

LEGISLATION

612.1. Détachement de travailleurs salariés : vers un renforcement de la lutte contre le dumping social et la concurrence déloyale ?

VINCIANE RYSSELINCK, AVOCAT – OSBORNE CLARKE

La loi du 20 décembre 2016 portant les dispositions diverses concernant le détachement de travailleurs a modifié le régime de détachement de travailleurs à partir de et vers la Belgique, dans un souci de traiter le problème du dumping social et de la concurrence déloyale dans notre pays.

Cette nouvelle loi s'articule autour de quatre points essentiels :

- a) la notion de détachement et de travailleur détaché, et le contrôle des conditions de travail ;
- b) la protection contre les représailles du travailleur détaché ;
- c) la création d'un régime de responsabilité solidaire du contractant direct dans le secteur de la construction ;
- d) la mise en place d'un système européen d'exécution transfrontalière des sanctions et amendes administratives.

1. *Contexte - La directive 97/71/CE concernant le détachement des travailleurs*

La directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services¹ a déjà vingt ans. Celle-ci vise à assurer la libre circulation des services en créant une sécurité juridique au regard du droit applicable, et en luttant contre le dumping social et la concurrence déloyale entre les Etats membres de l'Union européenne.

Au niveau des faits, les cinq Etat membres *détachant* le plus grand nombre de leurs travailleurs sont, par ordre décroissant : la Pologne, l'Allemagne, la France, les Pays-Bas et l'Espagne. Les cinq Etats membres *accueillant* le plus grand nombre de travailleurs détachés sont : l'Allemagne, la France, la Belgique, l'Autriche et les Pays-Bas.

¹ 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, *J.O.*, 21 janvier 1997, L-18.

Cette directive couvre trois types de détachements :

- **le détachement classique**, par lequel une entreprise envoie des travailleurs dans un autre pays pour y prospecter une clientèle, conclure des accords commerciaux, honorer une commande, poursuivre une collaboration ou y former un salarié ;
- **le détachement intra-groupe**, lorsqu'une entreprise envoie son salarié à l'étranger dans un établissement ou une entreprise du même groupe ; et,
- **le détachement intérimaire**, par lequel une entreprise de travail intérimaire envoie un ou plusieurs de ses travailleurs prêter pour une entreprise-utilisatrice établie sur le territoire d'un autre Etat membre.

Est un travailleur détaché au sens de la directive 96/71/CE, tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat sur le territoire duquel il travaille habituellement².

Afin de s'assurer qu'ils n'exécutent que provisoirement leur travail à l'étranger, la directive 96/71 prévoit que les salariés détachés restent affiliés à la sécurité sociale de l'Etat de leur employeur (Etat membre d'origine). Ce principe du pays d'origine est issu des règlements sur la coordination des systèmes de sécurité sociale 883/2004³ et 987/2009⁴, moyennant le respect de quatre conditions cumulatives :

- avant d'être détaché, le travailleur doit avoir été affilié durant un mois à la sécurité sociale de l'Etat d'envoi ;
- le lien de subordination doit être maintenu avec l'employeur qui l'envoie durant toute la durée du détachement, lequel employeur doit exercer normalement une activité substantielle dans le pays d'origine ;
- la durée prévisible du détachement ne doit pas excéder vingt-quatre mois ;
- il est interdit de remplacer un travailleur détaché arrivé au terme de sa période de détachement par un autre travailleur détaché.

² Article 2, 1° de la Directive 96/71/CE.

³ Règlement du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *J.O.*, L166 du 30 avril 2004, p. 1.

⁴ Règlement du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *J.O.*, L284 du 30 octobre 2009, p. 1.

Moyennant le respect de ces quatre conditions, le travailleur détaché reste couvert tant au niveau de l'assurance chômage, de sa pension que des accidents du travail dans le pays de son employeur. Les cotisations sociales restent dues dans ce pays, au taux et sur le salaire que ledit pays fixe⁵.

2. *Écueils de la directive "Détachement"*

La directive 96/71/CE⁶ a pour but de promouvoir la libre circulation des services dont le marché intérieur devait profiter grâce à l'internationalisation, la mobilité, la compétitivité et la productivité des entreprises. Son but était de déterminer les droits applicables à des situations où des travailleurs sont détachés dans des Etats membres de l'Union européenne par le biais d'un compromis entre les intérêts concurrents de l'Etat membre qui détache le travailleur (Etat d'origine) et de l'Etat membre qui accueille le travailleur détaché (Etat d'accueil).

Cependant, la mise en application de la directive 96/71/CE connaît de nombreux écueils en raison du fait que certaines sociétés ne jouent pas le jeu.

2.1. Un premier écueil, comme le souligne M. l'Avocat général Vanderlinden⁷, est le maintien de l'assujettissement à la sécurité sociale de l'Etat d'origine. En effet, à salaire minimum égal, un ouvrier belge coûte plus cher qu'un ouvrier polonais détaché en Belgique, dont les cotisations sociales sont calculées en Pologne sur base d'un salaire de référence plafonné à un montant largement inférieur que le salaire de l'ouvrier belge. La conséquence en est que l'employeur de l'ouvrier polonais économise plusieurs centaines d'euros de cotisations sociales chaque mois.

