

BASISRAPPORT in het kader van het Project PODW
“Grensoverschrijdende Tewerkstelling in België”
i.o.v. de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid,
Arbeid en Sociaal Overleg

**Voorstellen voor een beter evenwicht
tussen
grensoverschrijdende tewerkstelling
en
sociale bescherming**

**Universiteit Gent
Vakgroep Sociaal Recht
Prof. dr. Yves Jorens
Onderzoeker: Filip Van Overmeiren**

Woord vooraf	4
Inleiding	4
TITEL I: Activiteiten van buitenlandse werknemers en zelfstandigen op Belgisch grondgebied	4
I.1 Tewerkstelling van buitenlandse werknemers: het stelsel van arbeidsvergunningen en arbeidkaarten	4
I.1.1 De reglementering inzake arbeidsvergunningen en arbeidkaarten.....	4
I.1.2 Arbeidskaartverplichting in het kader van het vrij verkeer van diensten	8
I.2 Activiteiten van buitenlandse zelfstandigen: het stelsel van de beroepskaart	10
I.3 Vrij personenverkeer voor EER-onderdanen.....	12
I.3.1 Recht op vrij verkeer voor burgers van de Unie	12
I.3.2 Vrij verkeer van werknemers.....	13
I.3.3 Recht op vestiging en vrij verkeer van diensten	14
I.4 De overgangsmaatregelen voor werknemers uit Centraal- en Oost-Europa.....	15
I.4.1 Het “voor-deur-achter-deurprobleem” sinds 1 mei 2004	19
I.4.2 De Polen kennen de achterdeur.....	21
TITEL II: Grensoverschrijdende tewerkstelling in cijfers	22
II.1 Arbeidskaarten.....	23
II.2 Detacheringen	23
II.3 Gevestigde zelfstandigen	23
II.4 Geen regionale noch sectorale data	24
TITEL III: Detachering van werknemers	25
III.1 Begripsomschrijving	25
III.2 Onderscheid tussen arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke detachering.....	28
TITEL IV: Detachering en sociale zekerheid	34
IV.1 Detachering in Verordening 1408/71	35
IV.1.1 De detachering als uitzondering op de regel	35
IV.1.2 Voorwaarden voor detachering	37
IV.1.3 Detacheringsfraude	44
IV.1.4 E101-formulieren	46
IV.1.4.1 Het E101-formulier: constitutieve voorwaarde of bewijselement?	46
IV.1.4.2 Interpretatieconflicten rond E101-formulieren	48
IV.1.4.3 De E101: juridische kracht tegenover reële zwakte.....	51
IV.1.4.4 De afgifte van E101-formulieren in Polen.....	53
IV.1.6 Detachering in de nieuwe Verordening 883/2004 en in het voorstel voor een nieuwe Implementatieverordening	55
IV.2 Artikel 30bis en gedetacheerde werknemers	58
IV.2.1 Artikel 30bis: Hoofdelijke aansprakelijkheid, inhoudingsplicht en werfmelding	58
IV.2.2 Art. 30bis in de praktijk	61
TITEL V: Detachering en arbeidsrecht	63
V.1 Detachering en het EVO-verdrag	64
V.1.1 Het recht van toepassing op verbintenissen uit arbeidsovereenkomsten	64
V.1.2 Relatie tussen het EVO-verdrag en de Detacheringsrichtlijn.....	68
V.1.3 Kort: de toekomst van EVO	71
V.2 Detachering in Richtlijn 96/71/EG	71
V.2.1 Toepassingsgebied en definitie	72
V.2.2 Parenthesis: Detacheringsmogelijkheden naar Pools arbeidsrecht	76
V.2.3 Arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden	79
V.2.3.1 Omzetting in de Belgische rechtsorde.....	81

V.2.3.2 Grensoverschrijdende vergelijking van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden	86
V.2.3.3 Minimumlonen: een voortdurend gevecht	89
V.2.3.3.1 Controle op de naleving van het minimumloon in de praktijk.....	89
V.2.3.3.2 Minimumloon: een theoretische benadering	91
V.2.3.4 Niet-naleving van loon- en arbeidsvoorwaarden: flexibiliteit.....	96
V.2.4 Tenuitvoerlegging	97
V.2.5 Heronderzoek door de Europese Commissie	97
V.3 Detachering en uitzendarbeid.....	98
V.3.1 Terbeschikkingstelling van werknemers in België	98
V.3.1.1 Verbod van terbeschikkingstelling.....	98
V.3.1.2 Sancties voor verboden terbeschikkingstelling	102
V.3.1.3 Internationale detachering en verboden terbeschikkingstelling	103
V.3.1.4 Internationale detachering en verboden terbeschikkingstelling in de praktijk	107
V.3.2 Detachering in het kader van uitzendarbeid	109
V.3.2.1 Uitzendarbeid	109
V.3.2.2 Erkenning van uitzendkantoren.....	111
V.3.2.2.1 Erkenning van in België gevestigde uitzendkantoren	111
V.3.2.2.2 Erkenning van buitenlandse uitzendkantoren.....	114
V.3.2.2.3 Nederlandse bemiddelaars.....	119
V.3.2.2.4 Poolse bemiddelaars	122
V.3.3 Gedetacheerde uitzendkrachten in de praktijk	130
TITEL VI: De bijzondere problematiek van de (schijn-)zelfstandigen	131
VI.1 Gedetacheerde zelfstandigen.....	133
VI.2 Vestiging in België.....	136
VI.3 Zelfstandigen in Polen: self-employment en de bijzondere “civil law contracts”	140
TITEL VII: Handhavingsmaatregelen ten aanzien van buitenlandse ondernemingen	147
VII.1 Handhaving in het licht van het Gemeenschapsrecht	147
VII.2 Nationale handhavingsmaatregelen en het vrij verkeer van diensten.....	151
VII.2.1 Het opstellen en bijhouden van sociale documenten en de mandataris.....	151
VII.2.1.1 Sociale documenten en de mandataris.....	151
VII.2.1.2 Sociale documenten van buitenlandse ondernemingen in de praktijk.....	156
VII.2.1.3 Vergelijkbare sociale documenten in de toekomst	157
VII.2.2 Aanmeldingsplicht: verplichte verklaring van detachering.....	158
VII.2.2.1 Melding van detachering naar België	159
VII.2.2.2 De LIMOSA-aanmeldingsplicht en het vrij verkeer van diensten.....	161
VII.2.2.3 De Nederlandse notificatieplicht	163
VII.2.3 Vorderingsrecht voor gedetacheerde werknemers.....	163
VII.2.4 Hoofdelijke aansprakelijkheid	164
TITEL VIII: Controle op buitenlandse ondernemingen.....	166
VIII.1 Controle door I.S.W.	166
VIII.1.1 Kernopdrachten en buitenlandse dossiers: samensmelting?.....	166
VIII.1.2 Specialiseren of niet specialiseren?	169
VIII.1.3 Het controle-instrumentarium	170
VIII.1.3.1 Klassiek instrumentarium versus nieuwe tools	170
VIII.1.3.2 Nieuwe tools in de praktijk	173
VIII.2 Samenwerking tussen de inspectiediensten.....	174
VIII.2.1 Samenwerking tussen I.S.W. en andere Belgische inspectiediensten.....	174
VIII.2.2 Samenwerking tussen I.S.W. en arbeidsinspecties in andere lidstaten	178

WOORD VOORAF

INLEIDING

Duiding van de problematiek

Opsomming van de opgenomen thema's

Vermelden dat keuzes moesten worden gemaakt en niet werd ingegaan op het verblijfsaspect en de fiscale wetgeving, doordat het om sociale bescherming gaat; waar relevant worden zij aangehaald

TITEL I: ACTIVITEITEN VAN BUITENLANDSE WERKNEMERS EN ZELFSTANDIGEN OP BELGISCH GRONDGEBIED

Dit rapport behandelt op de eerste plaats de tewerkstelling van werknemers op de Belgische arbeidsmarkt vanuit andere landen van de Europese Unie, met de nadruk op het oneigenlijk gebruik van het vrij verkeer door ondernemingen die een vestiging hebben in de Europese Unie. Bovendien zal de aandacht vooral gaan naar het tijdelijk tewerkstellen van buitenlandse arbeidskrachten in België, waar zij gewoonlijk in een andere lidstaat van de Europese Unie hun werkzaamheden verrichten. De problematiek van “detachering” in al zijn facetten zal inderdaad de hoofdbekommernis zijn in dit onderzoeksrapport. Om het kader van grensoverschrijdende tewerkstelling te schetsen is het echter nodig het bredere beeld te geven van het tewerkstellen van buitenlandse arbeidskrachten op Belgisch grondgebied. Het tewerkstellen van buitenlandse werknemers op de Belgische arbeidsmarkt is aan strenge voorwaarden onderworpen.

I.1 TEWERKSTELLING VAN BUITENLANDSE WERKNEMERS: HET STELSEL VAN ARBEIDSVERGUNNINGEN EN ARBEIDKAARTEN

I.1.1 De reglementering inzake arbeidsvergunningen en arbeidskaarten

Wanneer een buitenlandse werknemer wordt tewerkgesteld in België, moet het Belgisch **stelsel inzake arbeidsvergunningen en arbeidskaarten** worden nageleefd. Dit wordt ingesteld door de “Wet betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers” en het uitvoeringsbesluit¹. Voor de toepassing van deze wet zijn buitenlandse onderdanen en

¹ Wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, *BS* van 21-05-1999 en Koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, *BS* van 26 juni 1999.

werknemers “de onderdanen en werknemers die niet de Belgische nationaliteit bezitten”. Buitenlandse onderdanen die anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst arbeid verrichten onder het gezag van een ander persoon moeten voor de toepassing van de wet worden gelijkgesteld met buitenlandse werknemers. In principe moet dus iedereen die niet de Belgische nationaliteit bezit en wordt tewerkgesteld in België over een geldige arbeidskaart beschikken, die hij vóór zijn tewerkstelling heeft verkregen bij de bevoegde overheid. De buitenlandse werknemer mag zijn arbeid enkel verrichten binnen de perken van de afgeleverde arbeidskaart. De werkgevers die de betrokken werknemers tewerkstellen moeten in beginsel over een arbeidsvergunning beschikken. Zij mogen de diensten van deze werknemers enkel gebruiken binnen de perken van deze vergunning.

De **arbeidsvergunning**² is erop gericht een werkgever de toestemming te geven om een bepaalde werknemer gedurende een bepaalde periode op de Belgische arbeidsmarkt tewerk te stellen. De werkgever zal hiervoor een aanvraag moeten indienen bij de gewestelijke arbeidsbemiddelingsdienst van de plaats waar de kandidaat-werknemer zal worden tewerkgesteld. De vergunning wordt toegekend voor een periode van maximum twaalf maanden, maar zij kan in de regel verlengd worden. De arbeidsvergunning mag niet worden toegekend indien de buitenlandse werknemer België reeds zou zijn binnengekomen om er te werken, vooraleer zijn toekomstige werkgever de arbeidsvergunning heeft bekomen. Hierop bestaan echter reeds heel wat uitzonderingen. De werkgever moet echter niet over een arbeidsvergunning beschikken indien de vreemde werknemer vrijgesteld is van de verplichting tot het bekomen van een arbeidskaart. Maar ook wanneer deze werknemer beschikt over een arbeidskaart A of een arbeidskaart C is de werkgever vrijgesteld van de arbeidsvergunningsplicht. Buiten deze drie gevallen blijft de plicht echter altijd bestaan.

Een buitenlandse werknemer kan enkel arbeid in loondienst verrichten in België indien hij over een geldige **arbeidskaart** beschikt. Van deze arbeidskaarten bestaan drie verschillende types, die voornamelijk bepalen waar, bij wie en hoelang een niet-Belg mag werken in België. Het gaat om de arbeidskaarten A, B en C.

Wanneer de buitenlandse werknemers over een **arbeidskaart A** beschikt, mag hij gelijk welk beroep in loondienst uitoefenen bij om het even welke werkgever en voor een onbepaalde duur. Zij kan worden aangewend voor een tewerkstelling in om het even welk Gewest. Zij wordt toegekend aan diegene die gedurende een periode van tien jaar onmiddellijk voorafgaand aan de aanvraag, bewijst dat hij vier jaar arbeid met een arbeidskaart B en in de loop van een wettig en ononderbroken verblijf heeft verdiend. De termijn wordt verminderd tot drie jaar voor de onderdanen van de landen waarmee België door internationale overeenkomsten of akkoorden inzake de tewerkstelling van werknemers verbonden is. Beide termijnen kunnen met één jaar worden verminderd, indien de echtgenote en de kinderen van de werknemer samen met hem wettig in België verblijven. Belangrijk hierbij is het feit dat de jaren arbeid gedekt door arbeidskaarten die werden toegekend aan gedetacheerde werknemers niet in aanmerking komen voor de toekenning van de arbeidskaart A. De aanvraag moet gebeuren door de buitenlandse werknemer bij de gewestelijke diensten voor

² Naast de individuele arbeidsvergunning voorziet de Wet van 30 april 1999 ook in de mogelijkheid voor de werkgever om een gemeenschappelijke of een voorlopige arbeidsvergunning aan te vragen. Een gemeenschappelijke arbeidsvergunning is een arbeidsvergunning die aan een werkgever kan worden toegekend voor de tewerkstelling van meerdere buitenlandse werknemers tegelijk voor arbeidsprestaties van korte duur. Nadat de voorlopige arbeidsvergunningen grotendeels hun bestaansreden hebben verloren door de invoering van de arbeidskaart C, worden zij op heden wel nog gebruikt voor personen die een aanvraag tot regularisatie van hun verblijf hebben ingediend alsook voor Afghaanse onderdanen die vóór 1 januari 2003 een asielaanvraag hebben ingediend en die daarop een negatieve beslissing hebben ontvangen.

arbeidsbemiddeling bij het kantoor dat bevoegd is voor zijn verblijfplaats. Deze aanvraag moet vergezeld gaan van een inlichtingenblad met de identiteitsgegevens van de werknemer evenals gegevens over de geldigheidsduur en het type verblijfsdocument waarover hij beschikt. Tevens moet een kopie van de verblijfstitel aan het dossier worden toegevoegd. De gewestelijke arbeidsbemiddelingsdiensten gaan de volledigheid van het dossier na en stuurt het dan op naar de bevoegde migratiedienst, waar het ten gronde wordt onderzocht. Tegen een weigeringsbeslissing kan de aanvrager een beroep aantekenen waarbij een aantal ontvankelijkheidsvoorwaarden moeten worden gerespecteerd.

De **arbeidskaart B** is veel beperkter en geeft de werknemers de toestemming om gedurende een bepaalde periode (van ten hoogste één jaar) te werken voor een bepaalde werkgever op een welbepaalde plaats (en dus, in tegenstelling tot de andere types van arbeidskaarten, niet in elk Gewest van het land). Deze arbeidskaart is de enige die wordt verbonden aan de arbeidsvergunningsplicht voor de werkgever. Een buitenlandse werknemer die in België arbeid in loondienst wil verrichten, die niet van een vrijstelling geniet noch in het bezit is van een arbeidskaart A of C, moet voorafgaand over een arbeidskaart B beschikken. Een beperkt aantal bijzondere categorieën van buitenlandse werknemers komen, onder welbepaalde voorwaarden, in aanmerking voor de onmiddellijke toekenning van een arbeidsvergunning aan de werkgever. Het gaat meer bepaald om hooggeschoold personeel, leidinggevend personeel, stagiaires, gespecialiseerde technici, professionele sportbeoefenaars en au-pair jongeren. De toekenning aan de werkgever van een arbeidsvergunning heeft automatisch tot gevolg dat de arbeidskaart B aan de betrokken werknemer wordt toegekend. Eveneens een bijzondere categorie van werknemers voor de toepassing van deze reglementering zijn de werknemers uit de nieuwe EU-lidstaten die worden tewerkgesteld in knelpuntberoepen (cf. infra). Indien de werknemer niet tot deze bijzondere categorieën behoort, wordt de vergunning enkel toegekend aan de werkgever indien het onmogelijk is binnen redelijke termijn onder de werknemers op de arbeidsmarkt een werknemer te vinden die, al dan niet door een nog te volgen beroepsopleiding, geschikt is om de betrokken arbeidsplaats op een bevredigende wijze en binnen een billijke termijn in te nemen. De aanvraag moet hier gebeuren door de werkgever bij het kantoor van de gewestelijke arbeidsbemiddelingsdienst die bevoegd is voor de plaats van tewerkstelling van de werknemer. Naast het aanvraagformulier moet de werkgever ook een geneeskundig getuigschrift verstrekken waarin de arbeidsgeschiktheid van de betrokken werknemer wordt bevestigd. Indien de werknemer reeds in België verblijft, moet bovendien ook hetzelfde inlichtingenblad worden verstrekt als hetgeen vereist wordt bij de aanvraag voor een arbeidskaart A. Indien de aanvraag gebeurt voor werknemers waarvoor de arbeidsvergunning niet automatisch wordt afgeleverd, moet ook een door de werkgever en werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst worden afgeleverd die een aantal bij KB bepaalde vermeldingen en bepalingen moet bevatten. De rest van de procedure verloopt gelijkaardig als deze bij de arbeidskaart A. Voor de bijzondere categorie van werknemers uit de nieuwe EU-lidstaten die worden tewerkgesteld in knelpuntberoepen geldt een specifieke vereenvoudigde procedure (cf. infra). De arbeidsvergunning en de arbeidskaart B kunnen worden hernieuwd. Behoudens enkele uitzonderingen inzake de duur wordt de hernieuwing onder dezelfde voorwaarden toegekend als de voorwaarden waaronder de eerste aanvraag werd goedgekeurd met in beginsel dezelfde te volgen procedure.

De **arbeidskaart C** laat de buitenlandse werknemer toe om gelijk welk beroep uit te oefenen bij gelijk welke werkgever, maar dit slechts gedurende een bepaalde periode. De geldigheidsduur wordt op de arbeidskaart zelf vermeld en kan de 12 maanden niet overstijgen. De duur hangt meestal af van de hoedanigheid waarin de betrokken werknemer in België

verblijft. Ze kan eveneens worden aangewend voor tewerkstelling in gelijk welk Gewest van het land. Deze arbeidskaart wordt toegekend aan bepaalde categorieën van personen (kandidaat-vluchtelingen, studenten, slachtoffers mensenhandel, ...) die reeds – om andere dan tewerkstellingsredenen – in België verblijven. Zij moeten bewijzen dat ze over een geldig verblijfsdocument beschikken dat werd uitgereikt door een Belgische overheid. De aanvraag is hier ook de verantwoordelijkheid van de werknemer zelf en moet eveneens gebeuren bij de gewestelijke arbeidsbemiddelingsdienst. De aanvraag moet eveneens vergezeld van een inlichtingenblad en een kopie van de verblijfstitel. Ook vereist is een uittreksel uit het vreemdelingen- of wachtregister met opgave van de verblijfshistoriek van de betrokkene. De verdere procedure en de beroepsmogelijkheden verschillen niet wezenlijk van de hierboven vermelde procedures. Wanneer de houder van de kaart zijn recht op verblijf of zijn machtiging tot verblijf verliest, verliest ook de arbeidskaart onmiddellijk en van rechtswege alle geldigheid. De werknemer en de werkgever dienen de tewerkstelling dan ook onmiddellijk te beëindigen. De werkgever moet de verblijfstatus van zijn werknemer dus geregeld controleren, aangezien verdere tewerkstelling zware strafsancities voor hem kunnen meebrengen. De arbeidskaart C kan onder dezelfde voorwaarden als bij eerste aanvraag worden hernieuwd.

