KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.519/1
VAN 17 NOVEMBER 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 26 oktober 2011 door de Minister van Werk verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een regeringsamendement op het wetsontwerp 'houdende fiscale en diverse bepalingen' (*Parl.St.* Kamer, nr. 53-1737; Hoofdstuk X – Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van een minimumloon) heeft het volgende advies gegeven:

STREKKING VAN HET AMENDEMENT

1. Het om advies voorgelegde amendement[1] tot invoering van een hoofdstuk X betreffende de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van een minimumloon, strekt ertoe te bepalen dat elke natuurlijke- of rechtspersoon die een overeenkomst sluit met een werkgever die ressorteert onder het Paritair Comité voor het bouwbedrijf, hoofdelijk aansprakelijk is voor de betaling van het minimumloon waarop de werklieden recht hebben voor de arbeid verricht in het kader van de overeenkomst.

2. De medecontractant dient na te gaan, op de in het ontwerp bepaalde wijze, of de werkgever minstens het minimumloon betaalt. Indien de medecontractant de betaling van het minimumloon heeft nagekeken, en als hij daaruit kan afleiden dat het minimumloon werd betaald, is hij niet hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van het minimumloon. Vóór de aanvang van de werken dient de werkgever aan de medecontractant de identificatiegegevens van zijn werklieden te overhandigen. De medecontractant houdt de door de werkgever verstrekte kopieën of gelijkwaardige documenten ter beschikking van de door de Koning aangewezen sociaal inspecteurs, gedurende twee jaar te rekenen vanaf het einde van de overeenkomst, en overhandigt ze op verzoek. Wanneer de medecontractant vaststelt, op basis van de verificatie, dat de werkgever niet het minimumloon heeft betaald, of wanneer de werkgever de kopieën of gelijkwaardige documenten niet aan de medecontractant overhandigt op zijn verzoek, verwittigt deze laatste de door de Koning aangewezen sociaal inspecteurs. Indien de medecontractant de sociaal inspecteurs heeft verwittigd, is hij niet hoofdelijk aansprakelijk.

De inbreuken op de voornoemde verplichtingen worden opgespoord, vastgesteld en bestraft overeenkomstig het Sociaal Strafwetboek. Er worden nieuwe straffen in dat wetboek ingevoerd voor, enerzijds, de medecontractant, zijn aangestelde of zijn lasthebber die de door de Koning aangewezen sociaal inspecteurs niet heeft verwittigd en, anderzijds, de werkgever, zijn aangestelde of zijn lasthebber die de kopieën, gelijkwaardige documenten of identificatiegegevens niet overhandigd heeft.

De ontworpen regeling treedt in werking op een datum bepaald door de Koning bij een in Ministerraad overlegd besluit.

[1] De om advies voorgelegde tekst was blijkbaar bedoeld als amendement bij het ontwerp van wet ‘houdende fiscale en andere bepalingen’, doch die wet is intussen tot stand gekomen (wet van 7 november 2011 ‘houdende fiscale en diverse bepalingen’, *BS* 10 november 2011). De tekst zal derhalve hetzij als autonoom ontwerp, hetzij als amendement bij een ander ontwerp, bij het Parlement moeten worden ingediend.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2[2]

3. Artikel 2, § 1, tweede streepje, bepaalt dat de Koning, na advies van het betrokken paritair orgaan, de toepassing van de ontworpen regeling kan uitbreiden tot andere werkgevers.

3.1. Overeenkomstig de grondwettelijke beginselen die de verhouding regelen tussen de wetgevende en de uitvoerende macht, dient de onbeperkte bevoegdheid van de Koning om de regeling uit te breiden tot andere werkgevers nader te worden afgebakend, bijvoorbeeld door de voorwaarden of de criteria te bepalen die hij daarbij in acht zal moeten nemen.

3.2. Het is niet duidelijk of het begrip “paritair orgaan” dient te worden begrepen in de zin van artikel 1, 3°, van de wet van 5 december 1968 ‘betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités’ (“de Nationale Arbeidsraad, de paritaire comités en de paritaire subcomités”), dan wel of enkel de paritaire comités en subcomités daaronder worden verstaan. Indien ook de Nationale Arbeidsraad met betrekking tot een uitbreiding van het begrip “werkgever” om advies zou kunnen worden gevraagd, zou de regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het minimumloon in beginsel kunnen worden uitgebreid tot alle werkgevers van de particuliere sector. Indien evenwel onder “betrokken paritair orgaan” enkel de paritaire comités en subcomités worden verstaan, is een uitbreiding enkel mogelijk ten aanzien van de werkgevers die onder een paritair comité of subcomité ressorteren, en leidt dit tot een verschil in behandeling tussen werkgevers naargelang zij al of niet onder een dergelijk paritair orgaan ressorteren. Voor dat verschil in behandeling dient een redelijke verantwoording voorhanden te zijn.