Ensuite, du point de vue du droit applicable, la directive 96/71/CE prévoit l'application du noyau dur de droits fondamentaux de droit du travail du pays d'accueil au travailleur détaché, quelle que soit la durée du détachement. Ainsi, le travailleur détaché en Belgique bénéficie du taux de salaire minimal belge, des réglementations relatives au temps maximum de travail et de repos, de la durée minimale des

⁵ C. VANDERLINDEN, « La grande illusion de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs – A l'ouest, rien de nouveau ? », *J.T.T.*, 31 octobre 2016, n° 1258, p. 383 à 389. (Mercuriale prononcée à l'occasion de la rentrée de la cour du travail de Mons, le 2 septembre 2016).

⁶ 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, *J.O. L-18* du 21 janvier 1997.

⁷ C. VANDERLINDEN, *op. cit.*

congés payés, des dispositions en matière de sécurité, de santé et d'hygiène, de protection des femmes enceintes et des enfants, d'égalité de traitement homme-femme et autres dispositions anti-discrimination. Cependant, les règles relatives à la rupture du contrat de travail, à la représentation du personnel ou à la formation professionnelle ne sont, elles, pas applicables aux travailleurs détachés. Dans l'exemple donné, le travailleur polonais reste ainsi soumis au délai de préavis polonais.

En Belgique, les conventions collectives de travail sectorielles rendues obligatoires par arrêté royal sont d'application générale et protègent les travailleurs belges contre la concurrence des travailleurs détachés. Les travailleurs détachés ne peuvent bénéficier des avantages accordés aux travailleurs belges par une convention collective d'entreprise. Ainsi, le travailleur polonais détaché en Belgique n'aura, en principe, par droit aux primes de Noël, aux indemnités d'intempéries, aux indemnités de mobilité ou d'usure d'outils, aux suppléments de salaire pour travaux spéciaux ou à la participation patronale à une assurance-groupe. Cela constitue *autant d'économies supplémentaires pour l'employeur du travailleur détaché, après celles déjà réalisées sur les cotisations sociales et les préavis*.

Sur cette base, force est de constater que le détachement régulier confère un double avantage concurrentiel tant au niveau des cotisations sociales versées à l'étranger qu'au niveau du salaire correspondant au taux de salaire minimum. Ainsi, dans l'exemple cité par l'Avocat général Vanderlinden⁸, dans la construction, un coût horaire de 32 EUR pour un ouvrier belge, est réduit à 22 EUR pour un ouvrier polonais, ce qui conduit à une concurrence déloyale mais toutefois légale.

2.2. Un second écueil vient du fait que, à côté du détachement régulier, les Etats membres doivent faire face à de nombreuses irrégularités, voire des pratiques frauduleuses de dumping social dans le cadre des détachements, lesquelles amplifient les distorsions légales de concurrence.

Les types de fraudes les plus fréquemment rencontrés sont :

- une qualification de détachement abusive par le biais de sociétés « boîte aux lettres » créées à l'étranger par des sociétés (souvent) belges qui, par ce biais, recrutent du personnel qu'elles font venir en Belgique, malgré l'interdiction de telle pratique depuis 2011 ;
- le non-respect de la réglementation relative à la sécurité sociale du pays d'origine. La force probante attachée au formulaire 101 qui atteste du maintien de

⁸ « La grande illusion de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs – A l'ouest, rien de nouveau ? », C. VANDERLINDEN, *J.T.T.*, 31 octobre 2016, n° 1258, p. 383 à 389.

l'assujettissement du travailleur au régime de sécurité sociale du pays de son employeur pose problème car elle ne permet pas aux institutions de sécurité sociale nationales ou juridictions du pays d'accueil, sauf retrait par l'Etat d'envoi ou recours devant la Commission administrative européenne, d'affilier le travailleur détaché à la sécurité sociale de l'Etat d'accueil. Or, tel formulaire n'atteste que de l'affiliation à la sécurité sociale du pays d'origine et non du paiement effectif du paiement des cotisations. Ensuite, ce formulaire est aisément falsifiable dans la mesure où il ne porte aucune photo du travailleur détaché. Enfin, le contrôle de la réalité du formulaire par l'Etat émetteur est souvent superficiel et ce formulaire peut être délivré avec effet rétroactif... ;

- le non-respect du noyau dur de la réglementation du travail du pays d'accueil. Dans les cas de fraude récurrents, à titre d'exemples, la durée maximale du travail et le salaire minimum ne sont pas respectés et les heures supplémentaires ne sont pas payées.

2.3. L'efficacité de la directive 96/71/CE dépend essentiellement de l'efficacité des contrôles réalisés par les Etats membres.

En Belgique, divers services d'inspection dépendants du SPF Sécurité sociale, du SPF Emploi, de l'Onem, de l'ONSS ou encore de l'INASTI, pilotés par le Service d'Information et de Recherche Sociale (SIRS), se chargent d'assurer tels contrôles. Des cellules « Dumping social » ont été constituées. Dans le prolongement de ces contrôles sur notre territoire, la Belgique a encore conclu des accords bilatéraux avec des services d'inspection étrangers, dont les services d'inspection français, néerlandais et polonais⁹.