Heel wat categorieën buitenlandse werknemers zijn echter van de verplichting een arbeidskaart aan te vragen vrijgesteld. Deze **vrijstelling** geldt onder meer voor:

- de onderdaan van een Lidstaat van de Europese Economische Ruimte, en, mits zij zich met hem vestigen of komen vestigen :
 - a) zijn echtgenoot;
 - b) zijn bloedverwanten in de nederdalende lijn of die van zijn echtgenoot, beneden 21 jaar of die te hunnen laste zijn;
 - c) zijn bloedverwanten in de opgaande lijn of die van zijn echtgenoot, die te hunnen laste zijn, met uitzondering van de bloedverwanten in opgaande lijn van de studenten of die van hun echtgenoot;
 - d) de echtgenoot van de personen bedoeld in b) en c);
- de echtgenoot van een Belg en, mits zij zich vestigen of komen vestigen met één van hen :
 - a) de bloedverwanten in de nederdalende lijn, beneden 21 jaar of ten laste, van de Belg of zijn echtgenoot;
 - b) de bloedverwanten in de opgaande lijn, ten laste, van de Belg of zijn echtgenoot;
 - c) de echtgenoot van de personen bedoeld in a) en b);
- de buitenlandse onderdanen die in het bezit zijn van een vestigingsvergunning en de buitenlandse onderdanen die gemachtigd of toegelaten werden om onbeperkt te verblijven met toepassing van de wet van 15 december 1980 of van de wet van 22 december 1999 betreffende de regularisatie van het verblijf van bepaalde categorieën van vreemdelingen verblijvend op het grondgebied van het Rijk, behalve de personen bedoeld in artikel 9, eerste lid, 16° en 17°;
- het rijdend of varend personeel dat voor rekening van een in het buitenland gevestigde werkgever tewerkgesteld is aan werken van vervoer te land, ter zee of in de lucht, op voorwaarde dat hun verblijf in België geen drie opeenvolgende maanden overschrijdt;
- de werknemers, die geen onderdaan zijn van een Lidstaat van de Europese Economische Ruimte, die tewerkgesteld zijn door een in een Lidstaat van de Europese Economische Ruimte gevestigde onderneming die zich naar België begeeft voor het verrichten van diensten op voorwaarde dat :
 - a) deze werknemers, in de Lidstaat van de Europese Economische Ruimte waar zij verblijven, beschikken over een recht op verblijf of een verblijfsvergunning van meer dan

drie

maanden;

b) deze werknemers op wettige wijze in de Lidstaat waar zij verblijven tewerkgesteld zijn en deze vergunning ten minste geldig is voor de duur van het in België uit te voeren werk;

c) deze werknemers in het bezit zijn van een regelmatige arbeidsovereenkomst;

d) deze werknemers sedert ten minste zes maanden ononderbroken in dienst zijn bij de onderneming;

e) deze werknemers over een paspoort en een verblijfsvergunning beschikken geldig tot het einde van de dienstverlening vermeerderd met een periode van drie maanden, teneinde hun terugkeer naar hun land van oorsprong of verblijf te verzekeren.

- de werknemers in het bezit van een arbeidskaart A, B of C, voor de arbeid verricht op het grondgebied van een andere bevoegde overheid dan deze die de arbeidskaart heeft afgeleverd en wanneer het een werknemer betreft die in het bezit is van een arbeidskaart B om hetzelfde beroep uit te oefenen bij dezelfde werkgever als deze tot wie de tewerkstelling beperkt is.

In beginsel gelden de vrijstellingen van de verplichting tot het verkrijgen van een arbeidskaart slechts als de begunstigen ervan voldoen aan het vereiste inzake wettig verblijf, zijnde de verblijfssituatie van de vreemdeling die toegelaten of gemachtigd werd te verblijven in het Koninkrijk of die gemachtigd is er zich te vestigen krachtens de wet van 15 december 1980 of de wet van 22 december 1999 betreffende de regularisatie van het verblijf van bepaalde categorieën van vreemdelingen verblijvend op het grondgebied van het Rijk, met uitzondering van de verblijfssituatie van de vreemdeling die gemachtigd werd te verblijven in het Koninkrijk voor een periode van maximum drie maanden³.

I.1.2 Arbeidskaartverplichting in het kader van het vrij verkeer van diensten

Voor de vrijstelling voor onderdanen van EER-lidstaten (zie verder) en de voorwaardelijke vrijstelling voor derdelandsonderdanen die tewerkgesteld zijn door een in de EER gevestigde onderneming die zich naar België begeeft in het kader van het vrij verrichten van diensten zijn van groot belang voor de onderzochte problematiek en zullen verder aan een grondige analyse worden onderworpen. De voorwaardelijke vrijstelling voor derdelandsonderdanen die tewerkgesteld zijn door een in de EER gevestigde onderneming die zich naar België begeeft in het kader van het vrij verrichten van diensten is het antwoord op reeds relatief lang gevestigde rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de mogelijkheid van derdelandsonderdanen een **werkvergunningsplicht** op te leggen wanneer zij door in de EU gevestigde ondernemingen worden ingeschakeld in het kader van werkzaamheden die worden verricht onder het vrij dienstenverkeer. In de betrokken rechtspraak aangaande de vrijheid van dienstverrichting⁴ was het Hof van oordeel dat werknemers die in vaste dienst zijn bij een in een lidstaat gevestigde dienstverlener, in een andere lidstaat kunnen worden gedetacheerd zonder daar aan administratieve formaliteiten zoals een werkvergunning te worden

³ Wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, *BS* van 21-05-1999 en Koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, *BS* van 26 juni 1999.

Zie ook http://www2.vlaanderen.be/ned/sites/werk/mig_kort.htm; <http://meta.fgov.be/pc/pce/pcea/nlcea22.htm> en http://mineco.fgov.be/enterprises/vademecum/Vade19_nl.htm

⁴ H.v.J. 9 augustus 1994, nr. C-43/93 (Vander Elst), *Jur. H.v.J.* 1994, 3803; H.v.J. 21 oktober 2004, nr. C-445/03 (Comm. t. Luxemburg), *Jur. H.v.J.* 2004, nng en H.v.J. 19 januari 2006, nr. C-244/04 (Comm. t. Duitsland), *Jur. H.v.J.* 2006, nng.

onderworpen. Op grond van deze rechtspraak moet worden geconcludeerd dat het de ontvangende lidstaat niet is toegestaan aan gedetacheerde werknemers uit derde landen administratieve formaliteiten of aanvullende voorwaarden op te leggen wanneer zij rechtmatig voor een in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener werken, onverminderd het recht van de ontvangende lidstaat om te controleren of aan deze voorwaarden is voldaan in de lidstaat van vestiging van de betrokken dienstverlener. De in de Belgische wetgeving opgenomen voorwaarde dat deze werknemers sedert ten minste zes maanden ononderbroken in dienst zijn bij de in een andere lidstaat gevestigde onderneming staat evenzeer onder druk van het Gemeenschapsrecht wegens niet-conformiteit met het vrij verkeer van diensten. In het arrest Commissie t. Luxemburg⁵ besliste het Hof immers dat het afhankelijk stellen van de afgifte van een werkvergunning van het bestaan van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd die sinds ten minste zes maanden voor het begin van de terbeschikkingstelling op het grondgebied van de lidstaat van detachering van kracht zijn tussen de betrokken werknemers en hun onderneming van herkomst, verder gaat dan op grond van de doelstelling van sociale bescherming kan worden geëist als voorwaarde voor het verrichten van diensten door middel van terbeschikkingstelling van werknemers uit derde landen. Dergelijke eis bemoeilijkt namelijk sterk de terbeschikkingstelling van werknemers uit een derde land voor het verrichten van diensten in sectoren waarin wegens de bijzondere kenmerken van de betrokken activiteiten vaak overeenkomsten voor korte tijd of voor een bepaald werk worden gesloten en het beïnvloedt ook de situatie van pas opgerichte ondernemingen die diensten willen verrichten met werknemers uit derde landen. Deze vereiste moet dus als een ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer van diensten worden aangemerkt en door een wetswijziging worden geschrapt.

Hierbij moet worden opgemerkt dat, waar werknemers die geen onderdaan zijn van een lidstaat van de E.E.R., die tewerkgesteld zijn door een binnen de E.E.R. gevestigde onderneming die zich naar België begeeft voor het verrichten van diensten onder bepaalde voorwaarden kunnen worden vrijgesteld van de verplichting een arbeidskaart aan te vragen, deze vorm van grensoverschrijdende tewerkstelling zeer weinig wordt aangetroffen in de praktijk. Dit geldt voor alle regio's. Sporadisch worden bij vaststellingen wel eens derdelandsonderdanen aangetroffen die werden gedetacheerd uit een andere lidstaat, maar over het algemeen worden derdelandsonderdanen vaker betrokken bij andere vormen van grensoverschrijdende tewerkstelling. Waar zij dus minder aanwezig zijn in het kader van detachering van werknemers, spelen zij eerder een belangrijke rol bij clandestiene tewerkstelling en dus puur zwartwerk in België. Zo komen Brazilianen zelden voor in het kader van detacheringsconstructies, maar worden zij wel vaak bij Portugese onderaannemers aangetroffen, vaak met valse Portugese identiteitskaarten. In de meeste gevallen moet men niet nagaan of de betrokken Brazilianen wettig in Portugal verblijven en werken, omdat zij heel vaak clandestien in België werken. Meestal is het ten andere veel te moeilijk om in de praktijk na te gaan of de betrokken derdelandsonderdanen in een andere lidstaat wettig verblijven en werken. Zo werden vaststellingen gedaan bij een Belgische firma die beroep deed op een andere Belgische firma met een tot Belg genaturaliseerde Portugese zaakvoerder, bekend uit het koppelbaasmilieu. Deze laatste firma had een Nederlandse dochteronderneming waarvoor er uitsluitend Portugezen (zonder verblijfsvergunning in Nederland) werkten. Deze werden naar België gedetacheerd vanuit Nederland. In dezelfde groep trof men een in Portugal gevestigd uitzendkantoor aan (dat bovendien geen gewestelijke erkenning had als uitzendkantoor) dat eveneens werknemers aanleverde uit Portugal. Voor dit Portugese uitzendkantoor werkte een Moldaviër die in België

⁵ H.v.J. 21 oktober 2004, nr. C-445/03 (Comm. t. Luxemburg), *Jur. H.v.J.* 2004, nng.

tewerkgesteld werd, maar geen verblijfsvergunning had in België. Deze kreeg een bevel het Belgisch grondgebied verlaten. Deze derdelandsonderdaan was wellicht ook illegaal in Portugal, maar om dat na te gaan, zou een administratieve samenwerking moeten bestaan met Portugal. Het is dus in veel gevallen onmogelijk voor de inspectiediensten om na te gaan of niet-EER-onderdanen een werkvergunning hebben in het uitzendland.

I.2 ACTIVITEITEN VAN BUITENLANDSE ZELFSTANDIGEN: HET STELSEL VAN DE BEROEPSKAART

In de wet van 19 februari 1965⁶ betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen, die in 2001 werd uitgebreid tot elke zelfstandige beroepsactiviteit met inbegrip van onbezoldigde mandaten, wordt bepaald dat elke vreemdeling die op Belgisch grondgebied een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefent hetzij als fysiek persoon hetzij binnen een vereniging of een vennootschap naar rechte of in feite, in het bezit moet zijn van een **beroepskaart**. Voor de toepassing van deze wet wordt als een zelfstandige activiteit beschouwd, de activiteit die niet onder de toepassing valt van de regeling betreffende de tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit. Samen met het stelsel van arbeidskaarten en arbeidsvergunningen regelt deze wet dus de economische activiteit van vreemdelingen op het Belgisch grondgebied. De uitoefening van de zelfstandige activiteit veronderstelt de fysieke aanwezigheid van de vreemdeling, welke wordt verondersteld vanaf het ogenblik dat deze in België gevestigd is of er verblijft volgens een frequentie en duur die het hem mogelijk maken om er zijn beroepsactiviteit uit te oefenen. De beroepskaart is persoonlijk, onoverdraagbaar en bepaalt nauwkeurig de activiteit die door de titularis wordt uitgeoefend en desgevallend de voorwaarden waaraan deze uitoefening onderworpen is. De geldigheidsduur van de beroepskaart mag vijf jaar niet te boven gaan. Indien hij minder dan vijf jaar bedraagt, kan hij tot dit maximum verlengd worden. Bij het verstrijken van haar geldigheidsduur kan de beroepskaart hernieuwd worden. De vreemdeling die zijn beroepskaart wenst te hernieuwen dient bij zijn aanvraag een bewijs te voegen waaruit blijkt dat hij aan zijn sociale en fiscale verplichtingen heeft voldaan. De kaart mag slechts worden afgegeven aan de vreemdeling die vergunning verkregen heeft om in België te verblijven of er zich te vestigen. De intrekking van de verblijfs- of vestigingsvergunning maakt van rechtswege een einde aan de geldigheid van de beroepskaart. Indien de beroepskaart werd geweigerd, mag de buitenlandse zelfstandige voor dezelfde activiteit slechts na verloop van twee jaar een nieuwe aanvraag indienen, behalve wanneer deze werd verworpen wegens onontvankelijkheid of wanneer de betrokkene een nieuw feit kan doen gelden.

Belangrijk hierbij is dat de buitenlandse arbeidskracht die eigenlijk over een arbeidskaart moet beschikken en deze niet bezit of niet kan voorleggen bij een controle, zelf niet wordt strafbaar gesteld. Het is zijn werkgever die strafbaar wordt gesteld alsook burgerrechtelijk aansprakelijk zal zijn. Hij is daarenboven samen met zijn lasthebbers of aangestelden hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van een forfaitaire vergoeding voor de kosten van huisvesting, verblijf en gezondheidszorg van de betrokken buitenlandse werknemers en van de leden van hun gezin die onwettig in België verblijven. De rechtbank kan zelfs de gedeeltelijke of volledige sluiting van de onderneming bevelen.

⁶ Wet van 19 februari 1965 betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen, *BS* van 26 februari 1965.

In het uitvoeringsbesluit⁷ bij deze wet worden de **voorwaarden voor aanvraag, verlenging en vernieuwing uitgewerkt**. De aanvraag moet worden ingediend door bemiddeling van het gemeentebestuur waar de aanvrager verblijft wanneer hij een geldig getuigschrift van inschrijving in het vreemdelingenregister of een geldige vestigingsvergunning bezit en niet uit de gemeenteregisters is geschrapt. Indien de aanvrager nog niet in België verblijft moet hij zijn vraag indienen door bemiddeling van de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger in het land waar hij verblijft. De aanvrager moet bij zijn aanvraag een geneeskundig attest voegen, waarbij wordt bevestigd dat hij niet is aangetast door een besmettelijke of overdraagbare ziekte en dat zijn gezondheidstoestand hem toelaat de activiteit uit te oefenen, welke het voorwerp van de aanvraag uitmaakt. De diplomatieke of consulaire post of de gemeente die het aanvraagformulier ontvangt, maakt het dossier over aan de Dienst Economische Vergunningen die eerst nagaat of de aanvraag reglementair werd ingediend en vervolgens een onderzoek doet op basis van drie toekenningscriteria. Op de eerste plaats wordt het recht op verblijf onderzocht. Aangezien dit tot de bevoegdheid van de Dienst Vreemdelingenzaken behoort, wordt deze geraadpleegd, zeker indien de aanvrager niet gemachtigd is in België te verblijven. Ten tweede wordt bekeken of de aanvrager alle reglementaire verplichtingen heeft nageleefd en dus of de aanvrager, zijn vennootschap (of beide) beschikt over de vereiste toegangen tot de geplande activiteit en of zij voldoen aan de andere voorwaarden eigen aan het statuut. Tenslotte wordt het economisch nut van het project onder de loep genomen. Alle informatie nodig om dit criterium te onderzoeken wordt verzameld, meer in het bijzonder een gedetailleerde omschrijving van het project, de bekwaamheid en ervaring van de aanvrager, zijn financiële mogelijkheden, de marktstudie, een financiële analyse, contacten met handelspartners, ontwerp van contracten, de statuten van de vennootschap of het ontwerp ervan. Zo wordt het economisch nut van het project op zeer gedetailleerde wijze gecontroleerd vooraleer de beroepskaart wordt toegekend. Indien de aanvraag aan de drie beslissingscriteria voldoet, wordt de beroepskaart afgeleverd. Zoniet maakt de Dienst Economische Vergunningen de aanvraag voor advies over aan de Raad voor Economisch Onderzoek inzake Vreemdelingen. De Raad nodigt de aanvrager dan uit om zijn belangen te verdedigen tijdens een hoorzitting. Na deze hoorzitting deelt deze Raad zijn advies mee aan de aanvrager en aan de Dienst Economische Vergunningen die vervolgens definitief beslist over de aanvraag, na onderzoek van het advies van de Raad.

Net als onder het stelsel van arbeidsvergunningen en arbeidskaarten zijn een aantal buitenlandse zelfstandigen vrijgesteld van de verplichting in het bezit te zijn van een beroepskaart, onder meer:

- de onderdaan van een Lidstaat van de Europese Economische Ruimte en op voorwaarde dat ze zich vestigen of met hem vestigen:
 - zijn echtgenoot;
 - zijn afstammelingen of deze van zijn echtgenoot van minder dan 21 jaar oud of die hij ten laste heeft;
 - zijn voorouders of deze van zijn echtgenoot die ter zijner laste zijn, met uitzondering van de voorouders van een student of van deze van zijn echtgenoot;
 - de echtgenoten van de hierboven bedoelde personen;
- de echtgenoot van een Belg en op voorwaarde dat zij zich vestigen of met hem vestigen:
 - zijn afstammelingen van de Belg of van zijn echtgenoot, van minder dan 21 jaar oud of die ter zijner laste zijn;

⁷ Koninklijk besluit van 26 mei 1965 getroffen in uitvoering van de wet van 19 februari 1965, betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen en houdende aanduiding der ambtenaren, gelast te waken over de toepassing van de hierboven vermelde wet, *BS* van 17 juli 1965.

- de voorouders ten laste van de Belg of van diens echtgenoot;
- de echtgenoot van de hierboven bedoelde personen;
- vreemdelingen die gemachtigd of toegelaten zijn om voor onbeperkte tijd in België te verblijven of er zich te vestigen;
- vreemdelingen die in België op zakenreis zijn voor zover de duur ervan de drie maand opeenvolgen niet overschrijdt;
- Begunstigden van de Associatie-akkoorden afgesloten tussen de Europese Unie en sommige landen van Centraal- en Oost-Europa (Roemenië en Bulgarije), houders van een Peco-attest⁸.

I.3 VRIJ PERSONENVERKEER VOOR EER-ONDERDANEN

I.3.1 Recht op vrij verkeer voor burgers van de Unie

Onderdanen van de EER-lidstaten (de lidstaten van de EU samen met de EVA-lidstaten Noorwegen, IJsland en Liechtenstein) hebben een **recht op vrij verkeer** binnen de EER. Dit recht van vrij verkeer en verblijf van de burgers van de Unie en hun familieleden werd relatief recent nog in een nieuwe Europese richtlijn gegoten. Met Richtlijn 2004/38/EG⁹ werd een instrument aangenomen waarin de maatregelen werden verzameld die ervoor verspreid waren over verschillende wetteksten waardoor deze materie tot dusver werd geregeld. Ze heeft tot doel de voorwaarden voor de uitoefening van het recht op vrij verkeer en verblijf door burgers van de EU en hun familieleden, het duurzame verblijfsrecht en de beperkingen van deze rechten om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid vast te stellen.

De richtlijn regelt op de eerste plaats het recht van verkeer en verblijf voor maximum drie maanden. Hiervoor geldt dat iedere burger van de Europese Unie die in het bezit is van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort heeft het recht het grondgebied van een lidstaat te verlaten om zich naar een andere lidstaat te begeven. Hij kan niet worden verplicht een uit- of inreisvisum over te leggen. Familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, genieten hetzelfde recht als de burger die zij vergezellen. Zij kunnen ertoe worden verplicht in het bezit te zijn van een visum voor kort verblijf. Het recht op een verblijf van meer dan drie maanden blijft aan voorwaarden onderworpen. Zo geldt de verplichting als werknemer of als zelfstandige een economische activiteit uit te oefenen en over voldoende bestaansmiddelen te beschikken en een ziektekostenverzekering te hebben om te voorkomen dat de burgers tijdens hun verblijf ten laste komen van de bijstandsregeling van het gastland. De lidstaten mogen niet het bedrag van de bestaansmiddelen vaststellen dat zij als toereikend beschouwen, maar zij moeten rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de

⁸ Koninklijk besluit van 26 mei 1965 getroffen in uitvoering van de wet van 19 februari 1965, betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen en houdende aanduiding der ambtenaren, gelast te waken over de toepassing van de hierboven vermelde wet, *BS* van 17 juli 1965. Voor de vrijstellingen, zie Koninklijk Besluit van 3 februari 2003 tot vrijstelling van bepaalde categorieën van vreemdelingen van de verplichting houder te zijn van een beroepskaart voor de uitoefening van een zelfstandige beroepsactiviteit, *BS* van 4 maart 2003; Zie ook http://mineco.fgov.be/enterprises/vademecum/Vade19_nl.htm en http://mineco.fgov.be/SME/Reglementation/Beroepskaart_nl.htm

⁹ Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *P.B. L* 158/77 van 30 april 2004.

betrokkene. Bovendien kan de verplichting een beroepsopleiding te volgen in de hoedanigheid van student of een familielid te zijn van een burger van de Unie die onder een van voorgaande categorieën valt, van de migrerende EU-burger worden afgedwongen. De verblijfskaart voor burgers van de Unie wordt afgeschaft. De lidstaten kunnen de burger echter verzoeken zich bij de bevoegde instanties te laten inschrijven binnen een termijn die niet korter mag zijn dan drie maanden vanaf zijn aankomst. De familieleden van een burger van de Unie die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, moeten een “verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie” aanvragen, die een geldigheidsduur heeft van ten minste vijf jaar vanaf de datum van afgifte. Tenslotte wordt in deze verblijfsrichtlijn het duurzaam verblijfsrecht geregeld, waarbij geldt dat iedere burger van de Unie die gedurende een ononderbroken periode van vijf jaar legaal in een bepaalde Lidstaat heeft verbleven, een duurzaam verblijfsrecht verwerft, voor zover hij niet onderworpen is geweest aan een verwijderingsmaatregel. Dit recht mag aan geen enkele voorwaarde onderworpen worden. Hetzelfde geldt voor de familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten en vijf jaar bij de burger van de Unie in het gastland hebben ingewoond. Eenmaal het duurzame verblijfsrecht verkregen, kan het slechts verloren gaan door een afwezigheid van meer dan twee op elkaar volgende jaren uit het gastland. De duurzame verblijfskaart is geldig zonder beperking in de tijd en kan om de tien jaar worden verlengd. Ze wordt afgegeven binnen zes maanden na de indiening van de aanvraag. De burger kan het bewijs van zijn onafgebroken verblijf leveren door middel van ieder in het gastland gebruikelijk bewijsmiddel.