3.3. De opmerkingen 3.1 en 3.2 gelden *mutatis mutandis* ook voor de aan de Koning verleende bevoegdheid om de toepassing van de regeling uit te breiden tot andere werken (artikel 2, § 1, vierde streepje, van het amendement).

[2] Het ontworpen hoofdstuk X bevat geen artikel 1.

4. In de vergelijkbare regelingen inzake de hoofdelijke aansprakelijkheid van de medecontractant voor fiscale en sociale schulden van de aannemer van werken[3], wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de “opdrachtgever” van de werken, de “aannemer” en de “onderaannemer”, en hun respectievelijke verplichtingen. In de thans voorliggende regeling is enkel sprake van de “medecontractant” en de “werkgever” en is het bijgevolg niet geheel duidelijk of die regeling ook van toepassing is in geval van onderaanneming. De gemachtigde heeft verklaard dat dit wel degelijk het geval is. Vraag is dan of dat aspect van de regeling niet beter tot uitdrukking moet worden gebracht in de ontworpen bepalingen. Minstens in de toelichting bij het amendement, waar thans evenmin sprake is van de hypothese van onderaanneming, zal op dat punt duidelijkheid moeten worden verschaft.

5. De bevoegdheid die bij artikel 2, § 1, vijfde streepje, aan de Koning wordt verleend om het minimumuurloon vast te stellen, is te ruim en dient nader te worden afgebakend, bijvoorbeeld door de criteria te bepalen aan de hand waarvan die vaststelling dient te gebeuren.

6. Rekening houdende met de definitie van “overeenkomst”, dienen in artikel 2, § 1, zesde streepje, in de Nederlandse tekst de woorden “dat contract” te worden vervangen door de woorden “die overeenkomst”.

7. De steller van het amendement dient na te gaan of in artikel 2, § 2, naar het voorbeeld van de voornoemde regelingen voor fiscale en sociale schulden, niet eveneens moet worden bepaald dat de artikelen 1200 tot 1216 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn op bedoelde hoofdelijke aansprakelijkheid.

8. Artikel 2, § 3, eerste lid, bepaalt dat de medecontractant “verifieert” of de werkgever het minimumloon betaalt, terwijl artikel 2, § 3, derde lid, bepaalt dat wanneer de medecontractant uit deze verificatie kan “afleiden”[4] dat het minimumloon betaald werd, de hoofdelijke aansprakelijkheid komt te vervallen. Artikel 2, § 3, tweede lid, 1°, bepaalt de documenten die de werkgever ter beschikking dient te stellen van de medecontractant, met het

[3] Zie respectievelijk de artikelen 400 tot 408 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 92) en artikel 30*bis* van de wet van 27 juni 1969 ‘tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders’.

[4] Vergelijk evenwel met artikel 2, § 6, eerste lid, van het amendement waar voor dezelfde handeling de term “vaststellen” wordt gebruikt, welke een meer objectieve draagwijdte heeft.

oog op genoemde verificatie, terwijl artikel 2, § 3, tweede lid, 2°, voorziet in de mogelijkheid voor de Koning om “gelijkwaardige” documenten vast te stellen of in een regeling te voorzien die dezelfde garanties biedt als het opvragen van de voornoemde documenten. Uit de toelichting bij het amendement kan worden afgeleid dat onder laatstgenoemde regeling een door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid nog te ontwikkelen gegevensbank wordt bedoeld, waarin de werkgevers worden opgenomen die, op basis van de gegevens waarover de Rijksdienst beschikt, geacht worden het minimumloon te betalen. Nog uit die toelichting blijkt dat, wanneer een werkgever niet is opgenomen in die gegevensbank, de medecontractant alsnog de hiervoor bedoelde verificatie dient te verrichten aan de hand van de door de werkgever ter beschikking gestelde documenten.