A cet égard, si l'année 2014 avait principalement mis en évidence les infractions aux déclarations Limosa et enregistrements de chantiers, au non-respect du salaire minimum et à la réglementation des formulaires A1, l'année 2015 a, quant à elle, vu les infractions aux formulaires A1 largement l'emporter. Des infractions au droit pénal social sont également régulièrement constatées, tels l'absence de Dimona en cas de faux détachement, faux et usages de faux, escroquerie en droit pénal social ou dépassement de la durée du travail.

⁹ C. VANDERLINDEN, *op. cit.*, p. 386.

Vu les constats ci-dessus, le processus législatif européen a mené les Etats membres de l'Union européenne à adopter la directive 2014/67/EU¹⁰ du 15 mai 2014 (ci-après, la « Directive ») ayant pour objectif d'exécuter la directive 96/71/CE.

3. Défis de la directive 2014/67/UE

La Directive a pour objectif de contribuer à l'effectivité de l'application de la directive 96/71/CE, notamment, en :

- assurant la prévention des fraudes et des abus par une appréhension meilleure et uniforme de la notion de détachement ;
- instaurant des mécanismes de recours efficaces permettant aux travailleurs détachés de porter plainte ou d'engager des poursuites¹¹ ;
- conférant aux syndicats un droit d'action autonome leur permettant d'agir quand bien même le travailleur s'abstiendrait de le faire, par crainte de représailles par exemple ;
- procurant un meilleur accès à l'information sur les conditions d'emploi et de travail aux entreprises ainsi qu'aux travailleurs détachés, en obligeant les Etats à construire un site internet officiel unique renseignant les travailleurs détachés sur les conditions d'emploi et les conventions collectives applicables dans l'Etat d'accueil¹² ;
- fournissant une assistance mutuelle et une coopération administrative efficace entre les différents Etats membres, obligeant les autorités compétentes à répondre rapidement aux demandes de renseignements d'un autre Etat¹³ ;
- instaurant une responsabilité conjointe et solidaire dans les droits nationaux des Etats membres de l'Union européenne, dans la chaîne de sous-traitance, en sus ou en lieu et place de la responsabilité de l'employeur ;
- permettant de mener des inspections efficaces et appropriées sur le territoire sur lequel sont détachés les travailleurs ;

¹⁰ Directive 2014/67/EU du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur, *J.O.* L-159 du 28 mai 2014.

¹¹ Directive 2014/67/EU, article 12.

¹² Directive 2014/67/EU, article 5.

¹³ Directive 2014/67/EU, article 6. Endéans les deux jours ouvrables en cas de demande urgente et endéans les vingt-cinq jours ouvrables dans les cas non-urgents.

renforçant les contrôles du respect des dispositions applicables par des mesures justes et proportionnées¹⁴ en affirmant la nécessaire reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires¹⁵.

3.1. L'un des principaux objectifs de la Directive est de **lutter contre tout abus et fraude** de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs, dans le chef des entreprises, en identifiant ce que constitue un véritable détachement.

La Directive a, notamment, redéfinit la notion de détachement laquelle vise le détachement d'un travailleur qui est fait par une société d'envoi, laquelle exécute réellement des activités substantielles (autres que des activités purement administratives ou de management interne) dans l'Etat membre d'envoi et pour laquelle le travailleur détaché effectue des prestations temporaires dans l'Etat membre d'accueil¹⁶.

Afin de rencontrer cet objectif, elle exige que les autorités de l'Etat membre d'accueil procèdent à une analyse globale de l'ensemble des éléments factuels qui caractérisent les activités menées sur son territoire au cas par cas, et prennent en compte une période plus large que le détachement au sens strict. Ainsi, dans le cadre de telle analyse, le fait d'avoir un siège social enregistré ou de payer des impôts ou des contributions de sécurité sociale dans l'Etat membre d'origine, l'endroit où les travailleurs détachés sont recrutés et à partir duquel ils sont détachés, ainsi que le droit applicable au contrat de travail du travailleur détachés, sont autant de facteurs qui pointent vers l'existence d'activités substantielles de l'entreprise dans l'Etat membre d'origine.

Selon la Directive, les facteurs permettant de déterminer la nature temporaire du détachement sont, notamment :

- le fait de savoir si le travailleur travaille ou non dans l'Etat membre d'accueil pour une durée limitée ;
- si le travailleur détaché est censé retourner dans l'Etat membre d'origine ou pas ;
- si le travailleur détaché reprend le travail dans l'Etat d'origine après la réalisation des tâches dans l'Etat d'accueil ;
- la nature des activités ;
- le fait de savoir si les moyens de transport et de logement du travailleur détaché sont mis à disposition par l'employeur ou remboursés par celui-ci.

¹⁴ Directive 2014/67/EU, article 9.

¹⁵ Directive 2014/67/EU, article 15.

¹⁶ Directive 2014/67/EU, article 4.

Le défaut de satisfaire à l'un ou plusieurs de ces éléments factuels visés par la Directive n'entraînera cependant pas automatiquement le rejet de la situation analysée comme étant un détachement.

3.2. La Directive vise à **améliorer l'accès à l'information** relative aux conditions de travail applicables aux travailleurs détachés, tant dans l'Etat d'accueil que dans l'Etat d'origine. Les moyens de réaliser cet objectif consistent dans le fait de rendre l'accès à cette information gratuit, de manière claire et transparente, avec un accès à distance possible, ainsi que par le biais d'un seul site web officiel au niveau national disponible dans les langues appropriées.