Een burger van de Unie of een lid van zijn familie kan om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid van het grondgebied worden verwijderd. Deze maatregel mag in geen geval gebaseerd worden op economische overwegingen, maar moet gegrond zijn op het persoonlijke gedrag van de persoon ten aanzien van wie hij wordt genomen. Het bestaan van strafrechtelijke veroordelingen mag niet automatisch aanleiding geven tot een verwijdering. Het gedrag moet een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de staat vormen. Het verstrijken van de geldigheidsduur van het document op grond waarvan de inreis in het gastland heeft plaatsgevonden, kan verwijdering van het grondgebied niet rechtvaardigen¹⁰.

I.3.2 Vrij verkeer van werknemers

Waar Richtlijn 2004/38 het recht op vrij verkeer en verblijf regelt voor de EU-burgers, is het voor het onderzoek echter van groter belang na te gaan over welke rechten EER-onderdanen beschikken om al dan niet tijdelijk in een andere Lidstaat een economische activiteit uit te oefenen als werknemer of als zelfstandige. Werknemers die onderdaan zijn van een EER-lidstaat kunnen hiervoor een beroep doen op de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van werknemers, meer bepaald de artt. 39-42 EG¹¹. Het begrip ‘werknemer’ werd voor de toepassing van deze bepalingen door het Hof van Justitie gedefinieerd, waarbij het Hof uitgaat van objectieve criteria die kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding. Het hoofdkenmerk van de arbeidsverhouding is volgens deze rechtspraak dat iemand “gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding

¹⁰ Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *P.B.* L 158/77 van 30 april 2004, Zie <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l33152.htm>.

¹¹ Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (geconsolideerde versie), *P.B.* C 325/1 van 24 december 2002.

ontvangt¹². Het discriminatieverbod van het vrij verkeer van werknemers wordt verder geconcretiseerd in Verordening 1612/68 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap. Samengevat houdt het recht op vrij verkeer van werknemers in dat iedere onderdaan van een lidstaat het recht heeft om op het grondgebied van een andere lidstaat arbeid in loondienst te aanvaarden en te verrichten, overeenkomstig de op de nationale werknemers van toepassing zijnde nationale regeling. Hij geniet dezelfde voorrang ten aanzien van de toegang tot de beschikbare arbeidsplaatsen als de onderdanen van deze staat en moet er dezelfde bijstand ontvangen als die welke de diensten voor arbeidsbemiddeling van die staat verlenen aan hun eigen werkzoekenden. Daarnaast heeft hij recht op gelijke behandeling met betrekking tot de op hem toegepaste arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden en komt hij in aanmerking voor alle maatregelen op het gebied van beroepsopleiding, omscholing en bijscholing. Hij moet dezelfde sociale en fiscale voordelen genieten als de nationale werknemers. Naast dit recht van EER-werknemers om niet direct of indirect gediscrimineerd te worden, werden hun rechten uitgebreid door de rechtspraak van het Hof van Justitie dat, in lijn met de andere fundamentele verdragsvrijheden, ook voor het vrij verkeer van werknemers vaststelde dat ook maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op eigen onderdanen en onderdanen van andere lidstaten verboden zijn indien zij personen minder gunstig behandelen wanneer zij hun recht van vrij verkeer in een andere lidstaat uitoefenen¹³.

I.3.3 Recht op vestiging en vrij verkeer van diensten

Zelfstandigen en vennootschappen kunnen op het gehele grondgebied van de EER gebruik maken van hun recht op vestiging en het recht op vrij dienstenverkeer krachtens artt. 43-55 EG. Beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat zijn in beginsel verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd. De vrijheid van vestiging omvat de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. Bij vestiging gaat het om economische activiteiten die door een persoon worden uitgeoefend onder eigen verantwoordelijkheid en los van enige gezagsverhouding met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden¹⁴. Naast het recht van een eerste vestiging op het grondgebied van een andere lidstaat omvat het vestigingsrecht voor natuurlijke personen ook het recht “om binnen de Gemeenschap meer dan één centrum van werkzaamheid in te richten en te behouden”¹⁵ waardoor dus een secundair vestigingsrecht wordt geïnstalleerd. Afgezien van “Europese vennootschappen”¹⁶ hebben vennootschappen echter niet het primaire recht hun zetel te verplaatsen. Vennootschappen die naar het recht van een lidstaat zijn opgericht hebben wel het secundair vestigingsrecht om agentschappen, filialen en dochterondernemingen op te richten in andere lidstaten¹⁷.

¹² H.v.J. 3 juli 1986, nr. C-66/85 (Lawrie Blum), *Jur. H.v.J.* 1986, 2121, r.o. 17.

¹³ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 196.

¹⁴ H.v.J. nr. C-268/99 (Jany e.a.), 20 november 2001, *Jur.* 2001, I-8615.

¹⁵ H.v.J. nr C-107/83 (Klopp), 12 juli 1984, *Jur.* 1984, 2971.

¹⁶ Verordening nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *P.B. L* 294/1 van 10 november 2001.

¹⁷ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 203-205.

Ook beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap zijn verboden ten aanzien van EER-onderdanen die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht. Als diensten in de zin van het EG-verdrag worden beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voorzover de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen er niet op van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden van industriële en commerciële aard, het ambacht en de vrije beroepen. Onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt.

Vestiging houdt in dat een EER-onderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economisch leven van een andere lidstaat dan zijn lidstaat van oorsprong, daar voordeel uit kan halen en op die manier de economische en sociale verwevenheid in de EER op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen¹⁸. Dienstverlening onderscheidt zich van het recht op vestiging door het tijdelijk en occasioneel karakter ervan. Dit moet niet enkel aan de hand van de duur van de dienst worden beoordeeld maar ook aan de hand van de frequentie, de periodiciteit of de continuïteit ervan. Dit staat niet in de weg dat de dienstverrichter een zekere infrastructuur voorziet in de lidstaat van bestemming, wanneer deze noodzakelijk is om de dienst in die lidstaat te kunnen verrichten¹⁹. Naast het verbod van discriminatie op basis van nationaliteit, woonplaats of plaats van vestiging zoals dit in het Verdrag werd opgenomen, werd de Cassis de Dijon²⁰ rechtspraak met betrekking tot het vrij verkeer van goederen getransponeerd op het recht van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Dit houdt in dat ook maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn een belemmering kunnen vormen voor de vrije vestiging²¹ of het vrij verkeer van diensten²² en dus strijdig zijn met het EG-Verdrag. Deze kunnen wel gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang, indien zij geschikt zijn om dat belang te beschermen en niet verder gaan dan voor de bescherming van dit belang noodzakelijk is²³. Voor discriminerende bepalingen kunnen in beginsel enkel de expliciet door het verdrag voorziene uitzonderingen worden ingeroepen.

I.4 DE OVERGANGSMAATREGELEN VOOR WERKNEMERS UIT CENTRAAL- EN OOST-EUROPA.

Hierboven werd aangegeven dat onderdanen uit EER-landen ingevolge de fundamentele vrijheden van de interne markt een speciale status genieten met betrekking tot hun economische activiteiten op het Belgisch grondgebied. Werknemers uit EER-lidstaten zijn vrijgesteld van de verplichting een arbeidskaart aan te vragen. EER-zelfstandigen worden niet onderworpen aan de verplichting in het bezit te zijn van een beroepskaart om hun

¹⁸ H.v.J. nr C-55/94 (Gebhard), 30 november 1995, *Jur.* 1995, 4165.

¹⁹ H.v.J. nr C-55/94 (Gebhard), 30 november 1995, *Jur.* 1995, 4165.

²⁰ H.v.J. nr C-120/78 (Rewe-Zentral-AG), 20 februari 1979, *Jur.* 1979, 649.

²¹ H.v.J. nr C-3/88 (Commissie t. Italië), 5 december 1989, *Jur.* 1989, 4035 en H.v.J. nr C-70/95 (Sodemare), 17 juni 1997, *Jur.* 1997, 3395.

²² H.v.J. nr C-288/89 (Gouda), 25 juli 1991, *Jur.* 1991, 4007 en H.v.J. nr C-76/90 (Säger), 25 juli 1991, *Jur.* 1991, 4221.

²³ H.v.J. nr C-19/92 (Kraus), 31 maart 1993, *Jur.* 1993, 1663, r.o. 32; H.v.J. nr C-55/94 (Gebhard), 30 november 1995, *Jur.* 1995, 4165, r.o. 37 en H.v.J. nr C-493/99 (Commissie t. Duitsland), 25 oktober 2001, *Jur.* 2001, 8163, r.o. 20.

zelfstandige activiteit in het land uit te oefenen. Sedert de laatste toetredingsgolf van 1 mei 2004 behoren ook de onderdanen uit Cyprus, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Malta, Polen, Republiek Tsjechië, Slovenië, Slowakije tot de burgers van de Unie en dus ook tot de categorie van EER-onderdanen. Het *acquis communautaire* werd met ingang van 1 mei 2004 in beginsel volledig van toepassing op alle nieuw toegetreden lidstaten. Dit betekent uiteraard dat ook de fundamentele vrijheden van het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal op die datum van toepassing werden op goederen, personen, diensten en kapitaal uit alle nieuwe lidstaten. In de toetredingsverdragen werd echter in de mogelijkheid voorzien voor de bestaande 15 lidstaten om gedurende een overgangperiode het vrij verkeer van werknemers te beperken of te verbieden voor onderdanen uit de nieuwe lidstaten, behalve voor onderdanen van Malta en Cyprus. De overgangsmaatregelen lopen over een periode van maximaal 7 jaar, dus uiterlijk tot 1 mei 2011. Na de overgangperiode van 1 mei 2004 tot 30 april 2006 dienden de lidstaten voor een eerste keer aan de Europese Commissie mee te delen of en onder welke voorwaarden zij de toegang tot hun arbeidsmarkt verder wensten te beperken. De tweede overgangperiode loopt op het ogenblik van schrijven en zal aflopen op 30 april 2009. De lidstaten die hun arbeidsmarkt na die laatste datum willen afschermen, zullen daarvoor de toestemming moeten krijgen van de Europese Commissie die zal beslissen op basis van een rapport van de lidstaat waarin moet worden aangetoond dat er gegronde redenen zijn om te veronderstellen dat er zich bij volledige openstelling ernstige verstoringen op de arbeidsmarkt zouden voordoen.

Afgezien van het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Zweden, maakten alle lidstaten gebruik van de mogelijkheid om **overgangsmaatregelen** in te voeren, België inclusief. Vanaf 1 mei 2004 tot 31 april bleef de verplichting tot het aanvragen van een arbeidskaart voor onderdanen van de acht nieuwe lidstaten bestaan krachtens het KB van 12 april 2004²⁴ tot wijziging van het KB van 9 juni 1999. Hierdoor werden de onderdanen van de Centraal- en Oost-Europese lidstaten uitgesloten van de vrijstelling voor EER-onderdanen van de verplichting om een arbeidskaart aan te vragen. Volgende personen konden echter wel van een vrijstelling genieten:

- personen op wie een andere overeenkomst of een ander verdrag van toepassing is met gunstiger bepalingen met betrekking tot hun tewerkstelling;
- de personen die kunnen genieten van één van de andere vrijstellingen;
- de personen die reeds vóór 1 mei 2004 in het bezit zijn van een vestigingsvergunning of vóór die datum gemachtigd of toegelaten werden tot onbeperkt verblijf;
- de personen die vanaf 1 mei 2004 een vestigingsvergunning bekomen op een andere grond dan het feit dat zij onderdaan zijn van een Lidstaat van de Europese Gemeenschappen of de personen die vanaf 1 mei 2004 gemachtigd of toegelaten worden tot onbeperkt verblijf;
- de personen tewerkgesteld door een in een Lidstaat van de EER gevestigde onderneming die zich naar België begeeft voor het verrichten van diensten, op voorwaarde dat zij op wettige wijze tewerkgesteld zijn in de Lidstaat waar zij verblijven en hun arbeidsvergunning ten minste geldig is voor de duur van het in België uit te voeren werk.

²⁴ Koninklijk besluit van 12 april 2004 tot wijziging, naar aanleiding van de toetreding van de nieuwe lidstaten tot de Europese Unie, van het Koninklijk Besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, *BS* van 21 april 2004.

Op de ministerraad van 24 februari 2006 viel bovendien de beslissing om de overgangsmaatregelen nog te handhaven tot uiterlijk 1 mei 2009. Zij wordt geregeld in het KB van 24 april 2006²⁵. De verlenging van de overgangsperiode werd voornamelijk verantwoord door het massale misbruik dat werd vastgesteld met betrekking tot de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, vooral via het oneigenlijk gebruik van het vrij verkeer van diensten²⁶. Intussen zal worden gewerkt aan een reeks maatregelen die de Belgische arbeidsmarkt beter moeten voorbereiden op de openstelling. De overgangsmaatregelen zullen buiten werking treden op een datum bepaald bij een in ministerraad overlegd besluit zodra is vastgesteld dat is voldaan aan de daartoe vereiste “begeleidende maatregelen”, met name :

1° de voorafgaandelijke registratie van alle grensoverschrijdende tewerkstelling;

2° de hoofdelijke aansprakelijkheid van de hoofdaannemers of opdrachtgevers voor de naleving van de loons- en arbeidsvoorwaarden van ter beschikking gestelde buitenlandse werknemers;

3° een samenwerkingsprotocol tussen de verschillende inspectiediensten met het oog op de bestrijding van misbruiken bij de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten;

4° een vorderingsrecht voor de werknemersorganisaties en voor buitenlandse werknemers bij de Belgische rechtbanken teneinde de rechten van de buitenlandse werknemers die in België worden of werden tewerkgesteld, te waarborgen.

De voorstellen voor registratie van grensoverschrijdende tewerkstelling (LIMOSA), de solidaire aansprakelijkheid, het vorderingsrecht voor gedetacheerden en het samenwerkingsprotocol worden verder toegelicht in het onderdeel betreffende controle, handhaving en samenwerking (zie verder). Zolang deze maatregelen nog niet van kracht zijn, zal de overgangsregeling voor België gehandhaafd worden. Deze principiële beslissing tot behoud van de overgangsmaatregelen stond echter haaks op het nijpend tekort aan arbeidskrachten in sommige sectoren op de Belgische arbeidsmarkt. Daarom werd voor werknemers van de acht nieuwe lidstaten voorzien in een versoepeling van de regeling voor de toekenning van arbeidsvergunning en arbeidskaarten voor tewerkstelling in **“knelpuntberoepen”**. Voor de toekenning van de arbeidsvergunning wordt geen rekening gehouden met de toestand van de arbeidsmarkt wanneer het gaat om onderdanen van de 8 nieuwe lidstaten en voor zover dat deze arbeidsvergunning betrekking heeft op beroepen waarvoor het Gewest erkend heeft dat er zich een tekort aan arbeidskrachten voordoet. Deze arbeidsvergunning wordt binnen de vijf werkdagen van de bevoegde gewestelijke

²⁵ Koninklijk besluit van 24 april 2006 tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, naar aanleiding van de verlenging van de overgangsbepalingen die werden ingevoerd bij de toetreding van nieuwe lidstaten tot de Europese Unie, *BS* van 28 april 2006.

²⁶ Hoewel deze beslissing op zich kan gerechtvaardigd worden om de Belgische arbeidsmarkt grondig voor te bereiden op dergelijke belangrijke beslissing tot het openstellen van de arbeidsmarkt voor 8 nieuwe lidstaten, kan men zich op de eerste plaats afvragen waarom deze maatregelen “tot voorbereiding van de arbeidsmarkt en tot versterking van de controle” pas werden genomen met de tweede overgangsperiode in het verschiet en men de arbeidsmarkt niet heeft voorbereid tegen het einde van de eerste overgangsperiode. Daarnaast deed de argumentatie van verschillende beleidsmensen en opiniemaker, die grotendeels gebaseerd werd op misbruiken in het kader van het vrij verkeer van diensten om het vrij verkeer van werknemers uit te stellen, hier en daar een wenkbrouw fronsen onder mensen met een notie van Europees recht.

administratie afgeleverd, wanneer aan de voorwaarden voor de toekenning ervan is voldaan. De werkgever overhandigt de werknemer een kopie van deze arbeidsvergunning in afwachting van de aflevering van de arbeidskaart B. Deze kopie geldt voor de werknemer als voorlopige arbeidskaart B. De bevoegde overheden houden de toegekende arbeidskaarten op elektronische wijze bij. De elektronische bestanden met betrekking tot de toegekende arbeidskaarten die maandelijks door de bevoegde overheden worden bezorgd aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (verder: R.S.Z.), worden door deze laatste geconfronteerd met de Dimona-databank en de vastgestelde anomalieën worden voor verder onderzoek overgemaakt aan de inspectiediensten Toezicht Sociale Wetten en de Sociale inspectie. Elk Gewest werd hierbij uitgenodigd een lijst op te stellen van beroepen die voor dit soepeler regime in aanmerking komen. Zoals hierboven reeds vermeld, werd voor de aanvraag in een specifieke procedure voorzien in het KB van 23 mei 2006²⁷. De Belgische bouwsector zal in het najaar van 2006 naar eigen zeggen enkele duizenden buitenlandse bouwvakkers in dienst nemen. Hoewel bij de VDAB 16.000 werkzoekenden voor de bouw staan ingeschreven, zijn deze kandidaten volgens de vertegenwoordigers van de werkgevers in de bouw vaak niet voldoende gemotiveerd of opgeleid en is tewerkstelling in de bouwsector voor hen slechts tweede of derde keuze. Vandaar dat de florerende bouwsector nood heeft aan voornamelijk Poolse bouwvakkers. Vanaf september zal de VDAB echter op deze ontwikkelingen inspelen en extra begeleiding en opleiding voor de ingeschreven werkzoekenden voorzien teneinde hun instroom in de bouwsector te verhogen²⁸. De Vlaamse Minister van Werk besliste bovendien dat het niet de bedoeling is dat mensen die onder één of ander statuut in het kader van het vrij verkeer van diensten in België zijn, uit te sluiten van de mogelijkheid van een tewerkstelling op reguliere basis. Het is dus mogelijk om voor iemand die hier als (schijn)zelfstandige of oneigenlijk gedetacheerde werknemer werkzaam is, een aanvraag tot tewerkstelling in te dienen onder de versnelde procedure voor de aflevering van arbeidskaarten. Het is uiteraard niet de bedoeling zijn om massief illegaliteit te legitimeren, maar men wil niet uitsluiten dat mensen in een legitiem statuut kunnen geraken. Zij moeten uiteraard legaal in het land verblijven. Een werknemer uit de nieuwe lidstaten die in België verblijft en tot nu werd tewerkgesteld als illegale arbeider, schijnzelfstandige of nepdienstverlener kan volgens de Minister regulier worden tewerkgesteld in één van de 112 knelpuntberoepen, indien hij vooraf zijn verblijf in orde brengt. Concreet betekent dit dat de aanvrager op het ogenblik van zijn aanvraag moet beschikken over een verblijfsdocument, afgeleverd door de gemeente waar hij verblijft²⁹. Uit de cijfers blijkt dat tot nu enkel de tuinbouwsector manifest gebruik heeft gemaakt voor de versoepelde regeling inzake arbeidskaarten. Eén reden daarvoor is natuurlijk dat het fruit rijp is en geoogst moet worden, maar een andere is dat de 65-dagenregeling³⁰ in de tuinbouwsector een sociaal en fiscaal zeer goedkoop systeem instelt, waardoor het vrij verkeer van diensten nooit een comparatief voordeel kan opleveren, tenzij er misbruik is. In de bouwsector werd nog maar weinig beroep gedaan op de nieuwe regeling. Men had nochtans kunnen verwachten dat, gelet op de verklaringen die in de pers werden gedaan, de aanvragen reeds na het bouwverlof in grote

²⁷ Koninklijk Besluit van 23 mei 2006 betreffende de modaliteiten van indiening van de aanvragen en aflevering van de arbeidsvergunningen en arbeidskaarten bepaald in artikel 38quater, § 3, van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemer, *BS* van 31 mei 2006.