Vraag is of op die wijze aan de medecontractant geen onredelijk hoge eisen worden gesteld op het vlak van het nakomen van zijn verplichtingen nu hij, behoudens de mogelijke raadpleging van de nog op te richten gegevensbank, op basis van de hem ter beschikking gestelde documenten de beoordeling dient te maken dat het minimumloon al of niet is betaald. Gelet op de rechtsgevolgen van die beoordeling voor de medecontractant, nl. dat hij niet langer hoofdelijk aansprakelijk is, en voor de betrokken werkgever en werknemers, dient vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid voor een regeling te worden geopteerd die een eenvoudige controle mogelijk maakt en tegelijk een objectieve beoordeling waarborgt.[5]

Naar het voorbeeld van de voornoemde regelingen voor fiscale en sociale schulden, zal de in het vooruitzicht gestelde oprichting van een gegevensbank en de bewijswaarde ervan in elk geval op een meer expliciete wijze dan thans het geval is door de wetgever dienen te worden geregeld.

9. In artikel 2, § 6, dient vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid te worden bepaald binnen welke termijn en op welke wijze (met inbegrip van het bewijs ervan) de medecontractant de sociale inspecteurs in kennis stelt (niet: “verwittigen”) van de door hem gedane vaststellingen, of dient in dat verband een machtiging te worden verleend aan de Koning.

[5] Vergelijk nogmaals met de regelingen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor fiscale en sociale schulden, waar telkens en uitsluitend wordt gewerkt met een van overheidswege opgerichte gegevensbank, die bewijskracht heeft, en met door de aannemer of onderaannemer over te leggen “attesten”, die niet nopen tot een nazicht door de opdrachtgever.

Slotopmerking

10. Uit de bij de adviesaanvraag gevoegde documenten kan ten slotte worden afgeleid dat de steller van het amendement van oordeel is dat de werknemer de hoofdelijk aansprakelijke medecontractant voor de arbeidsrechtbank zal kunnen aanspreken op basis van artikel 578, 1° en 3°, van het Gerechtelijk Wetboek. Die bepalingen luiden:

> "De arbeidsrechtbank neemt kennis:
>
> 1° van geschillen inzake arbeidsovereenkomsten met inbegrip van die welke betrekking hebben op schending van het fabrieksgeheim gedurende die overeenkomst;
>
> (…)
>
> 3° van de individuele geschillen betreffende de toepassing van de collectieve arbeidsovereenkomsten;
>
> (…)."

Het is niet duidelijk of de hoofdelijke aansprakelijkheid van de medecontractant kan worden beschouwd als een aspect van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Het verdient bijgevolg aanbeveling de arbeidsrechtbank uitdrukkelijk bevoegd te verklaren voor de geschillen die uit de ontworpen regeling kunnen voortvloeien. Die bevoegdheidswijziging dient dan wel te worden opgenomen in een afzonderlijk wetsontwerp, aangezien in dat geval een aangelegenheid wordt geregeld als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. RIGAUX, M. TISON,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevrouw N. VAN LEUVEN, auditeur.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES M. VAN DAMME

ROYAUME BELGIQUE

AVIS 50.519/1
DU 17 NOVEMBRE 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par la Ministre de l'Emploi, le 26 octobre 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un amendement du Gouvernement sur le projet de loi 'portant des dispositions fiscales et diverses' (*Doc.parl.* Chambre, n° 53-1737; Chapitre X - Responsabilité solidaire relative au paiement du salaire minimum)', a donné l'avis suivant:

PORTÉE DE L'AMENDEMENT

1. L'amendement[6] soumis pour avis insérant un chapitre X concernant la responsabilité solidaire pour le paiement d'un salaire minimum prévoit que toute personne physique ou morale qui conclut un contrat avec un employeur qui relève (et non : ressort) de la Commission paritaire de la construction est solidairement responsable du paiement du salaire minimum auquel les ouvriers ont droit pour le travail accompli dans le cadre du contrat.

2. Le cocontractant doit vérifier, de la manière indiquée dans le projet, si l'employeur paie au moins le salaire minimum. Si le cocontractant a vérifié l'existence du paiement du salaire minimum et peut en déduire qu'il a été payé, il n'est pas solidairement responsable du paiement de celui-ci. Avant le début des travaux, l'employeur doit communiquer au cocontractant les données d'identification de ses ouvriers. Le cocontractant tient les copies ou les documents équivalents qui lui ont été fournis par l'employeur à la disposition des inspecteurs sociaux désignés par le Roi, pendant deux ans à partir de la fin du contrat, et les communique sur demande. Lorsque le cocontractant constate, sur la base de la vérification, que l'employeur n'a pas payé le salaire minimum ou lorsque l'employeur ne communique pas au cocontractant, à la demande de celui-ci, les copies ou les documents équivalents, le cocontractant en avertit les inspecteurs sociaux désignés par le Roi. S'il les a avertis, il n'est pas solidairement responsable.