A cet égard, la Directive requiert expressément que tous les Etats membres travaillent en collaboration étroite et se portent assistance mutuelle les uns aux autres dans le but de prévenir tout abus et fraude sous la Directive, en réagissant rapidement à toute demande d'information, en assurant que les fournisseurs de services transmettent toutes les informations nécessaires et respectent rigoureusement les échéances fixées pour l'échange des informations par les moyens électroniques (deux jours ouvrables en cas de demande urgente, et vingt-cinq jours ouvrables dans les cas non-urgents).

3.3. Dans le cadre de ces **mesures de contrôle par les Etats membres**, la Directive prévoit un ensemble de mesures telles que la déclaration du prestataire de services, au plus tard au début de la prestation de services, l'obligation de tenir à jour une liste de documents, la traduction des documents dans la langue appropriée, la désignation d'une personne de contact ou de liaison avec les autorités compétentes au sein de l'Etat membre d'accueil ainsi qu'une personne qui joue le rôle de représentant de l'entreprise pour assurer les contacts avec les partenaires sociaux au sein de l'Etat membre d'accueil. Enfin, la Directive exige que les Etats membres mettent en place un mécanisme effectif permettant aux travailleurs détachés de déposer plainte contre leur employeur en cas d'abus et prévoit également une protection du travailleur détaché contre toutes mesures de représailles de leur employeur lorsque le travailleur détaché entreprend des actions administratives ou judiciaires.

3.4. Un autre dispositif phare de la Directive consiste en la possibilité de prévoir dans les droits nationaux des Etats membres de l'Union européenne, dans la chaîne de sous-traitance, un mécanisme de **responsabilité de sous-traitant direct, en sus ou en lieu et place de la responsabilité de l'employeur**.

Le fait est qu'assurer la protection des droits sociaux des travailleurs détachés dans le cadre de chaînes de sous-traitance de certains secteurs d'activités s'avère très difficile en raison de nombreux abus et fraudes constatés. C'est dans cette optique que la Directive a laissé la possibilité aux Etats membres, après avoir consulté les partenaires sociaux conformément au droit et aux pratiques nationales, de prendre des

mesures complémentaires non-discriminatoires et proportionnées afin que, dans les chaînes de sous-traitance, le co-contractant dont l'employeur/prestataire de services au sens de la directive 96/71/CE est un sous-traitant direct, puisse, en sus ou en lieu et place de l'employeur, être tenu responsable par le travailleur détaché pour tout ce qui concerne la rémunération nette impayée correspondant au taux de salaire minimal ou à des cotisations à des fonds ou institutions gérés conjointement par les partenaires sociaux.

3.5. L'un des problèmes majeurs rencontrés par la directive 96/71/CE consiste en l'application d'une sanction de recouvrement d'une amende financière et administrative infligée à un employeur établi dans un autre Etat membre. Aussi, la Directive a entendu rencontrer ce problème en prévoyant que les Etats membres doivent désigner l'autorité compétente en vue d'**assurer l'exécution transfrontalière des sanctions et des amendes administratives**. Les Etats membres doivent, de surcroît, mettre en place un système d'exécution transfrontalier desdites sanctions et amendes administratives en vertu de la Directive.

Les Etats membres avaient jusqu'au 18 juin 2016 pour transposer la Directive dans leur droit national.

La Belgique l'a transposée dans son droit national par l'adoption de la loi du 20 décembre 2016 portant les dispositions diverses concernant le détachement de travailleurs¹⁷ (ci-après, la « Loi »), laquelle a modifié le régime de détachement de travailleurs à partir de et vers la Belgique, avec pour objectif de traiter le problème du dumping social et de la concurrence déloyale rencontrés dans notre pays.

Elle est entrée en vigueur le 30 décembre 2016.

4. La loi du 11 décembre 2006 transposant la directive 2014/67 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE

La Loi s'articule autour de quatre axes :

- un premier axe vise la **protection du travailleur** détaché à partir de la Belgique vers un autre Etat de l'Espace Economique Européen ou vers la Suisse, afin que celui-ci ne puisse subir en Belgique, de la part de son employeur, aucun préjudice lié à l'engagement des procédures administratives ou judiciaires entamées afin de faire valoir ses droits en tant que travailleur détaché ;

¹⁷ Loi du 11 décembre 2016 portant diverses dispositions concernant le détachement de travailleurs, *M.B.*, 20 décembre 2016.

- un deuxième axe précise les **notions** de détachement et de travailleurs détachés et concerne également le contrôle des conditions de travail ;
- un troisième axe introduit un régime spécifique de **responsabilité solidaire** salariale du contractant direct pour les activités dans le domaine de la construction ;
- un quatrième axe concerne la mise en place d'un système européen d'exécution transfrontalière des **sanctions** et des amendes administratives.

4.1. *La protection du travailleur détaché de la Belgique vers un autre Etat membre de l'E.E.E. ou vers la Suisse*

Le travailleur détaché de la Belgique vers un autre Etat membre de l'E.E.E. ou vers la Suisse est le travailleur qui, pour le compte de son employeur établi en Belgique, travaille habituellement en Belgique, mais qui accomplit temporairement des prestations de travail dans un autre Etat membre de l'Espace économique européen ou la Suisse¹⁸.