²⁸ VRTNIEUWS.NET, "Buitenlandse bouwvakkers op de werven", zaterdag 5 augustus 2006, http://www.vrtnieuws.net/nieuwsnet_master/versie2/nieuws/details/060805Bouwpolen/index.shtml

²⁹ Brief van Vlaams minister van Werk, Onderwijs en Vorming Frank Vandenbroucke aan de heer Jan Laureys, Vlaams volksvertegenwoordiger betreffende de overgangsregeling voor werknemers uit de acht nieuwe lidstaten vanaf 1 mei 2006.

³⁰

getale zouden binnenkomen, maar dit blijkt niet het geval te zijn³¹. De aanvraag van arbeidskaarten in de bouwsector, maar ook voor andere probleemsectoren, moet uiteraard in het oog gehouden worden om een inschatting te maken van de overschakeling van het beroep op tewerkstelling in het kader van het vrij verkeer van diensten naar rechtstreekse aanwerving van werknemers uit Centraal- en Oost-Europa.

I.4.1 Het “voor deur-achter deur probleem” sinds 1 mei 2004

In dit kader wordt heel terecht over het “**voor deur-achter deur probleem**” gesproken, waarbij het vrij verkeer van werknemers als de voor deur tot de Belgische arbeidsmarkt werd beschouwd en het vrij verkeer van diensten als de achter deur. Het spreekt immers voor zich dat wanneer de voor deur gesloten blijft, personen die koste wat het kost binnen willen geraken, de achter deur zullen opzoeken. Dit is helemaal juist gebleken. Gedurende de overgangperiode van 1 mei 2004 werd massaal gebruik en misbruik gemaakt van het vrij verkeer van diensten waarvoor, afgezien van Duitsland en Oostenrijk, geen enkele lidstaat in overgangsmaatregelen had voorzien. Onder het vrij verkeer van diensten moet dan vooral worden begrepen het detacheren van werknemers in het kader van het vrij verrichten van diensten alsook de activiteiten van (schijn)zelfstandigen uit de nieuwe lidstaten op de Belgische arbeidsmarkt. Voor de eerste groep buitenlandse werknemers geldt immers de vrijstelling van de verplichting tot het aanvragen van een arbeidskaart voor de personen die worden tewerkgesteld door een in een Lidstaat van de EER gevestigde onderneming die zich naar België begeeft voor het verrichten van diensten, op voorwaarde dat zij op wettige wijze tewerkgesteld zijn in de Lidstaat waar zij verblijven en hun arbeidsvergunning ten minste geldig is voor de duur van het in België uit te voeren werk. De tweede groep economisch actieven kunnen als zelfstandige en onderdaan van een EER-lidstaat uiteraard gebruik maken van hun fundamentele verdragsrechten op vestiging en vrije dienstverlening in andere lidstaten. De preciaire situatie die hierdoor ontstaan is door de misbruiken onder deze vormen van grensoverschrijdende tewerkstelling werd de rechtstreekse aanleiding om opdracht te geven voor dit onderzoeksrapport.

Een meerderheid van de ondervraagden is, gebaseerd op wat zij in de dagelijkse praktijk vaststellen sinds 1 mei 2004, van mening dat de overgangsmaatregelen die werden ingesteld in het kader van het vrij verkeer van werknemers uit de nieuwe lidstaten een rem is geweest voor Belgische werkgevers om tot rechtstreekse aanwerving van werknemers uit deze lidstaten over te gaan. In bepaalde sectoren werd een bereidwilligheid van werkgevers vastgesteld om het tekort aan Belgische arbeidskrachten op te vangen door het in dienst nemen van onderdanen uit de nieuwe lidstaten. Ook de Belgische staat had door dergelijke aanwerving een voordeel kunnen doen door de bijkomende inkomsten uit de sociale en fiscale bijdragen voor deze tewerkstelling, waar deze nu in de meeste gevallen in het oorsprongsland blijven. Bovendien waren een aanzienlijk aantal van de nu onder het vrij verkeer van diensten tewerkgestelde werknemers reeds op het Belgische grondgebied aanwezig, waardoor een rechtstreekse aanwerving constructies vanuit andere lidstaten had kunnen vermijden. De procedure voor de aanvraag van arbeidsvergunning en arbeidskaarten werd als teveel administratieve rompslomp beschouwd in vergelijking met de brede waaier aan mogelijkheden die zich aanbood onder het vrij verkeer van diensten, bijvoorbeeld door een beroep te doen op onderaanneming of door allerlei samenwerkingsverbanden met buitenlandse zelfstandigen. Men is er evenwel eveneens van overtuigd dat het openstellen

³¹ VRTNIEUWS.NET, “Bijna duizend jobs per maand voor Polen”, donderdag 10 augustus 2006, http://www.vrtnieuws.net/nieuwsnet_master/versie2/nieuws/details/060810EUwerknemers/index.shtml

van de arbeidsmarkt vanaf 1 mei 2004 voor het vrij verkeer van werknemers de groei van de intracommunautaire vrije dienstverlening niet had kunnen tegenhouden. Het is onmogelijk om uitspraken te doen over welke invloed het openstellen van het vrij verkeer van werknemers had gehad op het terugdringen van het vrij verkeer van diensten. Men stelt immers al jaren vast dat ook vele onderdanen van de oude lidstaten onder het vrij verkeer van diensten in België werkzaam zijn, terwijl voor hen het vrij verkeer van werknemers al lang openstaat.

Het mag echter duidelijk zijn dat België niet heeft kunnen anticiperen op de groei van het fenomeen van de deloyale concurrentie onder het vrij verkeer van diensten. De begeleidende maatregelen die op heden als preconditionie voor het openstellen van onze arbeidsmarkt worden genomen, zoals de registratie van grensoverschrijdende tewerkstelling, de hoofdelijke aansprakelijkheidsregeling, etc ..., hadden in het licht van de uitbreiding met de nieuwe lidstaten moeten worden ingesteld en niet als reactie eens de uitbreiding een feit was. De registratie van grensoverschrijdende tewerkstelling werd tijdens de bevraging meermaals als een noodzakelijke voorwaarde omschreven om het fenomeen op zijn minst in kaart te kunnen brengen. Deze had reeds moeten bestaan op het ogenblik van de toetreding. De maatregelen die nu worden genomen, kunnen op bepaalde vlakken slechts als een inhaalmanoeuvre worden beschouwd ten aanzien van een fenomeen dat al in danig vele verschijningsvormen op het grondgebied aanwezig is dat de eerlijkheid gebiedt te zeggen dat we in ons land te laat hebben geageerd. Door sommigen wordt zelfs niet naar 1 mei 2004 verwezen als cruciale datum, maar naar de eerste helft van de jaren 1990 en met name door het afsluiten van de Associatieakkoorden, ook wel de PECO-akkoorden genoemd, waardoor reeds een “vrij verkeer van zelfstandigen” bestaat met de betrokken landen sinds de eerste helft van de jaren 1990 (1991-1996)³². Een zelfstandige uit de PECO-landen had daarvoor een PECO-attest nodig, wat inhield dat men pro forma aan het Ministerie van Middenstand een attest moest vragen als onderdaan van een PECO-land. Door deze praktijk kan men op eenvoudig verzoek een PECO-attest verkrijgen, onafhankelijk van de vraag of men zich hier als zelfstandige kon vestigen, bijvoorbeeld in het kader van de regels inzake gereguleerde beroepen. Dit is een beginpunt geweest voor de grensoverschrijdende tewerkstelling vanuit de nieuw toegetreden lidstaten en reeds daar was een gestructureerde en omvattende aanpak van het fenomeen noodzakelijk, maar deze is er niet gekomen. Men heeft de indruk dat de preventieve aanpak van en de oplossingen voor problemen met grensoverschrijdende tewerkstelling sindsdien telkens naar latere datum werden uitgesteld, waardoor bepaalde vormen van grensoverschrijdende tewerkstelling in zekere mate zijn geïnstitutionaliseerd. Deze vaststellingen zouden in rekening moeten worden genomen bij de voorbereiding op de uitbreiding met de kandidaat-lidstaten Bulgarije en Roemenië in de nabije toekomst en met Turkije in een latere fase.

In de praktijk is men het er op basis van de vaststellingen in verschillende regio's over eens dat het vrij verkeer van diensten gretig wordt aangegrepen om tal van constructies op te zetten die variëren van eerder onschuldige vormen van sociale engineering over semi-legale constructies tot harde fraude en illegaliteit die vaak aanleunt bij mensenhandel. Men heeft **sinds 1 mei 2004** vooral het aantal gedetacheerde Oost-Europese, en voornamelijk Poolse werknemers, drastisch zien toenemen. Ook het aantal Poolse zelfstandigen die zich in België komen vestigen is fel toegenomen (zie verder). Tenslotte kan men een trend ontwaren in de oprichting van Poolse firma's door Belgen om op Belgische grondgebied actief te zijn. Hoewel dit gegeven mettertijd bijna als een te mijden cliché werd benaderd, kan men dus

³² LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 812.

vaststellen dat het enkel Polen is die als nieuwe lidstaat echt zwaar weegt op het aantal buitenlandse arbeidskrachten dat in België aanwezig is. Uit de vaststellingen bij de R.S.Z. zijn onze buurlanden en Polen zonder meer de koplopers in het aantal detacheringen naar België (zie verder). Ook het fenomeen van de onderaanneming met betrokkenheid van buitenlandse ondernemingen, gepaard gaand met allerlei vormen van niet-naleving van de Belgische wetgeving, blijkt volgens de vaststellingen in alle regio's fel te zijn toegenomen. Er wordt dus vaker een beroep gedaan op bedrijven uit het buitenland, terwijl vroeger eerder rechtstreeks beroep gedaan op al dan niet legaal tewerkgestelde buitenlandse werknemers. Hierdoor krijgen de vaak even grote misbruiken een legaal kleedje. Bovendien werd opgemerkt dat bij vele werkgevers een vooraf bestaande schroom om zich met dergelijke vormen van grensoverschrijdende tewerkstelling in te laten, is weggevallen doordat het fenomeen alsmaar meer ingeburgerd geraakt in zowat alle sectoren. In West-Vlaanderen kwam men tot de vaststelling dat Belgische ondernemingen vooral na het zomerverlof van 2005 zich pas echt op het pad van het vrij verkeer van diensten door buitenlandse ondernemingen zijn gaan begeven. In Limburg blijkt uit de praktijk dat het vooral om Oost-Europese firma's gaat en dat de betrokkenheid van Nederlandse tussenpersonen vaak één of andere vorm van fraude meebrengt, terwijl men in Antwerpen tot volledig andere conclusies komt. Bij controles in Antwerpen in de metaalsector na 1 mei 2004 bleek dat het nog steeds voornamelijk Nederlandse, Franse, Duitse en Portugese firma's waren die bij vormen van deloyale concurrentie waren betrokken, terwijl Oost-Europese firma's daar zelden worden aangetroffen. Het blijft in deze natuurlijk onmogelijk om na te gaan of deze verschillende vaststellingen te wijten zijn aan verschillende controlepraktijken of aan regionale, sectorale of andere bijzonderheden. In Brussel stelt men vooral vast dat veel Polen die daar reeds aanwezig waren, sinds 1 mei 2004 verschillende manieren gevonden hebben om zich legaal voor te doen.

I.4.2 De Polen kennen de achterdeur

Uiteraard hebben Poolse ondernemingen en Poolse werknemers ten volle gebruik gemaakt van de mogelijkheden die hen werden geboden in het kader van het recht op vestiging en het vrij verkeer van diensten. In het kader van grensoverschrijdende tewerkstelling naar andere E.E.R.-lidstaten, zijn zij de detachering van werknemers mettertijd eerder als de regel dan als de uitzondering gaan beschouwen en overwegen zelden de mogelijkheid om hun werknemers in de lidstaat van tewerkstelling te verzekeren. Detachering van werknemers is voor Poolse werkgevers dus de uitgelezen manier om de administratieve rompslomp te vermijden die gepaard gaat met de sociale verzekering van werknemers in het hen onbekend sociale zekerheidsstelsel van een andere lidstaat, om hogere sociale bijdragen in sommige andere lidstaten te ontlopen. Dit gebeurt vooral vanuit een kosten-baten-analyse door de werkgever en zelden ter bescherming van de belangen van de betrokken werknemers.

Polish employers' interest in the matters of posting³³

From the information provided by Ministry of Labour and Social Policy one can deduce that Polish employers are very interested in taking the advantage of the possibility that the provisions of the regulation 1408/71 provide in the area of posting workers abroad. Also the Association of Polish Employers confirms that it receives a whole lot of questions from polish employers concerning the legal possibilities of supplying services in the territory of the

³³ The chapter prepared on the basis of information provided by the Department of Migration in the Ministry of Labour and Social Policy.

member states of European Union and- in this respect- the posting of workers. The content of the correspondence related to these matters implies that employers urgently need information about the norms in this area being currently in force in Community law. Many questions do not only relate to rules of posting workers to EU member states but to EEA member states in general. The Association of Polish Employers frequently received the request for explanations why posting workers to Norway, for instance, demands from employer that he is acting according to the directive on posting workers³⁴.

In the opinion of the Ministry the majority of employers does not treat the possibility of posting as an exception from the basic rule stating that the worker is subject to the legislation of a state of workplace. Quite the contrary- many employers treat the possibility of posting as a fundamental rule, something that every employer can and should take advantage of, irrespectively of the circumstances of a particular case. Employers concluding contracts as a constructional contractors in other member states do not take into account the basic rule of a relevant legislation, that is application of the legislation of a member state of workplace, so that they do not take into account the possibility of insuring the workers in the member state where services are supplied. In other words they automatically prepare themselves for posting workers and letting them stay in Polish social insurance scheme.

Such attitude causes that workers are doubtful about the information that it is necessary to fulfill certain conditions so as to post a worker, and are in fact affronted when facing the refusal by Social Insurance Institution (ZUS) to give them out a form E101, ore when confronted with the refusal to prolong the period of posting (E 102).

In consequence it turns out that the possibility of posting is very often seen as a way to:

- omit the unfavourable procedures connected with paying the insurance contributions to other, unfamiliar social insurance scheme (Polish system is well-known to them, and getting to know the rules of functioning of the other system always involves certain difficulties, and hiring to this end a specialized company involves the rise in additional costs for employer).

or:

- reduce the costs of work by paying contributions lower than those provided by the system of an alien country (in other countries contributions may well be quite higher, and, what is more, in Poland the minimal basis qualifying for payments is usually of a higher limit)

or:

- omit the barriers in the labour market, especially in case of persons self-sufficiently performing economic activity, which also take advantage of the possibility of posting.

Irrespectively of which of these factors is of critical importance in a given individual case, it is usually that the decision on posting a worker abroad is made from the point of view of the employer, and made on the basis of the estimation of his gains and loses, not with the interest of a worker in mind.

Although it is true that an employee is insured and is thus protected against social risks still it is not always the case that such a form of posing is the most favourable solution for him.

TITEL II: GRENDOVERSCHRIJDENDE TEWERKSTELLING IN CIJFERS

³⁴ This information was provided by Mr. Henryk Michałowicz- an expert of Polish Employers Association, on 24 August 2006, during the seminar entitled: "Problems and challenges with posting workers to Belgium".

Een groot probleem voor de inschatting van het fenomeen is de afwezigheid van betrouwbaar en volledig cijfermateriaal, zowel met betrekking tot de grensoverschrijdende tewerkstelling op zich als met betrekking tot de misbruiken die zich voordoen in het kader daarvan. Nergens bestaan cijfers die toelaten het fenomeen van de grensoverschrijdende tewerkstelling naar België volledig in kaart te brengen. We geven hieronder de belangrijkste beschikbare gegevens over werknemers en zelfstandigen uit de nieuwe lidstaten van de laatste jaren.

II.1 ARBEIDSKAARTEN

Om het aantal door Belgische ondernemingen aangeworven werknemers uit de nieuwe lidstaten na te gaan, kan men een beroep doen op de statistieken met betrekking tot de aflevering van arbeidskaarten. Wat de afgifte van arbeidskaarten B betreft, blijkt uit de cijfers van de verschillende gewesten dat het meeste aantal van deze arbeidskaarten voor werknemers uit de nieuwe lidstaten wordt aangevraagd voor Poolse werknemers. In 2003 waren dat er in totaal 842, in 2004 al 1.418, maar in 2005 steeg dit aantal enorm naar 3.065 arbeidskaarten B van het totale aantal van 3.535 arbeidskaarten B dat werd aangevraagd voor werknemers uit de nieuwe lidstaten. In 2005 komen Tsjechische en Hongaarse werknemers op een tweede en derde plaats met respectievelijk 149 en 132 arbeidskaarten B. Ook arbeidskaarten C werden het meest voor Poolse werknemers aangevraagd (2003: 172, 2004: 292, 2005: 364), gevolgd door werknemers uit Slovakije (2003: 33, 2004: 71, 2005: 65) en Hongarije (2003: 30, 2004: 36, 2005: 53).

II.2 DETACHERINGEN

Wat gedetacheerde werknemers betreft, is de informatie karig. Zeker is dat het aantal detacheringen tijdens de overgangperiode voor de nieuwe lidstaten aanzienlijk is toegenomen. In 2003 registreerde de R.S.Z. aan de hand van E101-formulieren nog 50.995 detacheringen. Dit aantal steeg in 2005 tot 81.601. Momenteel is het echter onmogelijk om informatie te verkrijgen over het land van oorsprong van de gedetacheerde werknemers. Uit de bevraging kan wel met zekerheid worden gesteld dat de meeste gedetacheerde werknemers afkomstig zijn uit de buurlanden en Polen. De cijfers die door de meeste landen worden vrijgegeven over het aantal detacheringen naar andere lidstaten zijn echter niet te vertrouwen. In Frankrijk bijvoorbeeld moet een centrale instantie alle gegevens verzamelen bij de honderden “caisses primaires” die allen E101-formulieren kunnen verstrekken. Dit is een onmogelijke taak en dus wordt een “extrapolatie” gemaakt om aan de cijfers te komen die door de Europese Commissie worden opgevraagd. Bovendien zijn er uiteraard zeer veel mensen die gedetacheerd of simultaan tewerkgesteld worden die nooit een E101 aanvragen, waardoor men nooit het fenomeen afdoende in kaart kan brengen. Hierin zou verandering moeten komen door de invoering van de meldingsplicht bij detachering van werknemers en zelfstandigen onder het LIMOSA-project.

II.3 GEVESTIGDE ZELFSTANDIGEN

Voor zelfstandigen kan men de cijfers van het R.S.V.Z. raadplegen over het aantal verzekeringsplichtige zelfstandigen en helpers in een bepaald jaar. Dit zijn de buitenlandse zelfstandigen die zich in België vestigen en niet diegene die onder het vrij verkeer van diensten tijdelijk en occasioneel hun diensten op de Belgische markt aanbieden. Sinds 1 mei 2004 is er een serieuze toename van Poolse zelfstandigen die zich vestigen in België en zich

aansluiten bij een sociaal verzekeringsfonds omdat ze als loontrekkende een arbeidskaart nodig hebben. De R.S.V.Z.-statistieken over de evolutie van het aantal verzekeringsplichtigen (zelfstandigen en helpers) volgens nationaliteit geven dit duidelijk aan. Waar het aantal ingeschreven Poolse zelfstandigen in de jaren 2001, 2002 en 2003 respectievelijk nog 938, 1.197 en 1.732 bedroeg, schoot het aantal Poolse verzekeringsplichtigen daarna de lucht in met 2.803 in 2004 en maar liefst 4.251 in 2005. Van de nieuwe lidstaten komen op 31 december 2005 enkel nog Slovakije en Hongarije boven de 100 verzekeringsplichtigen met respectievelijk 150 en 112 verzekeringsplichtigen in België. Uit de andere nieuwe lidstaten is het aantal verwaarloosbaar. Enkel Italianen, Nederlanders en Fransen zijn, wat onderdanen van de oude lidstaten betreft, in een groter aantal dan de Polen als verzekeringsplichtige in de statistieken terug te vinden.