Les infractions aux obligations précitées sont recherchées, constatées et sanctionnées conformément au Code pénal social. De nouvelles sanctions sont insérées dans ce code à l'égard, d'une part, du cocontractant, de son préposé ou de son mandataire qui n'a pas averti les inspecteurs sociaux désignés par le Roi et, d'autre part, de l'employeur, de son préposé ou de son mandataire qui n'a pas communiqué les copies, les documents équivalents ou les données d'identification.

Le régime en projet entre en vigueur à une date fixée par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres.

[6] Si de toute évidence le texte soumis pour avis avait été envisagé comme amendement au projet de loi 'portant des dispositions fiscales et autres', cette loi a entre-temps été adoptée (loi du 7 novembre 2011 'portant des dispositions fiscales et diverses', *MB* 10 novembre 2011). Le texte devra dès lors être déposé au Parlement soit sous la forme de projet autonome, soit comme amendement à un autre projet.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2[7]

3. L'article 2, § 1er, deuxième tiret, dispose que le Roi peut, après avis de l'organe paritaire compétent, étendre l'application du régime en projet à d'autres employeurs.

3.1. Conformément aux principes constitutionnels régissant les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, le pouvoir illimité du Roi d'étendre le régime à d'autres employeurs doit être précisément circonscrit, par exemple en fixant les conditions ou les critères qu'il devra observer à cet égard.

3.2. On n'aperçoit pas si la notion « organe paritaire » doit être comprise au sens de l'article 1er, 3°, de la loi du 5 décembre 1968 'sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires' (« le Conseil national du travail, les commissions paritaires et les sous-commissions paritaires ») ou si elle ne vise que les commissions et les sous-commissions paritaires. Si l'avis du Conseil national du travail peut également être sollicité à propos d'un élargissement de la notion « employeur », le régime de la responsabilité solidaire pour le paiement du salaire minimum pourra en principe être étendu à tous les employeurs du secteur privé. Si la notion « organe paritaire compétent » ne vise toutefois que les commissions et les sous-commissions paritaires, une extension n'est possible qu'à l'égard des employeurs qui relèvent d'une commission ou d'une sous-commission paritaires, et il en résulte une différence de traitement entre les employeurs selon que ceux-ci ressortissent ou non à un tel organe paritaire. Cette différence de traitement doit être raisonnablement justifiée.

3.3. En outre, les observations 3.1 et 3.2. s'appliquent moyennant les adaptations nécessaires au pouvoir conféré au Roi d'étendre l'application du régime à d'autres travaux (article 2, § 1er, quatrième tiret, de l'amendement).

4. Les régimes comparables en matière de responsabilité solidaire du cocontractant pour les dettes fiscales et sociales de l'entrepreneur de travaux[8] établissent une nette distinction entre le « commettant » en matière de travaux, l'« entrepreneur » et le « sous-traitant », ainsi que leurs obligations respectives. Le régime à l'examen ne fait mention que du « cocontractant » et de

[7] Le chapitre X en projet ne comporte pas d'article 1er.

[8] Voir respectivement les articles 400 à 408 du Code des impôts sur les revenus 1992 (CIR 92) et l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969 'révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs'.

l'« employeur » et l'on ne distingue dès lors pas clairement si ce régime s'applique également en cas de sous-traitance. Le délégué a déclaré que tel est néanmoins le cas. On peut donc se demander si les dispositions en projet ne devraient pas mieux traduire cet aspect du régime. À tout le moins la justification de l'amendement, qui ne mentionne pas non plus l'hypothèse de la sous-traitance, devra apporter des précisions sur ce point.

5. Le pouvoir que l'article 2, § 1er, cinquième tiret, confère au Roi en vue de déterminer le salaire horaire minimum est trop large et doit être mieux délimité, par exemple en fixant les critères au moyen desquels cette détermination doit être effectuée.

6. Compte tenu de la définition du « contrat », on remplacera dans le texte néerlandais de l'article 2, § 1er, sixième tiret, les mots « dat contract » par les mots « die overeenkomst ».