En vertu de la Loi, il est expressément prévu que le travailleur détaché ainsi défini ne peut subir, de la part de son employeur, aucun préjudice lié à l'engagement présent ou passé de procédures judiciaires ou administratives en Belgique ou dans un autre Etat contre son employeur afin de faire valoir les droits qu'il tire des directives 96/71/CE et 2014/67/UE.

Si la Loi pose le principe de la protection du travailleur détaché depuis la Belgique contre les représailles, elle n'en définit toutefois pas la sanction.

4.2. *Critères pour apprécier l'existence d'un détachement au sens de la réglementation*

Au vu de la concurrence déloyale mais légale qu'entraîne un détachement régulier, couplé au phénomène de dumping social résultant de détachements frauduleux, il était nécessaire de réviser la définition du travailleur détaché visée par la loi du 5 mars 2002 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services¹⁹.

¹⁸ Article de la Loi.

¹⁹ Loi du 5 mars 2002 transposant la directive 96/71 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, *M.B.* ? 13 mars 2002.

4.2.1. Définitions

C'est chose faite avec la Loi qui a redéfini ce qu'est un travailleur détaché dans la lignée de la Directive et a modifié l'intitulé de la loi du 5 mars 2002 devenue "Loi concernant les conditions de travail, de rémunération et d'emploi en cas de détachement de travailleurs en Belgique et le respect de celles-ci"²⁰.

Ainsi la Loi définit le travailleur détaché comme « *un travailleur qui effectue temporairement des prestations de travail en Belgique et qui, soit travaille habituellement sur le territoire d'un ou plusieurs pays autre(s) que la Belgique, soit a été engagé dans un pays autre que la Belgique* »²¹.

Dans la foulée, la Loi a établi deux listes de critères factuels qui permettent de vérifier, premièrement, si le détachement a réellement un caractère temporaire et, deuxièmement, si l'employeur du travailleur détaché opère réellement des activités substantielles dans le pays d'origine, ceci dans le but d'éviter les entreprises de type « boîte aux lettres ».

Depuis le 30 décembre 2016, pour déterminer le **caractère temporaire des prestations** des travailleurs en Belgique, il y a lieu d'examiner tous les éléments de fait qui caractérisent leurs tâches et leur situation, dont, notamment :

- les tâches qui sont accomplies en Belgique pour une durée limitée ;
- la date à laquelle le détachement commence ;
- la situation du travailleur détaché en Belgique, en provenance d'un pays autre que celui dans lequel il effectue habituellement son travail ;
- le fait pour le travailleur détaché en Belgique de retourner ou d'être censé reprendre ses activités dans le pays à partir duquel il a été détaché dès que ses activités sont terminées en Belgique ;
- la nature des activités effectuées ;
- le fait que l'employeur qui détache le travailleur fournisse son transport, son logement, de la nourriture ou prend en charge ceux-ci, ainsi que la manière dont ces coûts sont assurés ou les modalités de leur prise en charge par l'employeur ;
- toutes les autres périodes antérieures au cours desquelles le poste a été occupé par le même travailleur détaché ou par un autre travailleur détaché (article 2, 2° de la Loi).

²⁰ La loi du 11 décembre 2016 portant diverses dispositions concernant le détachement de travailleurs, *M.B.*, 20 décembre 2016.

²¹ Article 2, 2° de la Loi.

Cette liste n'est pas exhaustive.

Comme souligné ci-avant, pour endiguer ce phénomène frauduleux par lequel des entreprises vides - souvent belges mais parfois étrangères - recrutent par le biais d'une société "boite aux lettres" du personnel qu'elles font ensuite venir en Belgique, la Loi a entendu définir les critères permettant de déterminer **si l'entreprise qui détache les travailleurs en Belgique exerce réellement des activités substantielles dans le pays d'origine.**

Après avoir défini l'employeur comme « *les personnes physiques ou morales qui occupent les travailleurs détachés visés ci-dessus et dont l'entreprise exerce réellement, dans un pays autre que la Belgique, des activités substantielles, c'est-à-dire des activités autres que celles relevant uniquement de la gestion interne ou administrative* », la Loi précise les critères non-exhaustifs sur base desquels il peut être déterminé si l'entreprise visée exerce réellement des activités substantielles dans le pays d'origine.

Il s'agit, notamment :

- du lieu où sont implantés le siège statutaire et l'administration centrale de l'entreprise, du lieu où l'entreprise a des bureaux, où elle paie des impôts et des cotisations sociales et, le cas échéant, où elle est autorisée à exercer son activité ou où elle est affiliée à la chambre de commerce ou à des organisations professionnelles ;
- du lieu où les travailleurs détachés sont recrutés et le lieu d'où ils sont détachés ;
- du droit applicable au contrat conclu par l'entreprise avec ses employés, d'une part et avec ses clients, d'autre part ;
- du lieu où l'entreprise exerce l'essentiel de son activité commerciale et où elle emploie du personnel administratif ;
- du nombre de contrats exécutés et/ou le montant du chiffre d'affaires réalisé dans le pays d'établissement, en tenant compte de la situation particulière que connaissent les entreprises nouvellement constituées et les PME.

Et de préciser encore que les éléments de fait ci-dessus caractérisant les activités exercées par l'employeur dans le pays d'origine doivent faire l'objet d'une évaluation globale, sur une période prolongée.

