".

Door de gemachtigde van de regering werd er in dit verband aan toegevoegd dat het, wat de voormelde tweede categorie van aanvullende bepalingen betreft, onmogelijk is om een toetsing door te voeren ten aanzien van het EG-Verdrag, ermee rekening houdend dat de artikelen 49 en 50 van dat verdrag slechts het beginsel van het vrij verkeer

.../...

van diensten poneren, zonder dat beginsel nader uit te werken, en dat het bijgevolg wachten is op de rechtspraak van het Hof van Justitie op dat vlak.

Wat de toetsing aan de openbare orde betreft, werd door de gemachtigde van de regering verduidelijkt dat is gekozen voor een objectief criterium - de strafrechtelijke beteugeling - waarvan het karakter van openbare orde niet vatbaar is voor betwisting.

2.2. Ter beoordeling van de in artikel 5 van het ontwerp gehuldigde werkwijze en de daarop betrekking hebbende verduidelijkingen van de gemachtigde van de regering, dienen de volgende twee onderdelen van het reeds vermelde arrest van het Hof van Justitie van 23 november 1999 in herinnering te worden gebracht.

2.2.1. Het Hof stelde dat "het (...) niet (is) omdat nationale bepalingen als wetten van politie en veiligheid worden aangemerkt, dat zij niet in overeenstemming met de verdragsbepalingen dienen te zijn; anders zou afbreuk worden gedaan aan de voorrang en de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht" (punt 31).

Mede op grond van deze overweging heeft het Hof in het arrest strafrechtelijk beteugelde bepalingen in strijd bevonden met het gemeenschapsrecht.

2.2.2. Voorts stelde het Hof in hetzelfde arrest dat "achtereenvolgens (moet) worden onderzocht of de door een nationale regeling, zoals de hier aan de orde zijnde,

.../...

gestelde eisen het vrij verrichten van diensten beperken, en zo ja, of in de betrokken sector dwingende redenen van algemeen belang dergelijke beperkingen van het vrij verrichten van diensten rechtvaardigen. Is dit het geval, dan moet worden nagegaan of dit belang niet reeds is gewaarborgd door de regels van de lidstaat waar de dienstverrichter is gevestigd en of hetzelfde resultaat niet met minder beperkende middelen kan worden bereikt" (punt 39).

In de aangehaalde passus bevestigt het Hof de regels volgens welke bepalingen van openbare orde moeten worden getoetst aan het EG-Verdrag.

2.3. Door het arbeidsrecht dat strafrechtelijk wordt beteugeld in globo van toepassing te verklaren op ter beschikking gestelde werknemers, gaat artikel 5 van het ontwerp voorbij aan het vereiste inzake onderzoek waarvan nochtans in het zo-even aangehaalde arrest van het Hof van Justitie wordt uitgegaan.

De ontworpen regeling is derhalve op dat punt niet in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof en wordt om die reden beter herzien.

3. Het ontwerp bevat een aantal regels van internationaal privaatrecht die zich op het vlak van het arbeidsrecht situeren. Naar het zeggen van de gemachtigde van de regering is het de bedoeling dat de ontworpen regeling een einde maakt aan de algemene regels die met toepassing van artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek zijn vastgesteld met betrekking tot de in het ontwerp geregelde aangelegenheid.

.../...

Zo is het bijvoorbeeld de bedoeling om wettelijke regels die voorheen door de rechtspraak werden beschouwd als deel uitmakend van een "wet van politie en veiligheid", in de zin van artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek, doch die niet tot een strafrechtelijke beteugeling aanleiding geven, niet langer van toepassing te laten op de in het ontwerp geregelde aangelegenheid.

Ter wille van de rechtszekerheid zou de zo-even geschetste verhouding tussen de ontworpen regeling en artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek, zoals die door de stellers van het ontwerp klaarblijkelijk wordt nagestreefd, duidelijker tot uiting moeten worden gebracht. Daartoe kan worden overwogen de memorie van toelichting aan te vullen met de nodige uitleg. Die uitleg laat dan uiteraard de bevoegdheid van het Hof van Justitie intact om er in laatste instantie over te oordelen of de door de stellers van het ontwerp voorgestane werkwijze verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Opschrift

Uit de omschrijving van de strekking van het ontwerp blijkt dat het ook maatregelen bevat betreffende het opstellen en bijhouden van sociale documenten en het arbeidsreglement. Teneinde daarvan blijk te geven formuleer men het opschrift als volgt :

.../...

"Ontwerp van wet tot omzetting van 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, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen".