II.4 GEEN REGIONALE NOCH SECTORALE DATA

Op regionaal of sectoraal vlak zijn helemaal geen cijfers beschikbaar. Als er enig cijfermateriaal over vastgestelde inbreuken wordt bijgehouden in de regio's hebben deze cijfers meestal betrekking op controles die werden gevoerd omdat men reeds een vermoeden had dat men fraude zou aantreffen op de gecontroleerde plaatsen³⁵. Men moet dus afgaan op de gecontroleerde realiteit waaruit een aantal algemene conclusies kunnen worden getrokken. Zo weet men op basis van vaststellingen zeker dat het fenomeen van de deloyale concurrentie in geen geval dezelfde proporties aanneemt in West- en Oost-Vlaanderen als in Antwerpen. Dit stelt men vast op basis van het gegeven dat men in Antwerpen gewoon naar het havengebied moet trekken en onmiddellijk verschillende vaststellingen inzake oneigenlijk gebruik en fraude kan doen, terwijl men in andere regio's al wat meer "op zoek moet gaan". In West-Vlaanderen komt men tot de vaststelling dat de incidentie van het probleem min of meer "in kaart te brengen is", hetgeen in Antwerpen uiteraard veel moeilijker is. Hoe dan ook blijft onduidelijk wat dit "in kaart brengen" precies inhoudt voor de aanpak van het fenomeen. In Oost-Vlaanderen zijn vooral in de Gentse haven de problemen die gepaard gaan met aanneming en onderaanneming zeer talrijk. Net zoals in Antwerpen stoot men daar zonder veel moeite op activiteiten van buitenlandse ondernemingen en werknemers, terwijl de inspectiediensten in de landelijke gebieden van Oost-Vlaanderen, zoals Oudenaarde of Aalst, meer op zoek moeten gaan en het probleem zich voornamelijk in de gewone woningbouw situeert. De vastgestelde problemen in de Gentse haven zijn, gelet op het verschil in omvang, natuurlijk niet te vergelijken met deze in het Antwerpse havengebied. In Brussel wordt het gebrek aan cijfers omtrent het fenomeen van de detachering toegeschreven aan het feit dat dit helemaal geen prioriteit vormt voor het arbeidsauditoraat. Dit gebrek aan cijfers maakt dat er in België geen duidelijk beeld bestaat over welke problemen in welke sectoren en in welke regio's er voorkomen. Een eerste beeld daarvan wordt verwacht door de invoering van het LIMOSA-systeem. De invoering van dit registratiesysteem wordt een uitermate belangrijke stap om in België eindelijk een beeld te krijgen van de hoegrootheid van het fenomeen van de

³⁵ Zo werden voor de arrondissementen Leuven en Halle-Vilvoorde voor de periode XXX "persoonlijke statistieken" bijgehouden op basis van dossiers naar aanleiding van klachten en verklaringen van terbeschikkingstelling. Met de waarschuwing dat deze uiteraard een te relativiseren en vertekend beeld kunnen vertegenwoordigen, worden ze hier toch als weetje meegegeven daar zij een aantal aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheden bevestigen. Voor het gerechtelijk arrondissement Leuven ging het om 33 dossiers, waarvan, per sector, 21 bouw, 6 metaal, 3 horeca, 2 ICT, 1 voeding en, per nationaliteit, 11 Polen, 10 Nederlanders, 7 Duitsers, 2 Spanjaarden, 1 Tsjech, 1 Roemeen en 1 Fransman. Voor het arrondissement Halle-Vilvoorde waren dat 26 dossiers, waarvan, per sector, 18 bouw, 7 metaal, 1 horeca en, per nationaliteit, 10 Polen, 6 Duitsers, 5 Nederlanders, 2 Fransen, 1 Portugees en 1 Luxemburger.

grensoverschrijdende tewerkstelling. Het hoeft uiteraard geen betoog dat dit voor alle inspectiediensten een uiterst belangrijke controletool zal worden.

Als “probleemsectoren” worden in elke regio min of meer dezelfde sectoren aangeduid. De bouwsector wordt altijd vermeld. Andere vaak genoemde sectoren zijn de metaalsector, de schoonmaaksector, de horeca, de vleesverwerkingssector en de tuinbouwsector. Op de kwalificaties van de betrokken werknemers heeft men meestal weinig zicht, maar er wordt wel in bijna alle regio’s vastgesteld dat zij in de bouw voornamelijk worden ingeschakeld voor de afwerking van gebouwen. Enkele regio-specifieke sectorale vaststellingen van het optreden van deloyale concurrentie doen zich in Antwerpen en Gent voor in de havengebieden, in Limburg in de fruitteelt en in de schoonmaaksector wat Brussel betreft. Hierbij moet worden aangevuld dat de invloed van buitenlandse ondernemingen en werknemers in Limburg stapsgewijs, en zonder met zekerheid van een trend te kunnen spreken, ook in minder vaak genoemde sectoren zoals de confectiesector wordt opgemerkt. Wanneer de publieke sector als opdrachtgever optreedt, is men het er in alle regio’s stellig over eens dat minstens evenveel problemen van deloyale concurrentie worden aangetroffen als in eender welke andere sector. Bij aanbestedingen moeten de verschillende overheidsinstellingen voor de laagste prijs kiezen, hetgeen het optreden van het fenomeen uiteraard alleen maar kan versterken. Van een bijzonder toezicht of diligent optreden door de overheid is er zeker geen sprake.

TITEL III: DETACHERING VAN WERKNEMERS

III.1 BEGRIPSOMSCHRIJVING

Precies omdat de problematiek van detachering van werknemers één van de hete hangijzers is geweest in het recente debat rond het evenwicht tussen grensoverschrijdende tewerkstelling en sociale bescherming, zal deze materie in al zijn aspecten nader worden toegelicht. Op de eerste plaats zal detachering worden belicht vanuit het perspectief van de sociale zekerheid en meer bepaald vanuit een analyse van de detacheringsregel die wordt voorzien in Verordening 1408/71³⁶ betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten van de EU en in haar toepassingsverordening, m.n. Verordening 574/72³⁷. De huidige situatie zal tenslotte worden vergeleken met de toekomstperspectieven gelet op het “van toepassing worden” van Verordening 883/2004³⁸, die in de plaats zal komen van Verordening 1408/71, en de nieuwe toepassingsverordening waarvan het voorstel³⁹ hangende is. Daarnaast, en ten principale, zal de problematiek van detachering van werknemers worden onderzocht vanuit arbeidsrechtelijk perspectief, in het bijzonder op het vlak van de implementatie en praktische

³⁶ Verordening 1408/71/EEG van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, *P.B.* L 28/1 van 30 januari 1997.

³⁷ Verordening 574/72/EEG van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening 1408/71/EEG betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, *P.B.* L 28/1 van 30 januari 1997.

³⁸ Verordening 883/2004/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *P.B.* L 166/1 van 30 april 2004.

³⁹ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening 883/2004/EG betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, COM(2006)16 def.

applicatie van Richtlijn 96/71⁴⁰ betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (verder ook: “de Detacheringsrichtlijn”). Daarnaast wordt echter eveneens uitvoerig de relatie tussen detachering en uitzendarbeid bestudeerd. Niet alleen de federale reglementering rond tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en de gewestelijke regelgeving betreffende de erkenning van uitzendkantoren wordt hier beoogd, maar ook de invloed van de supranationale wetgeving wordt mee uitgewerkt. De gevoelige relatie tussen internationale detachering en de in België “verboden terbeschikkingstelling” krijgt hierbij speciale aandacht. Als het ware als kers op de taart wordt in dit onderdeel een poging ondernomen om de moeilijk in de schatten verhouding tussen socialezekerheidsrechtelijke detachering en arbeidsrechtelijke detachering tegen een rechtswetenschappelijk licht te houden.

Vooraleer in te gaan op wat rond detachering van werknemers wordt bepaald in verschillende rechtstakken⁴¹, moet enige verduidelijking worden gebracht over het “meta-begrip” van de detachering. In het Van Dale woordenboek wordt “detachering” uitgelegd als “1. tijdelijk elders laten werken” en “2. [mil.] tijdelijk elders legeren”. De militaire betekenis van het woord terzijde gelaten, valt meteen op te merken dat ook Van Dale de twee cruciale onderdelen van de detachering naar voor brengt. Het gaat immers, gelijk in welke rechtstak men de detachering bestudeert, in essentie om “ergens anders werken dan waar men normaal/geregeld/gewoonlijk werkt” en men doet dat slechts tijdelijk, zijnde voor 12 maanden, 24 maanden, 5 jaar of zelfs langer. Zeker is dat in het woord schuilt dat het niet voor altijd is dat men “elders” gaat werken en dat men in beginsel wordt “uitgezonden” om “terug te keren”. Men wordt tijdelijk “losgemaakt”, “afgescheurd van” of “verwijderd” om de eerste betekenissen voor “détacher” [Fr.] en “detach” [Eng.]⁴² te volgen. Meteen zijn tijdelijk en elders ook niet de meest gemakkelijk in te vullen begrippen wanneer we detachering over verschillende rechtstakken gaan bekijken. Waar de periode waarbinnen men van een detachering kan spreken in het socialezekerheidsrecht in beginsel bijvoorbeeld mooi wordt afgelijnd, is dat in het arbeidsrecht allerminst het geval. Het “elders” werken staat dan weer gelijk met een kluwen van verschillende mogelijkheden van detacheringsconstructies die werden vastgelegd in bilaterale of multilaterale akkoorden of helemaal niet werden vastgelegd, afhankelijk van “waar elders” men precies gaat werken. Men moet immers voor ogen houden dat ook waar geen akkoorden bestaan een werknemer kan gedetacheerd worden, aangezien dit op zich slechts duidt op een feitelijke verhouding. Detachering is op de eerste plaats immers geen juridische maar eerder een aan de praktijk ontleende term die de feitelijke situatie aanduidt waarbij een persoon voor een bepaalde tijd elders werkzaam is⁴³. Wanneer werknemers slechts voor een bepaalde periode in een ander land dan het land waar ze gewoonlijk of normaal worden tewerkgesteld, zullen in de rechtswetenschap hoe dan ook de begrippen “detachering” of “terbeschikkingstelling” vallen. In België wordt voornamelijk of uitsluitend het woord detachering gebruikt omdat terbeschikkingstelling, zoals het in Nederland wordt gebruikt en door de Europese instellingen werd overgenomen (cf. de titel

⁴⁰ 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, *P.B.* L 18/1 van 21 januari 1997.

⁴¹ Het begrip detachering dekt vrij uiteenlopende ladingen en wordt in verschillende rechtstakken gebruikt zonder dat het daarom dezelfde inhoud heeft. V. PERTRY, “Detachering en terbeschikkingstelling: een gespleten identiteit?”, *Oriëntatie* 1993, Vol. 8/9, 195.

⁴² Voor de detachering die het voorwerp is van dit onderzoeksrapport wordt het woord “posting” gebruikt in het Engels.

⁴³ G. VAN DE MOSSELAER, *Grenzen aan detachering van werknemers binnen de Europese Unie*, F.O.D. Personeel en Organisatie, Opleidingsinstituut van de Federale overheid, 2005, 7, met verwijzing naar C.M.E.P. VAN LENT, *Internationale intra-concernmobiliteit*, Deventer, Kluwer, 2000, 191.

van de “Detacheringsrichtlijn”), in België eerder doet denken aan de activiteit van het ter beschikking stellen van personeel die principieel wordt verboden door de wet van 24 juni 1987⁴⁴.

Verskillende **vormen van detachering** naar het Belgische grondgebied kunnen van elkaar worden onderscheiden, naar gelang van de juridische verhoudingen tussen de bij de detachering betrokken partijen:

- Een buitenlandse werkgever stuurt een werknemer voor een bepaalde opdracht naar België zonder dat er enige verhouding ontstaat met een werkgever in België; de band met de oorspronkelijke blijft geheel behouden;

Vb. Een buitenlandse bouwonderneming komt in België werken uitoefenen met eigen personeel zonder dat er een Belgische onderneming bij betrokken is

- Een buitenlandse werkgever “transfereert” een werknemer naar een Belgische werkgever; de band met de vroegere werkgever wordt beëindigd of geschorst en blijft hoogstens “passief” bestaan;

Vb. Een werknemer van een groepsvennootschap wordt tijdelijk uitgestuurd naar een andere groepsvennootschap waarbij zijn oorspronkelijke werknemer niets te maken heeft met de activiteiten van de ontvangende vennootschap waarbinnen de betrokken werknemer zich volledig integreert gedurende de periode van de detachering

- Een buitenlandse werkgever stuurt een werknemer naar een Belgische werkgever-gebruiker; er ontstaat een band met de Belgische werkgever, maar de band met de oorspronkelijke werkgever blijft behouden;

Vb. Een buitenlands uitzendkantoor detacheert een werknemer die voor een bepaalde periode zijn werkzaamheden uitoefent bij een Belgische bouwonderneming⁴⁵

In de eerste situatie is er maar één werkgever betrokken en bijgevolg kan er geen sprake zijn van het ontstaan van een nieuwe relatie met een werkgever in België. Er kan dan ook op geen enkele manier een nieuwe gezagsverhouding ontstaan in België. Het gezag van de oorspronkelijke werkgever is volledig “beveiligd” door de afwezigheid van een derde partij bij de detachering. In het tweede geval zijn er twee werkgevers betrokken. De band met de oorspronkelijke werkgever wordt hier expliciet verbroken door een schorsing of een beëindiging en er ontstaat een nieuwe verhouding met de Belgische werkgever. Er kunnen zich hier evenmin conflicten voordoen met betrekking tot de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer aangezien duidelijk werd gekozen om deze te laten ontstaan met de Belgische werkgever. Hier moet eerder van transfer worden gesproken dan van een detachering. Het derde geval is de meest voorkomende situatie van detachering. De band met de uitzendende werkgever blijft behouden, maar er ontstaat eveneens een actieve band met de inlenende werkgever of gebruiker. Tussen de uitzendende werkgever en de inlenende werkgever is er in deze gevallen vaak een contractuele relatie, hetzij als leverancier en klant

⁴⁴ Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, *BS* van 20-08-1987.

⁴⁵ Classificatie en voorbeelden: V. PERTRY, “Detachering en terbeschikkingstelling: een gespleten identiteit?”, *Oriëntatie* 1993, Vol. 8/9, 196-197.

in een onderaannemingsovereenkomst⁴⁶, hetzij als vennootschappen binnen eenzelfde groep, hetzij als uitzendkantoor en werkgever-gebruiker van de uitzendkracht. De intensiteit van de bestaande banden kan van geval tot geval verschillen. Deze tripartiete arbeidsrelatie is het perfecte recept voor onduidelijkheden of conflicten over het bestaan en voortbestaan van de band tussen de verschillende partijen. De uitkomst van deze soms behoorlijk ingewikkelde denkoefening is onder meer van belang voor de bepaling van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving⁴⁷, maar ook voor de Belgische wetgeving inzake verboden terbeschikkingstelling of nog, voor de geldigheid van de overeenkomst tussen werkgever-leverancier en werkgever-klant. Dergelijke moeilijkheden zullen zich niet stellen in de eerste twee gevallen van detachering. De juridische gevolgen van de verschillen in intensiteit van de verhoudingen tussen betrokken partijen worden in de volgende onderdelen nader toegelicht.

III.2 ONDERSCHIED TUSSEN ARBEIDSRECHTELIJKE EN SOCIAALRECHTELIJKE DETACHERING

Eén van de belangrijkste eerste vaststellingen bij het ontwerpen van de wet tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen onder het LIMOSA-project was het fundamentele verschil tussen het begrip detachering in het kader van het sociale zekerheidsrecht, het “sociaalrechtelijke begrip detachering” en het begrip detachering in het kader van het arbeidsrecht. Vertegenwoordigers van de FOD Sociale Zekerheid en de R.S.Z. hadden het bij voorbereidende vergaderingen over een ander soort detachering dan de vertegenwoordigers van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg. Wanneer we beide begripsinvullingen en het bijhorende juridische kader naast elkaar leggen, komen enkele opmerkelijke distincties aan de oppervlakte.

Op het vlak van de sociale zekerheid wordt met het begrip detachering gewerkt dat ontspruit aan de detacheringsbepalingen in Verordening 1408/71, met name artikel 14, 1, a en b en artikel 14 bis, 1 a en b, respectievelijk voor de detachering van werknemers en de detachering van zelfstandigen. Het begrip detachering waarmee wordt gewerkt in het kader van het op gedetacheerde werknemers toepasselijke arbeidsrecht vindt zijn oorsprong in Richtlijn 96/71 of de Detacheringsrichtlijn, waarin met de term “terbeschikkingstelling” wordt gewerkt. Een eerste bron van differentiatie is reeds te vinden in de gebruikte instrumenten voor de aanduiding van de toepasselijke wetgeving. Bij de sociaalrechtelijke detachering is het hoofdinstrument een Europese Verordening die bijgevolg rechtstreeks van toepassing is in de nationale rechtsorde van de lidstaten en geen omzetting behoeft noch duldt in de nationale wetgeving. De arbeidsrechtelijke detachering is het voorwerp van een Europese Richtlijn, een instrument dat de lidstaten bindt met betrekking tot het te bereiken resultaat en de termijn binnen dewelke dit resultaat moet worden behaald, maar de lidstaten vrijlaat in de wijze waarop dit resultaat wordt behaald. In de Detacheringsrichtlijn wordt dus een bepaald kader opgelegd dat door de verschillende lidstaten moet worden ingevuld, waarbij meerdere openingen worden gelaten voor derogatie en uitbreiding van de voorgestelde regels. Deze ingebouwde inkrimpings- en verruimingsconstructies geven de lidstaten een zekere vrijheid

⁴⁶ “Aanneming” is de handelsrechtelijke overeenkomst waarbij een opdrachtgever de aannemer belast met het uitvoeren van een bepaalde opdracht tegen een bepaalde prijs in alle onafhankelijkheid en voor rekening van de opdrachtgever. “Onderaanneming” is de activiteit waarbij een onderaannemer zich door een aannemingsovereenkomst met de hoofdaannemer verbindt bepaalde werken uit te voeren met de hulp van zijn personeel en voor rekening van de hoofdaannemer. Cf. J.H. HERBOTS, “De aannemingsovereenkomst”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten: actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 215.

⁴⁷ H. VAN HOOGENBEMT, “Internationale detachering en terbeschikkingstelling van werknemers”, in Y. JORENS en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Internationale detachering*, Die Keure, Brugge, 1993, 217.

bij de omzetting van het supranationaal rechtskader. Zoals reeds bleek, werd deze mogelijkheid door de Belgische wetgever met beide handen aangegrepen om de Detacheringsrichtlijn zo ruim mogelijk in de Belgische rechtsorde te implementeren, zo bijvoorbeeld op het vlak van het begrip detachering, de toepasselijke regels die tot de harde kern van dwingende bepalingen worden gerekend, de toepasselijke sectorale C.A.O.'s of het niet implementeren van de optionele derogatiemogelijkheden (zie hoger). Bij de toepassing van Verordening 1408/71 moet daarentegen met de letterlijk in de Verordening 1408/71 opgenomen coördinatieregels worden gewerkt en is in beginsel geen plaats voor nationale invulling.