4.2.2. Un contrôle accru des conditions de travail par les services d'inspection

Comme le bénéfice de la Directive dépend essentiellement de l'efficacité des contrôles réalisés par les Etats membres, la Loi a transposé en droit belge les mécanismes mis au point par la Directive.

L'arsenal législatif belge prévoit désormais que les employeurs qui détachent des travailleurs en Belgique sont, notamment, tenus de fournir aux services d'inspection compétents, à leur demande :

- une copie du contrat de travail du travailleur détaché et de tout autre document équivalent ;
- les informations relatives à la devise servant au paiement de la rémunération, aux avantages en espèces et en nature liés à l'expatriation, conditions de rapatriement du travailleur détaché ;
- les relevés d'heures indiquant le début, la fin et la durée du temps de travail journalier du travailleur détaché ;
- la preuve du paiement des salaires du travailleur détaché.

Par ailleurs, l'employeur peut être tenu, à la demande des services d'inspection compétents, de fournir une traduction des documents ci-dessus soit dans l'une des langues nationales, soit en anglais. Néanmoins, la règle selon laquelle les employeurs peuvent, en raison de la durée limitée de leurs activités en Belgique ou de la nature particulière desdites activités, être dispensés de l'obligation de fournir lesdits documents subsiste.

Enfin, pour les employeurs qui ne sont pas dispensés de ladite obligation, ceux-ci doivent être en mesure de fournir, sur demande des services d'inspection compétents, durant une période d'un an au terme de l'occupation en Belgique des travailleurs détachés, lesdits documents, que ce soit sur support papier ou en format électronique.

L'employeur visé par la loi du 5 mars 2002 qui n'envoie pas les documents ci-dessus aux services d'inspection compétents qui le demandent sera puni d'une sanction de niveau 2 prévue par le Code pénal social. L'amende sera multipliée par le nombre de travailleurs concernés.

Par ailleurs, l'employeur est tenu de désigner une personne de liaison et d'en communiquer l'identité, avant le détachement, aux services d'inspection compétents en Belgique.

Cette personne de liaison est une personne physique désignée par l'employeur afin d'assurer, pour le compte de l'employeur, le contact avec le fonctionnaire désigné lorsque celui-ci demandera à se voir remettre tout document ou avis relatif à l'occupation des travailleurs détachés en Belgique.

L'employeur qui reste en défaut de communiquer les coordonnées de la personne de liaison en cas de détachement de travailleurs en Belgique sera également puni d'une sanction de niveau 2 prévue par le Code pénal social.

4.3. Responsabilité solidaire salariale dans le secteur de la construction

4.3.1. La concentration de travailleurs détachés dans le secteur du bâtiment représente 35,9 % des détachements totaux. Elle est particulièrement importante au Luxembourg, en Belgique et en Autriche, en tant que pays d'accueil ; et au Luxembourg, en Slovénie, en Slovaquie, en Croatie, au Portugal et en Pologne en tant que pays d'origine²².

Dans ce secteur, le Gouvernement constate que les entrepreneurs et les sous-traitants se rendent trop souvent coupables de fraudes sociales sans que l'on puisse les sanctionner, soit parce qu'ils changent de nom trop rapidement, soit parce qu'ils disparaissent dans la nature. Telles pratiques aboutissent à des distorsions de concurrence et à une perturbation du marché du travail alors même qu'il existait déjà, depuis le 1^{er} septembre 2013²³, un mécanisme général de responsabilité solidaire dans l'arsenal législatif belge. En vertu dudit mécanisme, le donneur d'ordres ou l'entrepreneur qui fait appel à un sous-traitant est solidairement responsable du paiement des dettes sociales de son co-contractant, sauf s'il a respecté son obligation de retenues. Cette obligation de retenues consiste, pour le donneur d'ordres ou l'entrepreneur, en une obligation de retenir et verser 35 % du montant dont il est redevable à l'ONSS lorsqu'il constate, dans une base de données disponible, que le sous-traitant a des dettes sociales²⁴.

4.3.2. Dans ce contexte, la Loi ajoute un nouveau régime qui est spécifique au secteur de la construction. Ce nouveau régime a pour particularité d'être valable pour tous les travailleurs employés en Belgique, en ce qu'il vise aussi bien les travailleurs nationaux que les travailleurs détachés sur notre territoire.

Les activités visées par la Loi sont celles qui sont définies par l'arrêté royal qui détermine la compétence :

- de la commission paritaire de la construction ;
- de la commission paritaire des constructions métalliques, mécaniques et électriques,
- de la commission paritaire pour le nettoyage,

²² <http://ec.europa.eu/social/>

²³ Loi-programme du 29 mars 2012 modifiant la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération, *M.B.*, 6 avril 2012.

²⁴ M. MORSA, « Le détachement des travailleurs ou le difficile équilibre entre les libertés du marché et les droits sociaux fondamentaux », *J.T.T.*, 30 avril 2014, 1186, p.191.

- de la commission paritaire de l'ameublement et de l'industrie transformatrice du bois ;
- de la sous-commission paritaire des électriciens, installation et distribution,
- ainsi que les activités considérées comme des travaux immobiliers au sens de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la TVA.

La responsabilité solidaire salariale de l'entrepreneur s'étend au donneur d'ordre du pays d'accueil en cas d'**activités à des fins professionnelles dans le secteur de la construction** et exécutées par des travailleurs détachés. La responsabilité solidaire vaut également pour l'entrepreneur qui fait appel à un sous-traitant qui recourt à son tour à des travailleurs détachés.