Artikel 1

In de Franse tekst moet het woord "régit" worden vervangen door het woord "règle".

Artikel 2

Men passe de redactie van artikel 2, 2°, aan als volgt :

"2° ter beschikking gestelde werknemers : de onder 1° genoemde personen die een arbeidsprestatie verrichten in België en die hetzij gewoonlijk werken op het grondgebied van één of meer andere landen dan België, hetzij zijn aangeworven in een ander land dan België".

Artikel 5

1. Onder de in artikel 5, § 1, eerste lid, vermelde "wettelijke bepalingen ... en hun uitvoeringsbesluiten" worden ook de algemeen verbindend verklaarde collectieve

.../...

arbeidsovereenkomsten verstaan. Teneinde te vermijden dat uit het tweede lid van artikel 5, § 1, a contrario zou worden afgeleid dat de voornoemde overeenkomsten niet onder het eerste lid vallen, worden deze best ook uitdrukkelijk vermeld in artikel 5, § 1, eerste lid.

2. De in artikel 5, § 2, vervatte delegatie kan uiteraard niet slaan op bepalingen betreffende de zogeheten "harde kern" die verplicht van toepassing moeten zijn. In de delegatiebepaling zou bovendien duidelijker tot uitdrukking moeten worden gebracht dat de aan de Koning verleende bevoegdheid geen betrekking heeft op andere aangelegenheden dan die bedoeld in artikel 5, § 1, eerste lid - zijnde de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden -, maar enkel op de niet-strafrechtelijk beteugelde bepalingen betreffende die aangelegenheden.

Artikel 8

1. Uit artikel 8, eerste lid, valt af te leiden dat de bijzondere regeling die wordt getroffen om te voldoen aan het reeds aangehaalde arrest van het Hof van Justitie van 23 november 1999 slechts van toepassing zal zijn voor een in de tijd beperkte periode van terbeschikkingstelling.

Het ontworpen artikel 6sexies van het koninklijk besluit nr. 5 van 23 oktober 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten (artikel 9 van het ontwerp) bevestigt dit.

.../...

Afgezien van de vaststelling dat in de memorie van toelichting best enige verduidelijking zou worden gegeven omtrent het doel en de beoogde duur van het aldus in de tijd beperkte toepassingsgebied van de betrokken bepalingen, moet worden opgemerkt dat in het arrest van het Hof van Justitie van 23 november 1999 niet aan enige termijn wordt gerefereerd. Of dergelijke in de tijd beperkte regeling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht zal in laatste instantie door het Hof van Justitie kunnen worden getoetst aan de hand van de terzake in zijn rechtspraak gebruikte criteria.

2. In de Franse tekst van artikel 8, eerste lid, 2°), moet worden geschreven "... de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs;".

3. In artikel 8, tweede lid, verwijze men naar "titel II, hoofdstuk IV, afdeling 2, van de programmawet van 22 december 1989" in plaats van naar "Hoofdstuk IV, afdeling 2, van de programmawet van 22 december 1989".

.../...

Artikel 9

1. In de Franse tekst van de inleidende zin schrijven men "... documents sociaux, il est inséré ...".

2. In de Nederlandse tekst van het opschrift van het ontworpen hoofdstuk IIbis vervangen men het woord "werkgever" door het woord "werkgevers".

Artikel 10

Men redigere artikel 10 beter als volgt :

"Deze wet treedt in werking op de eerste dag van de maand na die waarin ze is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad".

PORTEE DU PROJET

1. L'avant-projet de loi soumis pour avis poursuit un double objectif.

1.1. Il tend tout d'abord à transposer 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. Cette directive a pour objet de fixer un noyau de règles impératives de protection minimale ayant trait à certaines matières définies dans la directive et devant être respectées dans le pays d'accueil par les employeurs qui détachent des travailleurs pour effectuer un travail temporaire sur le territoire de l'Etat membre où les services sont prestés, et ce quelle que soit la législation applicable à la relation de travail.

La directive permet de surcroît aux Etats membres de prévoir, outre un noyau de règles impératives, des règles supplémentaires à l'égard des employeurs des autres Etats membres, pour autant qu'elles soient imposées aux entreprises nationales d'une façon égale, qu'il s'agisse de dispositions d'ordre public et que le Traité CE soit respecté.

C'est de cette dernière possibilité que le projet fait usage : l'article 5 définit en effet le noyau de règles impératives, de même que les règles supplémentaires d'ordre public, d'une manière générale comme ayant trait aux "conditions de travail, de rémunérations et d'emploi qui sont prévues par ou en vertu des dispositions légales sanctionnées pénalement et de leurs arrêtés d'exécution".