Ook de aard en strekking van de “detacheringsconstructies” onder Verordening 1408/71 en onder de Detacheringsrichtlijn verschillen fundamenteel. Verordening 1408/71 voorziet in een stelsel van conflictregels waarvan de bepalingen niet alleen tot doel hebben de gelijktijdige toepassing van verschillende nationale wettelijke regelingen te voorkomen, maar ook te beletten dat binnen de werkingssfeer van Verordening 1408/71 vallende personen wegens het ontbreken van een toepasselijke wettelijke regeling geen enkele socialezekerheidsbescherming genieten. Om dergelijke positieve en negatieve wetsconflicten te voorkomen, duidt de verordening aan welke socialezekerheidswetgeving van toepassing is in grensoverschrijdende werksituaties. Zij vertrekt daarbij van het *lex loci laboris*-principe of het werklandbeginsel. In toepassing van dit principe en dus in de regel is de socialezekerheidswetgeving van toepassing van de lidstaat waar de werknemer effectief zijn werkzaamheden verricht. Daarnaast werd een uitzonderingsregel voorzien voor de aanduiding van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving bij detachering om het vrij verkeer van diensten binnen de EU niet onnodig te belemmeren door te vermijden dat een op het grondgebied van een lidstaat gevestigde onderneming verplicht zou zijn haar normaliter aan de socialezekerheidsregeling van die staat onderworpen werknemers aan te sluiten bij de socialezekerheidsregeling van een andere lidstaat waarin zij zijn gedetacheerd om werkzaamheden van beperkte duur te verrichten, de aansluiting van haar werknemers bij de socialezekerheidsregeling van de eerste lidstaat te handhaven, voor zover die onderneming de voorwaarden voor deze vrijheid van dienstverrichting in acht neemt. De detacheringsconstructie in het kader van de coördinatie van socialezekerheidsstelsels is bijgevolg een uitzondering op de hoofdregel van het werklandbeginsel. Dit is anders voor de detachering zoals geregeld door de Detacheringsrichtlijn. Daar kan niet naar een “hoofdregel” worden verwezen, maar moet men naar het “uitgangspunt” van het internationaal privaatrecht kijken. Voor de vaststelling van het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten geldt ingevolge de bepalingen van het EVO-Verdrag dat op de eerste plaats het recht van toepassing is dat door de partijen werd gekozen, maar met gegarandeerde bescherming op grond van de dwingende bepalingen van het recht van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs indien hij tijdelijk in een ander land wordt tewerkgesteld of recht van het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer hij niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht of tenslotte recht van het land waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst verbonden is, af te leiden uit het geheel van de omstandigheden. Indien geen rechtskeuze werd gemaakt, is één van de voorgaande rechtsstelsels van toepassing op de arbeidsovereenkomst. Een tijdelijke detachering heeft ingevolge het EVO-verdrag in beginsel dus niet voor gevolg dat het recht dat normaal op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, wijzigt en verwijst naar het land van gewoontelijke tewerkstelling (en niet van tijdelijke tewerkstelling) voor de aanduiding van het toepasselijke recht. Vaak moest dus een beroep worden gedaan op artikel 7 van het EVO-verdrag om de bepalingen van het land waarnaar de werknemer werd gedetacheerd op het geval toe te passen. In artikel 7 wordt immers bepaald dat bij de toepassing van het recht van

een bepaald land ingevolge bovenstaande regels, gevolg kan worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee het geval nauw verbonden is, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van het laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Dit kan dus het geval zijn bij dwingende bepalingen in het recht van het land waar een werknemer tijdelijk wordt tewerkgesteld. Maar aangezien de toepassing van dit artikel afhangt van de aard en de strekking van de betrokken bepalingen in de wetgeving van het ontvangstland en de beoordeling daarvan van geval tot geval aan de nationale rechtbanken wordt gelaten, bestaat geen zekerheid dat het recht van het land van tijdelijke tewerkstelling zal worden toegepast. Voor deze zekerheid zorgden de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn door een harde kern van dwingende bepalingen in het rechtsstelsel van het land van ontvangst aan te duiden die steeds moet worden toegepast op gedetacheerde werknemers die in het kader van het vrij verkeer van diensten worden ingeschakeld. De bepalingen inzake de aanduiding van de toepasselijke regels van het ontvangstland vormen dus geen uitzondering op een hoofdregel die het recht van het herkomstland aanduidt, maar vormen een gemeenschapsrechtelijke aanvulling bij de regels van internationaal privaatrecht inzake de op grensoverschrijdende tewerkstelling toepasselijke wetgeving inzake arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden. Door de Detacheringsrichtlijn worden de erin opgenomen hardekernbepalingen beschouwd als dwingende bepalingen in de zin van artikel 7 van het EVO-Verdrag en nam men de appreciatiemarge die in artikel 7 aan de rechter voor de toepassing ervan wordt verstrekt weg ter garantie van de toepassing van de bepalingen van het werkland.

Wat de aanduiding van de toepasselijke wetgeving betreft, verwijst de sociaalrechtelijke detachingsregel dus naar de wetgeving van het land van herkomst van de gedetacheerde werknemer, terwijl de Detacheringsrichtlijn precies bepaalde arbeidsrechtelijke regels van de lidstaat van ontvangst van toepassing verklaart op de grensoverschrijdende tewerkstellingssituatie. In dit opzicht kan men besluiten dat de sociaalrechtelijke detachering “dienstiger” is in het licht van het vrij verkeer van diensten door een oorsprongsbeginsel inzake socialezekerheidswetgeving te hanteren⁴⁸, teneinde het vrij verkeer van personen en diensten niet onnodig te belemmeren en administratieve rompslomp ingevolge een verandering van sociaal beschermingsstelsel wil vermijden. De Detacheringsrichtlijn legt integendeel een “double burden” op dienstverrichters door deze te verplichten de arbeidsrechtelijke regeling van het ontvangstland na te leven, naast de arbeidswetgeving die zij reeds in hun lidstaat van vestiging moeten respecteren. Deze door het Gemeenschapsrecht ingevoerde belemmering binnen de interne markt vindt uiteraard zijn grondslag en rechtvaardiging in de door de Detacheringsrichtlijn behartigde doelstellingen van gelijkbehandeling, eerlijke mededinging en bescherming van werknemers. Bovendien moeten worden opgemerkt dat de werking van de conflictregels inzake socialezekerheidswetgeving een sterkere uitwerking hebben dan deze inzake de arbeidsrechtelijke detachering. De aanwijzing van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving heeft immers een sterke en exclusieve werking, waardoor in beginsel slechts één socialezekerheidswetgeving van toepassing kan zijn. Dit is geenszins het geval bij de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn, waar de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van het ontvangstland moeten worden toegepast, ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband. Zoals we hoger reeds zagen, vormt de Detacheringsrichtlijn slechts een aanvulling bij de door toepassing van internationaal privaatrecht toepasselijke regels en komen de daardoor van toepassing verklaarde arbeidsvoorwaarden en –arbeidsomstandigheden “bovenop” andere toepasselijke arbeidsrechtelijke stelsels. Daarenboven wijst zij slechts minimale

⁴⁸ MAVRIDIS, P., “Détachement des travailleurs dans l’Union européenne: le juge national, arbitre ou soumis au principe du pays d’origine ?”, *J.T.T.* 2006, nr. 948, 226.

beschermingsregels aan en vormt zij geen beletsel voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden die gunstiger zijn voor de werknemers. Dergelijke keuze voor toepassing van gunstigere bepalingen inzake sociale zekerheid zijn in beginsel uitgesloten bij de coördinatie van sociale zekerheid, met uitzondering van de mogelijkheid die wordt geboden in artikel 17 van Verordening 1408/71. Deze sterke werking vertaalt zich ook in de rol van de rechter van het ontvangstland bij de toepassing van arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke regels in het kader van een rechtsgeding. De nationale rechter van het land waarnaar de werknemer wordt gedetacheerd krijgt bij de toepasselijkheid van verschillende arbeidsrechtelijke stelsels een appreciatierol toebedeeld, waarbij hij de verschillende nationale wetgeving tegen elkaar kan afwegen om tot een optimale bescherming van de betrokken werknemer te komen. Onder de socialezekerheidscoördinatie is dit uitgesloten. Indien de gedetacheerde werknemer in het bezit is van een E101 heeft de rechter van het land van ontvangst geen enkel verhaal meer en moet hij zich hoe dan ook neerleggen bij hetgeen in het land van oorsprong werd vastgesteld⁴⁹.

De Detacheringsrichtlijn is van toepassing op in een lidstaat gevestigde ondernemingen die in het kader van transnationale dienstverrichtingen werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een lidstaat. In de Belgische wetgeving werd dit toepassingsgebied in de Wet van 5 maart 2002 vertaald naar een toepasselijkheid op “werkgevers en ter beschikking gestelde werknemers”. De personele werkingsfeer van Verordening 1408/71 strekt zich uit over werknemers, zelfstandigen en studenten op wie de socialezekerheidswetgeving van één of meer lidstaten van toepassing is of geweest is en die onderdanen van één der lidstaten, dan wel op het grondgebied van één der lidstaten wonende staatlozen of vluchtelingen zijn, alsmede op hun gezinsleden en op hun nagelaten betrekkingen. De detacheringsbepalingen zijn uiteraard enkel van toepassing op economisch actieve personen, met name de werknemers of zelfstandigen die hun activiteiten (anders dan) in loondienst onder de detacheringsregel in een andere lidstaat uitoefenen. Waar de sociaalrechtelijke detachering dus zowel geldt voor werknemers en zelfstandigen en beide groepen in staat stelt met behoud van het socialezekerheidsstelsel van hun land van herkomst in een andere lidstaat activiteiten te verrichten, is het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn weliswaar uitgestrekt over ondernemingen en de werknemers die zij naar een andere lidstaat detacheren, maar beperkt de toepassing van de aangeduide rechtsregels zich door hun arbeidsrechtelijke aard tot werknemers. De nationale wetgeving inzake arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden is immers niet van toepassing op zelfstandigen en dus ook niet op zelfstandigen die tijdelijk hun werkzaamheden verrichten in een andere lidstaat. Zelfstandigen en ondernemingen worden enkel in het toepassingsgebied betrokken in de mate dat zij verplicht zijn de aangeduide arbeidsrechtelijke reglementering toe te passen op de door hen gedetacheerde werknemers.

Door de definitie van “ter beschikking gestelde werknemers” in de Belgische wetgeving werd daarenboven ook het gehanteerde arbeidsrechtelijke begrip van de detachering opengetrokken, niet alleen ten aanzien van het sociaalrechtelijke begrip detachering, maar zelfs ten aanzien van de detachering zoals zij wordt omschreven in de Detacheringsrichtlijn. In deze laatste wordt het toepassingsgebied immers beperkt tot bepaalde soorten transnationale maatregelen die als “detachering” in de zin van de Detacheringsrichtlijn in aanmerking moeten worden genomen. De drie types “transnationale maatregelen” of de soorten detachering die door de richtlijn worden beoogd zijn primo deze in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst. Secundo worden intra-groep detacheringen gevisieerd, waarbij de werknemer wordt gedetacheerd naar

⁴⁹ MAVRIDIS, P., “Détachement des travailleurs dans l’Union européenne: le juge national, arbitre ou soumis au principe du pays d’origine?”, *J.T.T.* 2006, nr. 948, 233.

een andere vestiging van de onderneming van herkomst of naar een tot hetzelfde concern behorende onderneming in een andere lidstaat. Ook grensoverschrijdende uitzendarbeid of het grensoverschrijdend “uitlenen van personeel” vallen onder het toepassingsgebied van de richtlijn. De Wet van 5 maart 2002 laat deze opsomming voor wat ze is en geeft een zeer ruime betekenis aan het begrip detachering door te bepalen dat ter beschikking gestelde werknemers, werknemers zijn die een arbeidsprestatie verrichten in België en die hetzij gewoonlijk werken op het grondgebied van één of meer landen dan België, hetzij zijn aangeworven in een ander land dan België. Het decisieve criterium voor de toepassing van de wet is dus dat er sprake is van een arbeidsprestatie op Belgisch grondgebied door een werknemer die normaal niet op het Belgisch grondgebied werkt of werd aangeworven in een ander land dan België. Elke grensoverschrijdende tewerkstelling naar België wordt dus door deze bepalingen gevat. Dit betekent dat het arbeidsrechtelijke begrip van detachering onder de Wet van 5 maart 2002 veel ruimer werd opgevat van de sociaalrechtelijke detachering van Verordening 1408/71. De arbeidsrechtelijke detachering omvat immers niet alleen de sociaalrechtelijke “klassieke” detachering, maar ook de tewerkstelling van werknemers in België die zijn aangeworven door een buitenlandse werkgever om een arbeidsprestatie te leveren in België en de werknemers die in dienst van een buitenlandse werkgever in verschillende landen hun werkzaamheden uitvoeren, waaronder ook in België. Deze laatste vorm van grensoverschrijdende tewerkstelling werd in Verordening 1408/71 niet onder de detacheringbepalingen opgenomen, maar staat bekend als “simultane tewerkstelling” met eigen specifieke regels inzake de toepasselijke socialezekerheidswetgeving. In het wetsontwerp tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen werd dezelfde arbeidsrechtelijke definitie van detachering gehanteerd met als enige wijziging dat “een arbeidsprestatie leveren in België” werd aangevuld tot “tijdelijk een arbeidsprestatie leveren in België”. Bovendien zal de aanmeldingsplicht ook van toepassing zijn op gedetacheerde zelfstandigen waardoor, in tegenstelling tot het toepassingsgebied met betrekking tot de toepasselijke arbeidsvoorwaarden, de aanmeldingsplicht ook betrekking zal hebben op alle natuurlijk personen die een beroepsbezigheid uitoefenen waarvoor zij niet door een arbeidsovereenkomst of door een statuut verbonden zijn, die in België tijdelijk één of meerdere zelfstandige activiteiten uitoefenen zonder er permanent te verblijven en die gewoonlijk werken op het grondgebied van één of meer andere landen dan België en op de personen die uit het buitenland komen en zich naar België begeven om er tijdelijk een zelfstandige beroepsactiviteit uit te oefenen of om er zich tijdelijk te vestigen als zelfstandige. Een ander fundamenteel verschil ligt in de invulling van het begrip “werknemer”. In de Detacheringsrichtlijn wordt uitdrukkelijk bepaald dat het begrip “werknemer” wordt bepaald door het recht van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld. Dit betekent dat de ontvangende lidstaat kan bepalen wie een werknemer is voor de toepassing van de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn. In de Belgische omzettingwet wordt werknemer omschreven als “de personen die, krachtens een overeenkomst, arbeidsprestaties verrichten tegen loon en onder het gezag van een andere persoon”. Bovendien kan de Koning de toepassing van de wet geheel of gedeeltelijk uitbreiden tot andere personen die arbeidsprestaties verrichten onder het gezag van een andere persoon. Aangezien de lidstaat van ontvangst de bevoegdheid krijgt om het begrip werknemer in te vullen, betekent dit dat, onder wat hiervoor als arbeidsrechtelijke detachering werd omschreven, het deze lidstaat is die de kwalificatie van de grensoverschrijdende arbeidsrelatie in handen heeft. Indien een bepaalde persoon met andere woorden zichzelf als zelfstandige voordoet in een grensoverschrijdende arbeidsrelatie, kan de lidstaat van ontvangst in beginsel het sociaal statuut van de betrokken persoon herkwalficeren en dientengevolge de door de omzettingwet op hem van toepassing verklaarde arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden toepassen. Het hoeft geen betoog dat dit uiteraard geen sinecure is (zie hoger). Onder het

sociaalrechtelijke coördinatiesysteem is dergelijke eenzijdige herkwalificatie door de lidstaat van ontvangst in de huidige stand van de wetgeving en rechtspraak echter uitgesloten. De sociaalrechtelijke hoedanigheid zoals deze wordt vastgesteld door de lidstaat van oorsprong, in het bijzonder door middel van de afgifte van een E101-formulier, moet door de lidstaat van ontvangst worden aanvaard en kan slechts worden geherkwalificeerd op initiatief van de lidstaat van oorsprong door een intrekking of een ongeldigverklaring van het detachingsformulier (zie eveneens hoger). Dit belangrijke onderscheid heeft als gevolg dat de herkwalificatie van het statuut bij aanwezigheid van een E101-formulier afgegeven door de lidstaat van oorsprong nooit tot de toepassing van de Belgische socialezekerheidswetgeving kan leiden, maar laat uiteraard de mogelijkheid open om de arbeidsrechtelijke gevolgen van deze herkwalificatie toepassing te laten vinden.

Tenslotte verschillen ook de voorwaarden en modaliteiten bij de sociaalrechtelijke detachering van deze bij een arbeidsrechtelijke detachering. Waar de voorwaarde van tijdelijkheid weliswaar onder beide vormen wordt gesteld, wordt zij bij de sociaalrechtelijke detachering concreet ingevuld door zowel de detachering van werknemers als de detachering van zelfstandigen te beperken tot 24 maanden, éénmaal te verlengen met nog eens 24 maanden (uiteraard moet deze beperking in de tijd worden samengelezen met de uitzonderingsmogelijkheden onder artikel 17 van Verordening 1408/71 en Aanbeveling nr. 16⁵⁰ van de Administratieve Commissie, zie hoger). Bij de arbeidsrechtelijke detachering wordt geen concrete tijdsbeperking vastgelegd, waar de Detachingsrichtlijn spreekt over “een bepaalde periode” en de Wet van 5 maart 2002 zelfs elke tijdsbepaling laat vallen. Zowel de Detachingsrichtlijn als Verordening 1408/71 verwijzen duidelijk naar de verhouding die moet bestaan tussen de gedetacheerde werknemer en de uitzendende werkgever. De “organische band” tussen de partijen wordt sociaalrechtelijk uitgedrukt als het “werkzaamheden verrichten voor rekening van”, terwijl de Detachingsrichtlijn het bij elke van de 3 types detacheringen heeft over “een dienstverband gedurende de periode van terbeschikkingstelling”. Voor de toepassing van de Wet van 5 maart 2002 wordt deze vereiste opgenomen in de definitie van werknemer, waarin naar de elementen arbeidsprestaties, loon en gezag wordt verwezen. Hoewel Verordening 1408/71 geen bepalingen bevat met betrekking tot de duur van de voorafgaande onderwerping aan het socialezekerheidsstelsel van het uitzendland, moet deze voorafgaande onderwerping voorhanden zijn. Indien een werknemer sowieso van stelsel moet veranderen omdat hij niet onderworpen was aan het stelsel van de uitzendende staat, is er geen risico op bijkomende administratieve rompslomp en valt de bestaansreden van de detachingsregel weg. Hier toont zich het uitzonderingskarakter van de sociaalrechtelijke detachingsregel, aangezien deze enkel mag worden ingeroepen om onnodige administratieve rompslomp in het kader van tijdelijke tewerkstelling te vermijden. Bij de arbeidsrechtelijke detachering toont zich op dit vlak evenzeer het reeds besproken aanvullend karakter van de bepalingen van de Detachingsrichtlijn, aangezien de toepassing van de daarin vermelde arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden moet worden gegarandeerd, “ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband”. Van een vereiste inzake voorafgaande onderwerping aan deze of gene arbeidsrechtelijke regeling kan hoegenaamd geen sprake zijn. Tenslotte kan nog worden opgemerkt dat onder de arbeidsrechtelijke detachering geen enkele verwijzing te vinden is naar de mogelijkheden van vervanging van gedetacheerde werknemers of detachering onmiddellijk na de aanwerving, waardoor deze arbeidsrechtelijk dus onvoorwaardelijk kunnen plaatshebben.

⁵⁰ Aanbeveling nr. 16 van de Administratieve Commissie 12 december 1984, *P.B.* C 273/3 van 24 oktober 1985.

TITEL IV: DETACHERING EN SOCIALE ZEKERHEID

Nationale socialezekerheidsstelsels zijn territoriaal georganiseerd en zijn erop gericht personen die activiteiten uitvoeren op het grondgebied van de betrokken staat te onderwerpen aan de bijdrageplichten verbonden aan het stelsel. Dit is niet anders bij het Belgische socialezekerheidsstelsel. Artikel 3 van de R.S.Z.-Wet bepaalt dat de wet van toepassing is op de werknemers die in België door een in België gevestigde werkgever worden tewerkgesteld of die verbonden zijn aan een bedrijfszetel in België. Doorslaggevende criteria voor de toepassing van het Belgisch socialezekerheidsstelsel zijn dus “in België werken” en “tewerkgesteld worden door een in België gevestigde werkgever of verbonden zijn aan een bedrijfszetel in België”. Hier zal niet nader worden ingegaan op de precieze betekenis van de termen “vestiging in België”, “bedrijfszetel” of “verbonden zijn”, aangezien voor de doelstelling van het onderzoek de aanhef van artikel 3 een verdere analyse van de bepaling overbodig maakt⁵¹. Daarin wordt immers gesteld dat het voorgaande geldt “zonder afbreuk te doen aan de bepalingen van de internationale overeenkomsten inzake sociale zekerheid en aan artikel 13, alinea 2 van de wet van 17 juli 1963 betreffende de sociale zekerheid in overzeese gebieden”. De verschillende internationale akkoorden inzake sociale zekerheid zijn voornamelijk gericht op gelijke behandeling, bepaling van de toepasselijke wetgeving, behoud van de rechten die verworven zijn of worden en export van socialezekerheidsuitkeringen. Nagenoeg alle akkoorden bevatten specifieke bepalingen inzake de detachering van werknemers. Het betreft in hoofdzaak bilaterale akkoorden en de verschillende multilaterale akkoorden, zoals de Interimakkoorden⁵² in het kader van de Raad van Europa, de Europese Conventie inzake sociale zekerheid en het aanvullend akkoord⁵³.