7. L'auteur de l'amendement devra vérifier si à l'instar des régimes précités en matière de dettes fiscales et sociales, l'article 2, § 2, ne doit pas non plus prévoir que les articles 1200 à 1216 du Code civil s'appliquent à la responsabilité solidaire visée.

8. L'article 2, § 3, alinéa 1er, dispose que le cocontractant « vérifie » si l'employeur paie le salaire minimum, alors que l'article 2, § 3, alinéa 3, énonce que la responsabilité solidaire cesse d'exister lorsque le cocontractant peut « déduire »[9] de cette vérification que le salaire minimum a été payé. L'article 2, § 3, alinéa 2, 1°, détermine les documents que l'employeur doit mettre à la disposition du cocontractant en vue de la vérification précitée, alors que l'article 2, § 3, alinéa 2, 2°, prévoit la possibilité pour le Roi de déterminer des documents « équivalents » ou de fixer un régime offrant les mêmes garanties que la demande des documents précités. Il peut se déduire de la justification de l'amendement que ce dernier régime vise une banque de données que l'Office national de sécurité sociale doit encore développer et dans laquelle figureront les employeurs qui, sur la base des données dont dispose cet Office national, sont réputés payer le salaire minimum. Par ailleurs, cette justification indique que lorsqu'un employeur ne figure pas dans cette banque de données, c'est le cocontractant qui doit encore effectuer la vérification précitée à l'aide des documents mis à disposition par l'employeur.

[9] Voir toutefois l'article 2, § 6, alinéa 1er, de l'amendement qui utilise pour la même opération le terme « constater » qui a une portée plus objective.

La question se pose de savoir si l'on ne fait pas porter ainsi au cocontractant des contraintes déraisonnablement élevées en ce qui concerne le respect de ses obligations, dès lors que, sauf la consultation éventuelle de la banque de données qui doit encore être créée, celui-ci doit apprécier, à l'aide de documents mis à sa disposition, si le salaire minimum a été payé ou non. Eu égard aux effets juridiques de cette appréciation pour le cocontractant, à savoir que sa responsabilité solidaire n'est plus engagée, ainsi que pour l'employeur et les travailleurs concernés, il convient du point de vue de la sécurité juridique d'opter pour un système qui permet un contrôle simplifié tout en garantissant une appréciation objective[10].

À l'instar des régimes précités en matière de dettes fiscales et sociales, le législateur devra en tout cas régler d'une manière plus explicite que ce n'est le cas actuellement la création envisagée d'une banque de données et sa force probante.

9. L'article 2, § 6, doit, du point de vue de la sécurité juridique, prévoir dans quel délai et de quelle manière (y compris la preuve) le cocontractant doit informer (et non « avertir ») les inspecteurs sociaux des constatations qu'il a faites, ou doit, à cet égard, accorder une habilitation au Roi.

Observation finale

10. Enfin, il résulte des documents joints à la demande d'avis que l'auteur de l'amendement considère que sur la base de l'article 578, 1° et 3°, du Code judiciaire, le travailleur pourra poursuivre le cocontractant solidairement responsable devant le tribunal du travail. Ces dispositions s'énoncent comme suit :

« Le tribunal du travail connaît:

1° des contestations relatives aux contrats de louage de travail y compris celles qui ont trait à la violation des secrets de fabrication commise pendant la durée de ces contrats;

(…)

[10] Voir à nouveau les régimes de responsabilité solidaire en matière de dettes fiscales et sociales qui utilisent systématiquement et exclusivement une banque de données, créée par l'autorité, qui a force probante, ainsi que des « attestations », à communiquer par l'entrepreneur ou le sous-traitant, qui ne donnent pas lieu à une vérification du commettant.

3° des contestations d’ordre individuel relatives à l’application des conventions collectives du travail;

(…) ».

On n’aperçoit pas si la responsabilité solidaire du cocontractant peut être regardée comme un aspect de l’exécution du contrat de travail. Il est dès lors recommandé de rendre le tribunal du travail formellement compétent pour les litiges pouvant découler des dispositions en projet. Cette modification de compétence devra alors figurer dans un projet de loi distinct, puisque dans ce cas, c’est une matière visée à l’article 77 de la Constitution qui est réglée.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	M. RIGAUX, M. TISON,	assesseurs de la section de législation,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par Madame N. VAN LEUVEN, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de Monsieur W. VAN VAERENBERGH.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

G. VERBERCKMOES M. VAN DAMME