.../...

Conformément à la directive, les règles impératives comprennent également les conventions collectives de travail déclarées d'application générale, quel que soit le secteur d'activités qu'elles concernent.

Outre les règles impératives sanctionnées pénalement qui sont énoncées dans le projet, le Roi a également la faculté de déterminer des dispositions d'ordre public non sanctionnées pénalement, que les employeurs étrangers sont tenus de respecter.

1.2. Le projet tend par ailleurs à instaurer un système simplifié dispensant les entreprises qui détachent des travailleurs en Belgique de l'obligation d'établir et de tenir certains documents sociaux et un règlement de travail. Un tel système ne peut être mis en place que si ces entreprises établissent une déclaration de détachement et tiennent à la disposition des agents chargés de la surveillance et du contrôle certains documents étrangers obligatoires dans le pays d'établissement et équivalents à ceux prévus par la législation belge.

Cette dernière modification doit s'analyser à la lumière de l'arrêt rendu le 23 novembre 1999 par la Cour de Justice des Communautés européennes dans les affaires Arblade et Leloup (1).

(1) C.J.C.E., 23 novembre 1999, Etat belge/Arblade et Leloup, affaires jointes C-369/96 et C-376/96, Jur. C.J.C.E. 1999, I, 8453.

2. Conformément à la directive, la notion de "travailleur" est définie dans le projet même. L'article 2, 1°, du projet, définit comme "travailleurs" les "personnes qui, en vertu d'un contrat, fournissent des prestations de travail, contre rémunération et sous l'autorité d'une autre personne".

La notion de "travailleurs détachés" est également définie dans le projet, bien qu'elle le soit déjà dans la directive. Tandis que la définition figurant dans la directive se réfère à "une période limitée" (de détachement), il est question, à l'article 2, 2°, du projet, d'effectuer "une prestation de travail". L'exposé des motifs précise à ce propos que "sont visés ainsi les travailleurs (...) qui effectuent une prestation de travail en Belgique" et que "le type de détachement importe peu. Dès qu'il y a une prestation de travail sur le territoire belge, la loi s'applique quelle que soit l'ampleur de cette prestation et la durée de celle-ci".

Conformément à la directive, le régime en projet ne s'applique pas au personnel navigant de la marine marchande et à leurs employeurs. Outre cette exclusion générale, la directive prévoit également un certain nombre d'exclusions limitées, dont une seule est obligatoire (article 3, paragraphe 2, de la directive), les autres étant facultatives (article 3, paragraphes 3 à 5, de la directive). Les exclusions facultatives du champ d'application ne sont toutefois pas reproduites dans le projet.

.../...

Toujours en ce qui concerne le champ d'application du régime en projet, il convient, pour terminer, d'observer que ce régime a une portée générale, en ce sens que son application concerne les travailleurs détachés par des employeurs établis non seulement dans un Etat membre de la Communauté européenne mais également dans des pays tiers.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATIONS GENERALES

1. Il peut s'inférer de la définition de la portée du projet que le champ d'application du régime en projet est plus étendu que celui de la directive qu'il entend transposer. Cette extension de l'application n'est pas incompatible avec la directive.

1.1. La directive comporte un système consistant notamment en certaines exclusions dont l'application est facultative. Il appartient à l'Etat membre de juger s'il appliquera ou non ces exclusions. Le projet part de l'hypothèse d'une réponse négative à cette question.

1.2. Le champ d'application de la loi en projet s'étend aux détachements effectués par des entreprises établies dans des pays autres que les Etats membres de la Communauté européenne.

Pareille extension résulte toutefois implicitement de l'article 1er, paragraphe 4, de la directive, qui prévoit que "les entreprises (établies) dans un Etat non membre ne

.../...

peuvent pas obtenir un traitement plus favorable que les entreprises établies dans un Etat membre". Une des possibilités permettant de respecter adéquatement cette obligation consiste - comme le fait le projet - à appliquer les mêmes règles aux entreprises établies en dehors du territoire de la Communauté européenne.

1.3. Il ressort de la définition des "travailleurs détachés" qui figure à l'article 2, 2°, du projet, qu'il suffit qu'une seule prestation de travail soit effectuée pour entraîner l'application de la loi en projet. Il a déjà été observé dans le présent avis que la définition de la notion en question, inscrite à l'article 2, 2°, du projet, diffère à cet égard de la définition qui en est donnée dans la directive.