⁵¹ Indien de detachering echter niet wordt geregeld door Verordening 1408/71 noch door een ander verdrag is de interne Belgische wetgeving onverkort van toepassing. Vooreerst zal moeten onderzocht worden of de werknemer in dienst is van een in België gevestigde werkgever. Afhankelijk van het type detachering waaronder de werknemer naar België werd gestuurd zal dit al dan niet het geval zijn. Wanneer een gedetacheerde werknemer zich in een situatie bevindt waarbij op geen enkele wijze een gezagsverhouding ontstaat met een Belgische werkgever, kan er geen sprake zijn van een toepassing van de Belgische socialezekerheidsregeling. Dit zal het geval zijn wanneer de werknemer enkel door zijn oorspronkelijke werkgever wordt gedetacheerd om een opdracht te vervullen zonder daarbij in enige verhouding te treden met een Belgische werkgever. Wanneer er echter een gezagsoverdracht kan worden vastgesteld in strijd met de in België verboden terbeschikkingstelling, wordt de gedetacheerde werknemer geacht verbonden te zijn met de Belgische werkgever door een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur en is hij dus “in dienst van een Belgische werkgever”. Ook in het geval van een “transfer” (zie hoger) is de werknemer duidelijk onderworpen aan de Belgische sociale zekerheid. Op de tweede plaats moet worden onderzocht of de werknemer verbonden is aan een in België gevestigde exploitatiezetel van zijn buitenlandse werkgever. Volgens de R.S.Z. is de werknemer die onder het doorlopend gezag staat van de in België gevestigde exploitatiezetel die hem bevelen geeft, bij wie hij verslag moet uitbrengen en die hem zijn loon uitbetaalt, verbonden aan deze exploitatiezetel. Detachering naar deze exploitatiezetel om er de activiteit in te richten, opnieuw in te richten of toezicht erop te houden brengt geen verbondenheid aan de exploitatiezetel mee. Opmerkelijk hierbij is dat wanneer de detachering niet meebrengt dat de werknemer moet geacht worden in dienst te zijn van een Belgische werknemer of verbonden te zijn aan een Belgische exploitatiezetel, er geen enkele tijdsbeperking staat op de niet-onderworpenheid aan de Belgische socialezekerheidsregeling. Voor werknemers uit niet EER-landen waarmee geen bilateraal socialezekerheidsverdrag is gesloten is het dus in bepaalde gevallen mogelijk om permanent naar België te worden gedetacheerd met behoud van de socialezekerheidsregeling van het oorsprongsland. V. PERTRY, “Detachering en terbeschikkingstelling: een gespleten identiteit?”, *Oriëntatie* 1993, Vol. 8/9, 201-202.

⁵² European Interim Agreement on Social Security Schemes Relating to Old Age, Invalidity and Survivors, C.E.T.S. No. 012 en European Interim Agreement on Social Security other than Schemes for Old Age, Invalidity and Survivors, C.E.T.S. No. 013.

⁵³ European Convention on Social Security, C.E.T.S. No. 78 en Supplementary Agreement for the Application of the European Convention on Social Security, C.E.T.S. No. 78A.

Het voor België meest belangrijke instrument inzake de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels binnen de Europese Unie is echter Verordening 1408/71 en haar toepassingsverordening Verordening 574/72. Als Verordeningen hebben zij een algemene strekking, zijn zij verbindend in al hun onderdelen en zijn zij rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat⁵⁴. Deze Verordeningen zijn dus rechtstreeks van toepassing in de Belgische rechtsorde. Wanneer Verordening 1408/71 een bepaalde socialezekerheidsregeling van toepassing verklaart, verliezen nationale bepalingen zoals artikel 3 van de R.S.Z.-Wet hun betekenis⁵⁵. Zonder stil te staan bij de historiek, de algemene principes, de werkingssfeer of de bijzondere bepalingen met betrekking tot de verschillende soorten prestaties, zullen de bepalingen inzake de vaststelling van de toe te passen wetgeving worden onderzocht. Aangezien de problematiek van de zelfstandigen verder in het rapport wordt toegelicht, zullen wij ons in de volgende onderdelen toespitsen op de regels voor werknemers.

IV.1 DETACHERING IN VERORDENING 1408/71

IV.1.1 De detachering als uitzondering op de regel

Net zoals andere bilaterale en multilaterale akkoorden inzake sociale zekerheid bevat Verordening 1408/71 (hierna ook: “de Verordening”) regels inzake de bepaling van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving in grensoverschrijdende situaties. In haar Titel II voorziet Verordening 1408/71 in “*een volledig en eenvormig stelsel van conflictregels*” waarvan de bepalingen niet alleen tot doel hebben de gelijktijdige toepassing van verschillende nationale wettelijke regelingen en de mogelijke complicaties daarvan te voorkomen, maar ook te beletten dat binnen de werkingssfeer van Verordening 1408/71 vallende personen wegens het ontbreken van een toepasselijke wettelijke regeling geen enkele socialezekerheidsbescherming genieten. Om dergelijke positieve en negatieve wetsconflicten te voorkomen, duidt de verordening aan welke socialezekerheidswetgeving van toepassing is in grensoverschrijdende werksituaties. Zij vertrekt daarbij van het **lex loci laboris-principe** of het werklandbeginsel, hetwelk in artikel 13 is opgenomen als “*Onder voorbehoud van de artikelen 14 tot en met 17, is op degene die op het grondgebied van een Lid-Staat werkzaamheden in loondienst uitoefent, de wetgeving van die Staat van toepassing zelfs indien hij op het grondgebied van een andere Lid-Staat woont of indien de zetel van de onderneming of het domicilie van de werkgever waarbij hij werkzaam is, zich bevindt op het grondgebied van een andere Lid-Staat*”. In toepassing van dit principe en dus in de regel zullen de socialezekerheidsbijdragen moeten betaald worden in de lidstaat waar de werknemer effectief zijn werkzaamheden verricht.

Naast de aanduiding van de wetgeving van het werkland als algemeen beginsel, dat overigens ook geldt voor zelfstandigen (cf. infra), regelt de Verordening echter ook een aantal uitzonderlijke of bijzondere situaties van grensoverschrijdende tewerkstelling die bijgevolg ook uitzonderings- of bijzondere aanduidingsregels vragen. Naast de regels voor diegenen die op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden verrichten, werden bijzondere “of” uitzonderingsregels voorzien voor de aanduiding van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving bij detachering. De opname van deze **detacheringsconstructie**, volgens het Hof van Justitie een uitzonderingsregel⁵⁶, in het kader van de coördinatie van de

⁵⁴ Artikel 249, tweede alinea, EG

⁵⁵ V. PERTRY, “Detachering en terbeschikkingstelling: een gespleten identiteit?”, *Oriëntatie* 1993, Vol. 8/9, 202.

⁵⁶ H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883. Ook volgens P. SCHOUKENS, “De Europese ontwikkelingen inzake detachering van werknemers en zelfstandigen”, in X., *Vreemdelingen en*

socialezekerheidsstelsels van de verschillende lidstaten werd noodzakelijk geacht om het vrij verkeer van diensten binnen de EU niet onnodig te belemmeren. Het Hof van Justitie verklaarde hieromtrent in de zaak Fitzwilliam dat artikel 14 de onderneming de mogelijkheid biedt, teneinde te vermijden dat een op het grondgebied van een lidstaat gevestigde onderneming verplicht zou zijn haar normaliter aan de socialezekerheidsregeling van die staat onderworpen werknemers aan te sluiten bij de socialezekerheidsregeling van een andere lidstaat waarin zij zijn gedetacheerd om werkzaamheden van beperkte duur te verrichten – hetgeen het vrij verrichten van diensten moeilijker zou maken –, de aansluiting van haar werknemers bij de socialezekerheidsregeling van de eerste lidstaat te handhaven, voor zover die onderneming de voorwaarden voor deze vrijheid van dienstverrichting in acht neemt⁵⁷. Op basis van dit artikel geldt dat op degene die op het grondgebied van een Lid-Staat werkzaamheden in loondienst verricht “voor een onderneming waaraan hij normaal verbonden”, en door deze onderneming gedetacheerd wordt op het grondgebied van een andere Lid-Staat teneinde aldaar “voor haar rekening arbeid [te] verrichten”, de wetgeving van eerstbedoelde Lid-Staat van toepassing blijft, mits de te verwachten duur van die arbeid “niet meer dan twaalf maanden” bedraagt en hij “niet [wordt uitgezonden] ter vervanging van een andere persoon wiens detachering beëindigd is”. Van de maximumduur van 12 maanden om van de detacheringsregel en dus van het behoud van de toepassing van de socialezekerheidswetgeving van de lidstaat van oorsprong te genieten, kan echter worden afgeweken. Indien de te verrichten arbeid *door onvoorziene omstandigheden* de oorspronkelijk voorziene tijdsduur overschrijdt en meer dan twaalf maanden duurt, blijft de wetgeving van eerstbedoelde Lid-Staat van toepassing *tot aan de beëindiging van die arbeid*, mits de bevoegde autoriteit van de Lid-Staat op het grondgebied waarvan de betrokkene gedetacheerd is, of het door deze autoriteit aangewezen lichaam, hiervoor toestemming verleent; deze toestemming moet vóór het einde van het oorspronkelijke tijdvak van twaalf maanden worden aangevraagd. Deze toestemming mag echter *niet voor een langer tijdvak dan twaalf maanden* worden verleend. Uit wat de Europese wetgever in de detacheringsbepalingen van de Verordening heeft ingeschreven, kunnen volgende voorwaarden voor “socialezekerheidsdetachering” worden gepuurd:

- 1) Normaal verbonden zijn aan de detacherende onderneming
- 2) Voor rekening van de detacherende onderneming arbeid verrichten in een andere lidstaat

Sociale Zekerheid, Gent, Mys en Breesch, 1996, 104 en B. DE PAUW, “De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (I)”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 45. Sommigen zijn het hier niet mee eens en betwisten het uitzonderingskarakter van de detacheringsregel, H. VAN HOOGENBEMT, “Detachering in de sociale zekerheid”, *Oriëntatie* 1998, Vol. 8/9, 156. Deze auteur argumenteert dat voorrang moet worden gegeven aan de detacheringsregel aangezien deze meer conform zou zijn met de fundamentele beginselen van het vrij verkeer dan de hoofdregel van de *lex loci laboris*. Doorslaggevend zou zijn dat de detacheringsregel het vrij verkeer van werknemers vereenvoudigt en dus bevordert. Hieruit trekt hij de conclusie dat de detacheringsregel het vrij verkeer beter bevordert dan de algemene regel, waardoor hij voorrang moet krijgen. Daartegenover kan echter geplaatst worden dat de detacheringsregel het vrij verkeer niet noodzakelijk beter bevordert ten aanzien van de fundamentele principes van vrij verkeer. Men kan stellen dat deze regel het vrij verkeer simpelweg op identieke wijze bevordert als de algemene regel, maar dan voor de specifieke situatie van de detachering, hetgeen het uitzonderingskarakter van de detacheringsregel tegenover de algemene regel niet meteen wegneemt. Bovendien kan men zich de vraag stellen, indien de detacheringsregel geen uitzonderingsregel inhoudt, welke dan de uitzonderingsregels zijn die in artikel 14 zijn opgenomen, waar de tekst van de Verordening spreekt over “volgende uitzonderingen en bijzonderheden”. De detacheringsregel komt hier het meest in aanmerking om als uitzondering op de algemene regel te worden gekwalificeerd. Een restrictieve interpretatie lijkt dus gerechtvaardigd.

⁵⁷ H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883. Het Hof had dit reeds in kortere bewoordingen aangegeven in het arrest *Manpower*, H.v.J. 17 december 1970, nr. C-35/70 (Manpower), *Jur. H.v.J.* 1970, 1251. B. DE PAUW, “De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (I)”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 45.

- 3) Voor een periode van maximum 12 maanden⁵⁸, te verlengen tot maximaal 24 maanden⁵⁹
- 4) Geen vervanging van een andere gedetacheerde werknemer

IV.1.2 Voorwaarden voor detachering

Met deze zeer beknopte bepaling en haar vage bewoordingen valt niet veel aan te vangen om een concreet beeld te krijgen van de vereisten waaraan een onderneming moet voldoen om werknemers op een wettige wijze naar een andere lidstaat te detacheren. Duidelijk is dat een detachering in beginsel niet langer mag duren dan **12 maanden**, maximaal te verlengen met nog eens die periode. Indien het vooraf al duidelijk is dat het werk langer zal duren dan 12 maanden, is de detacheringsregel “eigenlijk” niet van toepassing⁶⁰. De verlenging na een detachering van 12 maanden moet worden aangevraagd bij de bevoegde instellingen van de lidstaat van ontvangst, die zich akkoord moeten verklaren met de “onvoorziene omstandigheden” die een verlenging rechtvaardigen. Deze bepaling omtrent onvoorziene omstandigheden is uiteraard voor interpretatie vatbaar door de instellingen die de regel toepassen. Bovendien biedt artikel 17 van de Verordening⁶¹ de mogelijkheid om de detacheringsduur zelfs nog langer te maken. Lidstaten kunnen in onderling akkoord afwijken van de detacheringsduur van 12 maanden “in het belang van een werknemer of van een groep werknemers”. Deze bepaling werd in het leven geroepen om correcties aan te brengen in situaties waar de toepassing van de detacheringsregel tot onbillijke resultaten zou leiden. Hierbij telt in principe enkel de toepasselijkheid van het socialezekerheidsregime en niet de kwaliteit van deze of gene nationale socialezekerheidsregeling⁶². In Aanbeveling nr. 16⁶³ beveelt de CASSTM⁶⁴ de lidstaten aan om voor werknemers met bijzondere beroepsbekwaamheden artikel 17-overeenkomsten te sluiten, maar daarbij de maximale detacheringsduur van 5 jaar niet te overschrijden. In de praktijk wordt echter zeer veel van deze afwijkingsmogelijkheid gebruik gemaakt, waardoor de uitzondering meer en meer de regel wordt. In België houdt men vast aan de maximumduur van 5 jaar, maar in sommige zeer specifieke situaties wordt daar toch van afgeweken⁶⁵. Bij afwezigheid van bijzondere beroepsbekwaamheden kan men enkel een beroep doen op het detacheringsartikel in de

⁵⁸ In tegenstelling tot de “fiscale detacheringstermijn” van 183 dagen. De belastingplicht in het werkland ontstaat dus eerder dan de socialezekerheidsonderwerping.

⁵⁹ M.i. mag het uitzonderlijke karakter van de detachering niet worden afgeleid uit het tijdelijk karakter ervan, zoals in de praktijk meermaals wordt aangenomen. Zie hoger voor een betere argumentatie voor het uitzonderingskarakter van de detacheringsregel.

⁶⁰ Dit kan hoogstens tot twijfel leiden bij de inspectiediensten van de lidstaat van ontvangst, wanneer bvb. de bouwwerken duidelijk veel meer tijd zullen vragen dan 12 maanden. Daar kan echter moeilijk controle worden op uitgeoefend, laat staan daarop wordt toegezien door het bevoegde orgaan van de uitzendende lidstaat.

⁶¹ Artikel 17 van Verordening 1408/71 luidt: „Twee of meer Lid-Staten, de bevoegde autoriteiten van deze Staten of de door deze autoriteiten aangewezen instellingen kunnen in onderlinge overeenstemming, in het belang van bepaalde personen of groepen personen, uitzonderingen op de artikelen 13 tot en met 16 vaststellen”.

⁶² H.v.J. 17 mei 1984 (Brusse), nr. 101/83, *Jur. H.v.J.* 1984, 2223.

⁶³ Aanbeveling nr. 16 van de Administratieve Commissie 12 december 1984, *P.B. C 273/3* van 24 oktober 1985.

⁶⁴ CASSTM: Commission Administrative pour la Sécurité Sociale des Travailleurs Migrants of de Administrative Commissie.

⁶⁵ Meer bepaald wanneer de betrokken werknemer binnen een termijn van drie jaar na het einde van de vijf jaar detachering zijn professionele carrière beëindigt; wanneer de maximale duur met enkele maanden overschreden wordt mits uitgebreide verantwoording; wanneer naar het einde van de detachering toe een zeer ingrijpende herstructurering in de firma wordt doorgevoerd waardoor de inhoud van de taak waarvoor de werknemer uitgezonden werd, ingrijpend verandert / uitbreidt. Naast deze categorieën van uitzondering kunnen nog andere uitzonderingsgevallen voorkomen die geval per geval worden beoordeeld, maar die natuurlijk precedenten scheppen voor de toekomst. DE PAUW, B., “De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (II)”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 48.

Verordening⁶⁶. Om aan deze vraag naar meer flexibiliteit te beantwoorden, werden de bepalingen inzake de duur van de detachering in de nieuwe Verordening 883/2004 aangepast (zie verder). In België wordt enkel systematisch afgeweken van de in het detacheringsartikel bepaalde duur en zeker niet van de inhoudelijke voorwaarden die in hetzelfde artikel werden vastgelegd. De interpretatie van de andere detacheringsvoorwaarden in Besluit 181 (zie verder) wordt door de Belgische administratie strikt nageleefd⁶⁷.

Poolse werkgevers proberen, zoals reeds gezegd, zo veel mogelijk gebruik te maken van de detacheringsregels en proberen dat ook zo lang mogelijk te doen. Voor hen is niet alleen de detachingsconstructie eerder de regel dan de uitzondering geworden, maar ook het afsluiten van artikel 17-overeenkomsten beschouwen zij als een nieuw verworven recht binnen de interne markt. Vaak is het zo dat zij dat ook proberen in gevallen waarbij het voor de betrokken werknemers veel voordeliger zou zijn om gedurende de periode van tewerkstelling in het buitenland aangesloten te zijn bij het sociale zekerheidsstelsel van de lidstaat van tewerkstelling. De werkgevers dringen er bij de Poolse sociale zekerheidsinstellingen op aan om zoveel mogelijk artikel 17-overeenkomsten te sluiten die ervoor zorgen dat de werknemers in Polen verzekerd blijven, teneinde te vermijden dat zij in de lidstaat van tewerkstelling sociale bijdragen zouden moeten betalen. Zij vergeten vaak dat deze mogelijkheid enkel in uitzonderlijke gevallen mag worden toegepast en dat de Poolse sociale zekerheidsinstelling buitenlandse instelling niet kan dwingen om dergelijke overeenkomsten af te sluiten. De Poolse werkgevers delen deze mening niet en beweren dat de vraag om dergelijke overeenkomsten af te sluiten niet alleen gebaseerd is op hun eigen wensen, maar ook kan voortvloeien uit de economische noden in de lidstaten van bestemming. Naar hun mening is administratieve samenwerking tussen de bevoegde overheden hier cruciaal. Een interne markt van dienstenverkeer moet hierbij als oplossing gezien worden voor de demografische problemen in de lidstaten en voor de duurzaamheid van hun sociale zekerheidsstelsels. De instelling moeten samenwerken om uitbuiting van werknemers te vermijden en oneerlijke mededinging te bestrijden, maar tegelijkertijd hindernissen voor het grensoverschrijdend ontplooiën van economische activiteiten te vermijden.

Polish employers and Art. 17 Agreements

Although it is true that an employee is insured and is thus protected against social risks still it is not always the case that such a form of posting is the most favourable solution for him. Especially so in cases of when prolonging the posting, on the basis of the resolutions of the article 17 of the regulation 1408/71 the more advantageous- when regarding the right to social benefits- would be the inclusion into the social insurance scheme of a member state of workplace.

The other problem has to do with Polish employers excessively taking advantage of the rulings of the article 17 of Regulation 1408/71. This article allows for concluding the agreement enabling for a worker to remain in the social insurance scheme of the member state in which the employer resides ('member state of employment'). Such agreement should be regarded as an exception from solutions adopted in articles 13-16 of Regulation 1408/71, that is in those determining the applicable legislation. Every time it seems convenient employers willingly conclude such agreements and they do not realise that it can be concluded only in some special (exceptional) cases, e.g.:

⁶⁶ B. DE PAUW, "De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (II)", *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 49.

⁶⁷ B. DE PAUW, "De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (I)", *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 46.

- for situations not provided in Regulation 1408/71,
- when following the provisions of Community law could lead to excessive administrative and technical difficulties or would involve the lack of certainty whether the worker will be appropriately protected in the area of social security.

It seems that, in fact, employers are interested in concluding the agreements on the grounds of the article 17 mostly to avoid paying insurance contributions in the member state where services are supplied, that is in accordance with article 13, provision 2, of the Regulation 1408/71.