Le cas échéant, aussi bien le donneur d'ordre que l'entrepreneur sont exonérés de leur responsabilité salariale s'ils sont en possession d'une déclaration de l'employeur dans laquelle ce dernier confirme qu'il paie le salaire dû à ses employés détachés et permanents, à moins qu'il n'ait été informé par l'inspection sociale que cet employeur ne respecte pas ses obligations.

Ce régime particulier de responsabilité solidaire salariale dans le secteur de la construction coexiste avec le régime général prévu par la loi sur la protection de la rémunération.

La responsabilité solidaire prévue pour la rémunération due aux travailleurs salariés vise la « *rémunération due au travailleur, mais qui n'a pas encore été payée, ni par son employeur, ni par celui qui est tenu de la payer pour le compte de cet employeur, à l'exception des indemnités auxquelles le travailleur a droit à la suite de la rupture de son contrat de travail* ».

4.3.3. Dans le cadre dudit régime, le donneur d'ordre ne sera pas tenu solidairement responsable de payer la rémunération due au travailleur détaché s'il est en possession d'une déclaration écrite, signée par lui et par son entrepreneur, dans laquelle :

- ledit donneur d'ordre communique à son entrepreneur les coordonnées du site internet du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale dans lequel sont reprises les informations relatives à la rémunération due ; et,
- l'entrepreneur dudit donneur d'ordre certifie qu'il paie et paiera la rémunération due au travailleur de cet entrepreneur.

Ainsi, les donneurs d'ordre et entrepreneurs seront bien avisés d'établir une telle déclaration écrite s'ils souhaitent échapper à la nouvelle responsabilité solidaire visée par la Loi.

De surcroît, le donneur d'ordre qui, pour des activités dans le domaine de la construction, fait appel à un entrepreneur, est également solidairement responsable du paiement

de la rémunération due au travailleur occupé par cet entrepreneur et correspondant aux prestations de travail, effectuées par ledit travailleur, qui bénéficient à ce donneur d'ordre à partir de l'expiration d'un délai de quatorze jours ouvrables prenant cours au moment où le donneur d'ordre a connaissance du fait que son entrepreneur ne paie pas tout ou partie de la rémunération due au travailleur de ce même entrepreneur. Telle connaissance est réputée prouvée, notamment quand le donneur d'ordre est informé par les services d'inspection compétents du fait que la rémunération n'est pas payée en tout ou en partie au travailleur.

La Loi prévoit encore que l'entrepreneur, en l'absence de chaîne de sous-traitants, et l'entrepreneur intermédiaire, en cas d'existence d'une telle chaîne, qui fait appel à un sous-traitant, sont solidairement responsables du paiement de la rémunération due au travailleur occupé par ce sous-traitant, correspondant aux prestations de travail effectuées par ledit travailleur au bénéfice de cet entrepreneur ou de cet entrepreneur intermédiaire.

Ici également, l'entrepreneur et l'entrepreneur intermédiaire pourront s'exonérer d'une telle responsabilité solidaire s'ils sont en possession d'une déclaration écrite, signée par eux et par leur sous-traitant, dans laquelle ils communiquent à leur sous-traitant les coordonnées du site internet du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale, dans lequel sont reprises les informations relatives à la rémunération due et si le sous-traitant dudit entrepreneur ou dudit entrepreneur intermédiaire, certifie qu'il paie et paiera la rémunération due à ses travailleurs.

4.3.4. Enfin, la Loi a inséré de nouvelles infractions dans le Code pénal social en cas d'activités dans le domaine de la construction.

Sont punis d'une sanction de niveau 2, le contractant direct solidairement responsable, le donneur d'ordres, l'entrepreneur et l'entrepreneur intermédiaire solidairement responsables visés par la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, qui n'ont pas payé la rémunération due pour le paiement de laquelle ils sont solidairement responsables.

4.4. *Sanctions et amendes administratives – Création d'un système européen d'exécution transfrontalière*

La Loi a transposé en droit belge l'exigence à cet égard de la Directive en insérant dans le Code pénal social une nouvelle section intitulée « Les dispositions particulières concernant l'exécution transfrontalière de sanctions et amendes administratives pénales ». Ce faisant, la Loi a mis sur pied un système européen d'exécution transfrontalière des sanctions et des amendes administratives et a créé une série de nouvelles infractions en lien avec ces nouvelles obligations.

Par ce système, les montants des sanctions et amendes administratives infligées par un autre Etat membre seront recouvrées par les instances belges et versées au Trésor belge. Les montants des sanctions et amendes infligées par les instances belges qui sont recouvrées par les instances d'un autre Etat membre reviendront à cet Etat membre.

4.4.1. En vertu de la Loi, **le prestataire de services établi dans un autre Etat membre** de l'Union européenne qui se voit notifier une **décision lui infligeant une amende administrative pour non-respect des règles applicables en Belgique** en matière de détachement peut se voir demander la notification de ladite décision par l'administration compétente. Lorsque telle demande de notification est introduite par l'administration compétente, celle-ci doit soumettre sans retard sa demande via un système d'information du marché intérieur ("IMI"), et doit y indiquer les données suivantes au minimum :

- le nom et l'adresse du destinataire et toutes autres données ou informations pertinentes aux fins d'identification de celui-ci ;
- un résumé des faits et circonstances de l'infraction, la nature de celle-ci et la réglementation applicable ;
- l'instrument permettant l'exécution en Belgique et tous autres renseignements ou documents pertinents concernant la plainte correspondante et l'amende administrative ;
- le nom, l'adresse et autres coordonnées de contact de l'administration compétente ;
- le but de la notification et le délai dans lequel la notification doit avoir lieu.