Il ressort toutefois de l'article 3, paragraphe 5, de la directive que les travaux de faible ampleur peuvent également être soumis à l'application de la directive et que, lorsque les Etats membres entendent soustraire de tels travaux à son champ d'application, ils ont la faculté de fixer eux-mêmes les critères requis à cet effet. Il appartient dès lors à chaque Etat membre de juger si les travaux de faible ampleur, qui ne feront, en pratique, pas rarement l'objet d'une seule prestation de travail, sont soustraits ou non au champ d'application du régime en projet, qui n'est pas davantage contraire à la directive à cet égard.

1.4. Toujours à propos de la définition de la notion de "travailleurs détachés", qui figure à l'article 2, 2°, du

.../...

projet, force est de constater qu'il est non seulement question du critère relatif au fait de "(travailler) habituellement sur le territoire d'un ou plusieurs pays autre que la Belgique", mais également du critère concernant le fait d'"(avoir été engagé) dans un pays autre que la Belgique" (1). Il ressort de l'article 2, 2°, du projet qu'il suffit que l'un de ces deux critères soit rempli pour entraîner l'application du régime en projet.

Selon le délégué du gouvernement, le deuxième critère - le fait d'avoir été engagé dans un autre pays que la Belgique - est indispensable si l'on veut pouvoir régler le cas de figure du travailleur détaché par une entreprise de travail intérimaire établie dans un pays autre que la Belgique au profit d'une entreprise établie en Belgique, hypothèse dans laquelle il est permis de douter que le premier critère - le fait de travailler habituellement sur le territoire d'un autre pays que la Belgique - trouvera invariablement à s'appliquer.

Selon le délégué du gouvernement, il pourrait plus précisément s'ensuivre que la loi en projet serait effectivement applicable au travailleur qui travaille habituellement dans un autre pays et effectue occasionnellement une prestation de travail en Belgique, mais ne le serait pas au travailleur recruté dans un autre pays par une entreprise de travail intérimaire aux fins d'être employé en Belgique.

(1) La définition qui figure à l'article 2, alinéa 1er, de la directive, ne fait pas état du second critère.

Bien que le dernier cas de figure décrit ne soit pas expressément réglé dans la directive, on peut raisonnablement supposer que la directive doit pouvoir s'y appliquer. A cet égard, ajouter le deuxième critère dans la définition énoncée à l'article 2, 2°, du projet, ne fait que préciser ce qui est déjà inscrit dans la définition de l'article 2, paragraphe 1, de la directive.

1.5. L'article 1er, paragraphe 3, de la directive détermine quelles mesures transnationales donnent lieu à l'application de la directive. L'application du régime en projet n'est toutefois pas subordonnée à l'adoption éventuelle de certaines mesures transnationales. La notion de "détachement" a par conséquent une portée plus étendue dans le projet que dans la directive.

Le délégué du gouvernement a déclaré à ce sujet que l'intention consiste à appliquer la loi en projet à toute forme de détachement, quel que soit l'acte juridique qui y est à la base. Selon le délégué, on instaure ainsi une certaine transparence en ce qui concerne la question de savoir quelles dispositions du droit du travail régissent un détachement en tant que tel, alors que l'application de l'article 3 du Code civil pourrait contribuer à l'insécurité juridique en la matière.

Il va sans dire que la directive n'empêche pas que des dispositions soient prises non seulement en ce qui concerne les formes de détachement visées dans la directive, mais également à l'égard d'autres formes de détachement afin d'assurer la sécurité juridique.

.../...

1.6. Les points précédents décrivent différents procédés employés par les auteurs du projet afin d'arriver à transposer la directive précitée dans la plus large mesure possible.

Le recours à de tels procédés ne soulève en soi aucune objection d'ordre juridique, en ce sens qu'il n'affecte pas une transposition adéquate de la directive.

Néanmoins, la question se pose de savoir si l'aspect extensif de la démarche des auteurs du projet n'aura pas pour effet d'empêcher le régime en projet de s'appliquer pleinement en toute hypothèse, précisément du fait de son caractère général et complexe, et s'il ne vaudrait pas mieux, pour en améliorer l'application, par exemple, à ce que la directive soit transposée secteur par secteur, le Roi pouvant être chargé de désigner les secteurs professionnels auxquels le régime en projet pourrait être étendu.

2.1. L'article 5 du projet tend à pourvoir à l'exécution de l'article 3, paragraphes 1 et 10, de la directive.

Selon l'article 5, § 1er, alinéa 1er, du projet, 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 ou en vertu des dispositions légales sanctionnées pénalement et de leurs arrêtés d'exécution.