4.4.2. Ensuite, l'administration du SPF Finances peut, conformément à la Directive, introduire une demande de recouvrement d'une décision infligeant une amende administrative auprès de l'instance compétente d'un autre Etat membre, pour autant que ladite amende administrative :

- soit infligée par l'administration compétente conformément aux dispositions du Code pénal social ou confirmée par les juridictions du travail ;
- ne soit plus susceptible de recours ;
- ne puisse être exécutée par le SPF Finances auprès du prestataire de services établi dans un autre Etat membre.

Le SPF Finances ne pourra introduire de demande de recouvrement aussi longtemps qu'il existe une contestation ou une procédure judiciaire relative à ladite amende administrative en Belgique. Ensuite, le SPF Finances devra soumettre, sans retard injustifié, la demande de recouvrement via le système IMI au moyen d'un instrument uniforme en communiquant au minimum les mêmes données que pour la notification de l'amende avec, de surcroît, la date à laquelle le jugement,

l'arrêt où la décision est devenue exécutoire ou définitive, une description de la nature et du montant de l'amende administrative ainsi que toutes données pertinentes pour le processus d'exécution et la confirmation que l'amende n'est plus susceptible d'appel.

4.4.3. Réciproquement, la Loi prévoit la possibilité de demande par un autre Etat membre de l'Union européenne, à la Belgique, de notification d'une décision infligeant une sanction administrative pécuniaire et/ou une amende administrative à un prestataire de services établi en Belgique pour non-respect de la réglementation relative au détachement dans l'Etat membre concerné.

Il en va aussi de même en cas de demande, pour les mêmes motifs, d'un autre Etat membre de l'Union européen d'exécution d'une décision infligeant une sanction et/ou une amende administrative pécuniaire à un prestataire de services établi en Belgique, en raison du non-respect de la réglementation en matière de détachement de cet autre Etat membre.

A noter qu'en cas de recours introduit à l'encontre de la sanction ou de l'amende administrative ou de plainte déposée contre celle-ci auprès de l'instance ou de l'autorité compétente de l'Etat membre requérant, la procédure d'exécution sera suspendue dans l'attente de la décision de l'instance ou de l'organe compétent de l'Etat membre qui le demande.

4.5. *Vers une modernisation de la directive "Détachement"?*

Qu'en est-il pour l'avenir ?

Sept Etats européens (Belgique, Allemagne, Autriche, France, Luxembourg, Pays-Bas et Suède) ont appelé, en 2015, à une véritable révision de la directive 96/71/CE.

La Commissaire pour l'emploi, les affaires sociales, les compétences et la mobilité des travailleurs, Marianne Thyssen, a déposé le 8 mars 2016 une proposition de révision de la directive 96/71/CE²⁵, laquelle est axée autour de trois points :

- elle limite à deux ans la durée des détachements dont le caractère temporaire constitue l'essence. Au-delà de cette période, le travailleur sera tout simplement réputé exercer habituellement son travail dans le pays d'envoi dont l'intégralité des dispositions du droit du travail lui sera applicable. Cette période de deux ans est une période

²⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services présentée à l'occasion du Conseil des ministres de l'emploi du 7 mars 2016.

effective mais également prévisible : dès qu'il est prévisible que le détachement dépassera vingt-quatre mois, les conditions salariales du pays d'accueil s'appliquent au travailleur détaché et ce, dès le début du détachement. Elle sera, en outre, calculée en tenant compte de la succession de travailleurs sur un même poste. Autrement dit, le remplacement d'un travailleur détaché par un autre ne remettra pas le compteur à zéro. Ce faisant, la future directive s'alignerait sur la durée du détachement autorisée par les règlements de sécurité sociale ;

- elle encadre le détachement d'intérim : les conditions d'emploi et de salaire des intérimaires devraient être identiques à celles des intérimaires du pays d'accueil ;
- elle applique le principe « à travail égal, salaire égal ». L'employeur devrait payer au travailleur détaché la rémunération du pays d'accueil, et non plus se limiter au « taux de salaire minimal » auquel il faudra désormais ajouter les primes et indemnités d'application générale dans le pays d'accueil, qu'elles soient d'origine légale ou conventionnelle (ex.: primes d'ancienneté, double pécule de vacances, ...).

Certains Etats tels les Etats de l'Est sont réticents à l'examen de la proposition Thyssen et tentent d'en reporter l'examen jusqu'à l'évaluation complète des effets de la Directive. De surcroît, onze Etats ont invoqué le principe de subsidiarité ("carton jaune") au motif que la matière devrait être traitée au niveau des Etats et non de l'Europe.

L'examen de ladite proposition devrait prendre plusieurs années²⁶.

A suivre donc...

²⁶ « La grande illusion de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs – A l'ouest, rien de nouveau ? », C. VANDERLINDEN, *J.T.T.*, 31 octobre 2016, n° 1258, p. 387.