.../...

Cette description générale contient à la fois des dispositions qui peuvent être considérées comme faisant partie du "noyau dur" au sens de la directive et qui s'appliquent sans qu'il soit nécessaire d'en vérifier préalablement la conformité aux articles 49 et 50 du Traité CE et au critère de l'ordre public, et des dispositions à caractère supplétif, visées à l'article 3, paragraphe 10, de la directive, qui ne peuvent être déclarées d'application que dans la mesure où elles sont compatibles avec le Traité CE et sont - dans le cas visé à l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive - d'ordre public.

L'exposé des motifs explique le fait que les auteurs du projet ont opté pour une description générale plutôt que pour une énumération ponctuelle des dispositions applicables, de la manière suivante :

"Vu que le droit du travail est en perpétuelle évolution, la loi n'énumère pas nominativement les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles devant nécessairement être appliquées à tout travailleur détaché et à l'employeur qui l'occupe.

La loi utilise dès lors un critère objectif qui permet de déterminer constamment les dispositions qui doivent s'appliquer lorsqu'un employeur détache des travailleurs en Belgique".

A cet égard, le délégué du gouvernement a ajouté qu'en ce qui concerne la deuxième catégorie précitée de dispositions supplétives, il est impossible d'en vérifier la conformité au Traité CE, étant donné que les articles 49 et 50 de ce Traité énoncent uniquement le principe de la libre circulation des services sans le détailler, et que, dès

.../...

lors, il faudra attendre la jurisprudence de la Cour de Justice en la matière.

En ce qui concerne le contrôle de la conformité à l'ordre public, le délégué du gouvernement a précisé que le choix s'est porté sur un critère objectif - la sanction pénale - dont le caractère d'ordre public n'est pas contestable.

2.2. Pour apprécier le système prévu par l'article 5 du projet et les explications fournies à ce sujet par le délégué du gouvernement, il faut rappeler les deux passages suivants de l'arrêt précité de la Cour de justice du 23 novembre 1999.

2.2.1. La Cour a déclaré que "l'appartenance de règles nationales à la catégorie des lois de police et de sûreté ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire" (point 31).

Eu égard à cette considération, notamment, la Cour a jugé dans l'arrêt que les dispositions sanctionnées pénalement sont contraires au droit communautaire.

2.2.2. Ensuite, la Cour a estimé dans le même arrêt qu'"il y a (...) lieu d'examiner successivement si les exigences posées par une réglementation nationale telle que celle en cause au principal comportent des effets restrictifs sur la libre prestation des services et, le cas échéant, si, dans le domaine de l'activité considérée, des raisons impérieuses liées à l'intérêt général justifient de telles restrictions

.../...

à la libre prestation des services. Dans l'affirmative, il conviendra en outre de vérifier que cet intérêt n'est pas déjà assuré par les règles de l'État membre dans lequel le prestataire est établi et que le même résultat ne peut pas être obtenu par des règles moins contraignantes" (point 39).

Dans le passage cité, la Cour confirme les règles suivant lesquelles il faut vérifier la conformité des dispositions d'ordre public au Traité CE.

2.3. En appliquant globalement aux travailleurs détachés le droit du travail sanctionné pénalement, l'article 5 du projet méconnaît la condition de l'examen auquel se réfère pourtant l'arrêt précité de la Cour de Justice.

La réglementation en projet n'est dès lors pas conforme sur ce point à la jurisprudence de la Cour et gagnerait donc à être revue.

3. Le projet comporte certaines règles de droit international privé relatives au droit du travail. Selon les déclarations du délégué du gouvernement, la réglementation en projet tend à supprimer les règles générales établies en application de l'article 3 du Code civil concernant la matière réglée par le projet.

Ainsi, par exemple, l'intention est de ne plus appliquer à la matière réglée par le projet les règles légales qui étaient considérées auparavant par la jurisprudence comme relevant d'une "loi de police et de sûreté", au

.../...

sens de l'article 3 du Code civil, mais qui ne donnent pas lieu à une sanction pénale.

Par souci de sécurité juridique, il faudrait exprimer plus clairement le rapport décrit ci-dessus entre la réglementation en projet et l'article 3 du Code civil, comme les auteurs du projet l'entendent manifestement. Pour ce faire, il peut être envisagé de compléter l'exposé des motifs par les éclaircissements nécessaires. Bien entendu, ceux-ci ne préjudicient en rien au pouvoir de la Cour de Justice de statuer en dernier ressort sur la question de savoir si les modalités préconisées par les auteurs du projet sont compatibles avec le droit communautaire.

OBSERVATIONS PARTICULIERES

Intitulé

Il ressort de la définition de la portée du projet que celui-ci prévoit également des mesures relatives à l'établissement et à la tenue de documents sociaux et du règlement de travail. Afin d'en faire mention, on rédigera l'intitulé comme suit :

"Projet de loi 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".

.../...

Article 1er

Dans le texte français, il y a lieu de remplacer le mot "régit" par "règle".

Article 2

On adaptera la formulation de l'article 2, 2°, comme suit :

"2° travailleurs détachés : les personnes visées au 1° qui effectuent 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".

Article 5

1. Par les termes "dispositions légales ... et ... leurs arrêtés d'exécution", figurant à l'article 5, § 1er, alinéa 1er, il faut également entendre les conventions collectives de travail rendues obligatoires. Afin d'éviter qu'il soit déduit *a contrario* de l'alinéa 2 de l'article 5, § 1er, que les conventions précitées sont exclues de l'alinéa 1er, il serait préférable de les mentionner également de manière expresse dans l'article 5, § 1er, alinéa 1er.

.../...

2. La délégation contenue à l'article 5, § 2, ne peut évidemment pas porter sur des dispositions relatives au "noyau dur", lesquelles doivent s'appliquer impérativement. En outre, la délégation devrait indiquer plus clairement que le pouvoir conféré au Roi ne porte pas sur d'autres matières que celles visées à l'article 5, § 1er, alinéa 1er - à savoir les conditions de travail, de rémunérations et d'emploi -, mais porte uniquement sur les dispositions, relatives à ces matières, non sanctionnées pénalement, relatives à ces matières.

Article 8

1. Il se déduit de l'article 8, alinéa 1er, que le régime particulier adopté pour se conformer à l'arrêt précité de la Cour de Justice du 23 novembre 1999, ne s'appliquera que pendant une période de détachement limitée dans le temps.

L'article 6sexies, en projet, de l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux (article 9 du projet) le confirme.

Indépendamment du fait qu'il serait indiqué de donner quelques précisions dans l'exposé des motifs, sur le but et la durée prévue de l'application, ainsi limitée dans le temps, des dispositions concernées, il y a lieu d'observer que l'arrêt de la Cour de Justice du 23 novembre 1999 ne fait mention d'aucun délai. En dernière instance, la Cour de Justice pourra vérifier, sur la base des critères utilisés

.../...

en la matière dans sa jurisprudence, si un tel régime, limité dans le temps, est conforme au droit communautaire.

2. Dans le texte français de l'article 8, alinéa 1er, 2°), il y a lieu d'écrire "... de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs;".

3. A l'article 8, alinéa 2, il conviendrait de faire référence au "titre II, chapitre IV, section 2, de la loi-programme du 22 décembre 1989" plutôt qu'au "chapitre IV, section 2, de la loi-programme du 22 décembre 1989".

Article 9

1. Dans le texte français de la phrase liminaire, on écrira "... documents sociaux, il est inséré ..."

2. Dans le texte néerlandais de l'intitulé du chapitre IIbis, en projet, on remplacera le mot "werkgever" par le mot "werkgevers".

Article 10

Mieux vaudrait rédiger l'article 10 comme suit :

"La présente loi entre en vigueur le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel elle aura été publiée au Moniteur belge".

De kamer was samengesteld uit

de Heren M. VAN DAMME,
Messieurs

J. BAERT,
J. SMETS,

G. SCHRANS,
E. WYMEERSCH,

Mevrouw A. BECKERS,
Madame

La chambre était composée de

kamervoorzitter,
président de chambre,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

assessoren van de
afdeling wetgeving,
assesseurs de la
section de législation,

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de
Nederlandse en de Franse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. M. VAN DAMME.

Het verslag werd uitgebracht
door de H. W. VAN VAERENBERGH,
auditeur. De nota van het Coör-
dinatiebureau werd opgesteld en
toegelicht door de H.
E. VANHERCK, referendaris.

La concordance entre la ver-
sion néerlandaise et la version
française a été vérifiée sous le
contrôle de M. M. VAN DAMME.

Le rapport a été présenté par
M. W. VAN VAERENBERGH, auditeur.
La note du Bureau de coordination
a été rédigée et exposée par M.
E. VANHERCK, référendaire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS

M. VAN DAMME