What is more, employers rarely understand that concluding such agreements requires the willingness on both sides and that Polish insurance institution has no right to force the foreign insurance institution to conclude the agreement under the article 17⁶⁸. The refusals to allow for agreement are often unjustifiably interpreted as discrimination of Polish citizens, and not as a sign of internal policy concerning this area implemented in a given member state.

The Association of Polish Employers does not share, however, the view that Polish employers do not understand the idea of posting and want to overuse the possibilities offered by this solution. Attention needs to be paid to whether cross-border supplying of services, and posting of workers within its framework, takes place, since it can be the case that it is not the wish of Polish employers but the economy of the target state that determines the solution adopted. The openness for developing the cross-border cooperation is advisable here. Such cooperation is necessary for all European economies since without building common market of services it is not possible to solve demographic problems in European Union member states and to answer to dangers connected with resulting from it the lack of sustainability of social security schemes. This is why an increase in cooperation between the institutions of EU member states is of substantial importance; institutions responsible for workers' rights and coordination of social security schemes should cooperate tightly in order to fight against exploitation of workers and against the infringement of the rules of free competition, while avoiding making any barriers whatsoever for performing of economic activities⁶⁹.

Het verbod van **vervanging van een gedetacheerde werknemer** door een andere gedetacheerde werknemer werd in de nieuwe Verordening behouden, hoewel deze bepaling in de praktijk nagenoeg oncontroleerbaar is en dus zonder effect. Men heeft met deze regel willen voorkomen dat bepaalde betrekkingen voortdurend zouden worden ingevuld door werknemers die in het buitenland sociaal verzekerd zijn. Maar men kan op heden onmogelijk nagaan of een gedetacheerde werknemer in het werkland door een andere gedetacheerde werknemer wordt vervangen. Bovendien is het de vraag hoeveel tijd er precies tussen twee detacheringen moet worden gelaten om niet meer van een vervanging te kunnen spreken. Het verbod op vervanging van gedetacheerde werknemers bij een bepaalde werkgever kan al helemaal niet verhinderen dat een bepaalde werknemer voortdurend bij andere werkgevers wordt gedetacheerd en dus nooit in het uitzendland zelf werkt. In België wordt het verbod op vervanging van gedetacheerde werknemers soepel geïnterpreteerd. Op elkaar volgende periodes van detachering worden samengeteld en de detachering zal pas geweigerd worden

⁶⁸ German DVKA- after agreements with Ministry of Labour and Economy of Germany- informed Poland, that starting from January 2006 it will not agree on concluding the agreements under the article 17, if person concerned before being posted to Germany was employed by posting him employer for a period of time shorter than 2 months and if the employer is not supplying his services 'mostly in Poland', which for German institution means that 50% of its turnover is achieved in Poland. Moreover, from the information passed by Polish Social Insurance Institution (ZUS) it can be concluded that French, Belgium and Dutch institutions also refuse nowadays to allow for concluding an agreement under the Article 17 of Regulation 1408/71.

⁶⁹ The view presented by H. Michałowicz during the seminar of 24 August 2006 on „Problems and challenges related to posting of workers to Belgium”.

als de totale duur hoger ligt dan 5 jaar⁷⁰. Het is dus perfect mogelijk om een gedetacheerde werknemer die wegens ziekte, ontslag of tal van andere redenen terugkeert, te vervangen door een andere gedetacheerde. Een hierop gebouwde juridische constructie is deze waarbij gedetacheerde werknemers voortdurend verwisselen van (al dan niet fictieve) werkgever om gedetacheerd te worden naar eenzelfde werkgever in een land met hoge socialezekerheidsbijdragen vanuit een land met lage bijdragen⁷¹.

De tekst van de Verordening laat de vraag onbeantwoord wat het precies betekent “normaal verbonden te zijn aan een onderneming” of “voor rekening van een onderneming arbeid verrichten”, maar ook onduidelijk was of een uitzendkantoor beroep kon doen op de detacheringbepalingen om werknemers aan te werven met het enige doel hen naar een andere lidstaat te detacheren. Waar de Europese wetgever tekortschiet, is het zoals bekend aan het Hof van Justitie om de leemten op te vullen en interpretatieve vragen te beantwoorden. Zonder deze verdere aanvullingen zou de eenvormige toepassing van het Europees recht immers in het gedrang komen en zou de invulling van de detacheringvoorwaarden aan de verschillende nationale instanties worden overgelaten⁷². Met betrekking tot de detacheringbepalingen heeft het Hof dat in een aantal belangrijke arresten gedaan, welke op hun beurt werden overgenomen in besluiten⁷³ van de Administratieve Commissie die door de jaren heen aan nieuwe evoluties in de rechtspraak werden aangepast⁷⁴. Hoewel de besluiten van de Administratieve Commissie voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers niet normatief en dus juridisch niet afdwingbaar zijn⁷⁵, hebben zij een belangrijke waarde als hulpmiddel voor de correcte toepassing van het systeem van coördinatie van sociale zekerheid in de EU. Bovendien wordt in de arresten van het Hof van Justitie naar deze besluiten verwezen, hetgeen hun gezaghebbend karakter uiteraard aanzienlijk verhoogt⁷⁶. In de Luxemburgse rechtspraak werd echter vastgesteld dat enkel de Verordening kracht van wet heeft in de nationale rechtsorde en instrumenten zoals de Besluiten van de CASSTM of de Praktische Gids voor de detachering van werknemers slechts aanbevelingen zijn die geen bindend karakter hebben. Op basis van dit uitgangspunt werd de Luxemburgse socialezekerheidsinstelling door de Luxemburgse rechter verplicht de onderwerping te aanvaarden van Belgen die in dienst genomen worden door een Luxemburgs uitzendkantoor om gedetacheerde te worden naar België en daar te werken voor een Belgische gebruiker, zonder dat deze personen vooraf in Luxemburg aan de sociale zekerheid waren onderworpen. Minder gezaghebbend maar ongetwijfeld even waardevol voor de correcte toepassing van

⁷⁰ B. DE PAUW, “De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (II)”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 47-50.

⁷¹ G. VAN DE MOSSELAER, *Grenzen aan detachering van werknemers binnen de Europese Unie*, F.O.D. Personeel en Organisatie, Opleidingsinstituut van de Federale overheid, 2005, 25.

⁷² B. DE PAUW, “Een code van goede praktijken inzake detachering in de Europese Economische Ruimte en Zwitserland”, *Expat News* 2004, No. 11.

⁷³ Besluit nr. 128 van 17 oktober 1985 betreffende de toepassing van de artikelen 14, lid 1 sub a), en 14 ter, lid 1, van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad inzake de op gedetacheerde werknemers toe te passen wetgeving, *P.B.* C 141/6 van 7 juni 1986; Besluit nr. 162 van 31 mei 1996 betreffende de uitlegging van artikel 14, lid 1, en van artikel 14 ter, lid 1, van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad betreffende de wetgeving die van toepassing is op gedetacheerde werknemers, *P.B.* C 141/6 van 7 juni 1986 en tenslotte Besluit nr. 181 van 13 december 2000 betreffende de uitlegging van artikel 14, lid 1, artikel 14 bis, lid 1, en artikel 14 ter, lid 1 en lid 2, van Verordening 1408/71 van de Raad betreffende de wetgeving die van toepassing is op de gedetacheerde werknemers en zelfstandigen, die tijdelijk werken buiten de bevoegde lidstaat, *P.B.* L 329/73 van 14 december 2001.

⁷⁴ VAN DER STEEN, I., “Beperkingen op het vrije dienstenverkeer ter bescherming van werknemers”, *N.T.E.R.* 2000, 50.

⁷⁵ H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883.

⁷⁶ DE PAUW, B. en VAN LIMBERGHEN, G., “Grensoverschrijdende tewerkstelling”, *T.S.R.* 2004, 648.

deze complexe Europese regels door de bevoegde nationale administraties is de eveneens door de Administratieve Commissie opgestelde “Praktische gids voor de detachering van werknemers in de lidstaten van de Europese Unie, van de Europese economische ruimte en in Zwitserland”⁷⁷ die op basis van Besluit nr. 181 werd opgesteld.

Besluit 181 van de Administratieve Commissie, ofte de meest recente detacheringsclarificatie van de CASSTM geeft in een overzichtelijke tekst de antwoorden op de hierboven aangehaalde vragen, hoewel nog steeds onduidelijkheden blijven bestaan. Zo bepaalt het dat de werkzaamheden worden beschouwd te zijn verricht “voor rekening van een onderneming van de uitzendende staat”, indien is vastgesteld dat het is verricht voor de genoemde onderneming en dat er een **organische band** blijft bestaan tussen de werknemer en de onderneming die hem gedetacheerd heeft. Deze organische band is het geheel van rechten en verplichtingen die bestaan tussen een werkgever en zijn werknemer⁷⁸. Het behoud van een organische band tussen de onderneming in de uitzendende staat en de gedetacheerde werknemers komt eenvoudig neer op de instandhouding van een gezagsverhouding tussen genoemde partijen⁷⁹. Om het behoud van die organische band vast te stellen, geeft de CASSTM een reeks van elementen die in aanmerking moeten worden genomen, onder andere de verantwoordelijkheid inzake aanwerving, arbeidsovereenkomst, ontslag en het vaststellen van de aard van de werkzaamheden⁸⁰. Uit het geheel van de omstandigheden moet worden vastgesteld of de gezagsverhouding inderdaad stand houdt onder de detachingsconstructie en niet zomaar tot de toepasselijkheid van de detachingsregel besluiten wanneer een werknemer niet geheel ontsnapt aan het gezag van de detacherende onderneming, zoals Advocaat-Generaal Gand het had voorgesteld⁸¹. Het gezag moet dus volledig bij de uitzendende werkgever blijven en kan niet worden gedeeld met de ontvangende werkgever. Het is aan de instellingen van het uitzendland om het bestaan van de gezagsverhouding te controleren. Volgens VAN LENT moet aan de te beoordelen elementen het belang van de werkgever worden toegevoegd, aangezien het onwaarschijnlijk is dat een werkgever een werknemer zou detacheren zonder daar enige baat bij te hebben⁸². Hoewel dit natuurlijk een geldige redenering is, lijkt het criterium van het belang van de uitzendende werkgever te subjectief en ten andere haast oncontroleerbaar in de praktijk. Daar moet men natuurlijk vaststellen dat er altijd wel een gedeelte van het werkgeversgezag wordt uitgeoefend door de ontvangende werkgever. Alleen al om praktische redenen ontstaat er vaak een zekere band tussen deze laatste en de gedetacheerde werknemers. Het Hof heeft zich echter nog niet moeten uitspreken over hoever deze nieuw ontstane relatie kan gaan, wil men blijven genieten van de detachingsregel. Dat de ter beschikking gestelde werknemer ertoe gehouden is de regelen met betrekking tot de uitvoering van de arbeid bij de gebruiker in acht te nemen en dat hij aan diens tuchtgezag onderworpen is, is niet van die aard dat dit enige invloed zou uitoefenen op het verder bestaan van de band tussen de werknemer en de onderneming die hem heeft aangeworven⁸³. In elk geval is duidelijk dat bij aanwezigheid van een E101-

⁷⁷ “Praktische gids voor de detachering van werknemers in de lidstaten van de Europese Unie, van de Europese economische ruimte en in Zwitserland”,

http://ec.europa.eu/employment_social/social_security_schemes/docs/posting_nl.pdf

⁷⁸ DE PAUW, B., “De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (I)”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 46.

⁷⁹ H.v.J. 5 december 1967, nr. C-19/67 (Van der Vecht), *Jur. H.v.J.* 1967, 432; H.v.J. 17 december 1970, nr. C-35/70 (Manpower), *Jur. H.v.J.* 1970, 1251 en H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883.

⁸⁰ H.v.J. 17 december 1970, nr. C-35/70 (Manpower), *Jur. H.v.J.* 1970, 1251.

⁸¹ H.v.J. 5 december 1967, nr. C-19/67 (Van der Vecht), *Jur. H.v.J.* 1967, 432.

⁸² VAN LENT, C.M.E.P., *Internationale intra-concernmobiliteit*, Deventer, Kluwer, 2000, 197.

⁸³ VAN HOOGENBEMT, H., “Detachering in de sociale zekerheid”, *Oriëntatie* 1998, Vol. 8/9, 157.

formulier, het behoud van de gezagsverhouding door de ontvangende lidstaat moet worden aangenomen zolang het formulier niet werd ingetrokken door de bevoegde instelling van het uitzendland (zie onder).

Bovendien wordt in het besluit verduidelijkt dat de detachingsregel ook van toepassing blijft indien de werknemer die gedetacheerd wordt door de onderneming van de uitzendende staat bij een onderneming in de staat van tewerkstelling, eveneens gedetacheerd wordt bij één of meer andere ondernemingen in deze staat van tewerkstelling, mits de werknemer zijn werkzaamheden blijft uitvoeren voor rekening van de detachende onderneming. **Kettingdetachering op initiatief van de uitzendende onderneming** in het land waarnaar de werknemers werden uitgezonden is dus mogelijk met behoud van de socialezekerheidswetgeving van het oorsprongland. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de onderneming de werknemer in een andere lidstaat heeft gedetacheerd om daar werkzaamheden opeenvolgend of afwisselend in twee of meer ondernemingen die in dezelfde lidstaat gevestigd zijn, uit te oefenen. Bij kettingdetachering door de onderneming waarbij de werknemer door de uitzendende onderneming werd gedetacheerd, houdt de detachingsregels echter op van toepassing te zijn. De Administratieve Commissie duidt verschillende gevallen aan waarbij de socialezekerheidswetgeving van het oorsprongland ophoudt van toepassing te zijn en de **lex loci laboris** dus opnieuw moet worden toegepast. Zo verbiedt zij de kettingdetachering van een werknemer door de ontvangende onderneming binnen één lidstaat, de kettingdetachering naar een andere lidstaat dan de lidstaat waarin de werknemer gedetacheerd werd en de detachering naar een onderneming in een derde lidstaat door een onderneming in een andere lidstaat dan deze waarin de werknemer in dienst werd genomen.

De Verordening bevat geen bepalingen met betrekking tot de duur van de **voorafgaande onderwerping** aan het socialezekerheidsstelsel van het uitzendland. Zolang de onderwerping maar voorafgaand is aan de detachering, is de detachering in beginsel geldig⁸⁴. Maar deze voorafgaande onderwerping moet uiteraard voorhanden zijn⁸⁵. Indien

⁸⁴ In België vereist de R.S.Z. een onderwerping van 30 dagen. Er zijn landen die tot 6 maanden onderwerping eisen, er zijn landen die het afhankelijk maken van de beroepsgroep. Er zijn ook landen die uiterst lage eisen stellen inzake onderwerping. Zo werd de verplichte voorafgaande onderwerping in Nederland en Luxemburg respectievelijk 1 dag en 0 dagen vastgesteld, omdat zij rechtspraak moeten naleven die vaststelt dat er Europeesrechtelijk niets bepaald is over voorafgaande onderwerping. In Nederland is één dag voorafgaande onderwerping dus voldoende om te kunnen worden gedetacheerd, hetgeen in de hand werkt dat Nederlandse detachingsbureau's bijvoorbeeld Duitse Polen rekruteren, hen één dag aangeven in Nederland om ze daarna te detacheren naar andere lidstaten in Europa. Zolang het Hof van Justitie op dit vlak geen klaarheid schept, blijft de eenvormige toepassing van deze regel uiteraard ver zoek. Nederland wordt in België ook verdacht van het laks omspringen met simultane tewerkstelling. Indien een werknemer in Nederland, Frankrijk en Duitsland werkt en in België woont, leveren zij een formulier af met daarop "alle landen van de EU met uitzondering van België" als plaats van tewerkstelling vermeld. Deze werknemers worden dan nog uitgerekend in België bij controles aangetroffen. Op andere gebieden is het Nederlandse beleid dan weer zeer rigide geworden. Daardoor ontstaan er problemen met betrekking tot artikel 17-overeenkomsten tussen België en Nederland. Waar er een soort "Gentlemen's Agreement" bestaat dat artikel 17-overeenkomsten de detachingsduur niet langer maken dan 5 jaar, vragen sommige bedrijven al eens om het nog met een aantal maanden te verlengen aangezien het voor een onderneming niet altijd mogelijk is om de detachingsperiode exact na 5 jaar te beëindigen wegens verschillende begrijpelijke omstandigheden. In België probeert de R.S.Z. daar flexibel in op te treden. Nederland is met deze flexibiliteit gestopt en is overgeschakeld op "5 jaar en geen dag meer". Dus iemand die vanuit België wordt gedetacheerd naar Nederland en die na 5 jaar detachering nog drie maanden te gaan heeft voor zijn pensioen, zal niet kunnen rekenen op een akkoord van Nederland om nog onder de Belgische sociale zekerheid te kunnen blijven.

een werknemer sowieso van stelsel moet veranderen omdat hij niet onderworpen was aan het stelsel van de uitzendende staat, is er geen risico op bijkomende administratieve rompslomp en valt de bestaansreden van de detacheringsregel weg. In dat geval moet men teruggrijpen naar de *lex loci laboris*. Dit is zeker het geval wanneer de betrokken werknemers wordt gedetacheerd naar de staat aan wiens socialezekerheidsstelsel hij voordien onderworpen was⁸⁶. Een werknemer kan evenwel worden aangeworven om meteen te worden gedetacheerd naar een andere lidstaat. Dit zal vooral het geval bij uitzendarbeid. Met betrekking tot **aanwerving met het oog op detachering** wordt in Besluit nr. 181 gesteld dat indien een werknemer in dienst wordt genomen in de lidstaat waar de uitzendende onderneming haar zetel of haar vestiging heeft, met het doel voor rekening van die onderneming op het grondgebied van een andere lidstaat te gaan werken, de detacheringsregel eveneens van toepassing blijft op voorwaarde:

- i) dat er een organische band bestaat tussen deze onderneming en de werknemer gedurende de detachingsperiode⁸⁷ en
- ii) dat deze onderneming gewoonlijk haar werkzaamheden op het grondgebied van de eerste lidstaat uitoefent⁸⁸, dus dat die onderneming doorgaans **activiteiten van betekenis** uitoefent op het grondgebied van de eerste lidstaat.

Om na te gaan of de uitzendende onderneming daar **activiteiten van betekenis** verricht, moet het bevoegde orgaan van die lidstaat alle criteria onderzoeken die de activiteiten van die onderneming kenmerken, zoals de plaats waar de zetel van de onderneming is gevestigd en waar zij haar hoofdkantoor heeft, het aantal administratieve personeelsleden dat in de lidstaat van vestiging respectievelijk de andere lidstaat werkzaam is, de plaats waar de gedetacheerde werknemers worden aangeworven en de plaats waar het merendeel van de contracten met de klanten wordt gesloten, de wetgeving die op de contracten van de onderneming met haar werknemers enerzijds en op de contracten met haar klanten anderzijds van toepassing is, alsook de omzet die gedurende een voldoende representatieve periode in elk van de betrokken lidstaten is behaald. Deze lijst is uiteraard niet uitputtend en de keuze van de criteria moet aangepast worden aan elk specifiek geval, rekening houdend met de werkelijke aard van de activiteiten van de onderneming in haar land van vestiging⁸⁹. Zo mag een onderneming die gevestigd is in een lidstaat en die werknemers uitzendt naar een andere lidstaat, en die in de eerste lidstaat enkel werkzaamheden van intern beheer uitvoert, geen beroep doen op de detachingsregel⁹⁰. De ‘Praktische gids voor detachering’ houdt nadere bepalingen in en omschrijft “activiteiten van betekenis” als voorafgaande aan de detachering in het uitzendland economisch actief zijn gedurende minstens 4 maanden en er 25 % van de omzet realiseren. Indien hieraan niet is voldaan, moet de situatie verder onderzocht worden. De aard van de werkzaamheden van de werknemers die ter beschikking zijn gesteld van ondernemingen op het grondgebied van de

⁸⁵ Die onderwerping is aanwezig indien de werknemer de hoedanigheid van rechthebbende heeft onder het socialezekerheidsstelsel van de uitzendende lidstaat (werkloosheid, werknemer, zelfstandige, ambtenaar, ...). DE PAUW, B., “De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (II)”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 47-50. Cf. Arbrb. Antwerpen 28 juni 1994, *R.W.* 1995-96, 234: “De detachering van een werknemer van een lidstaat naar een andere lidstaat vereist dat de werknemer voor de detachering door de onderneming waaraan hij normaal verbonden is, onderworpen is aan het socialezekerheidsstelsel van de ene lidstaat”.

⁸⁶ DE PAUW, B., “De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (II)”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 47.

⁸⁷ H.v.J. 5 december 1967, nr. C-19/67 (Van der Vecht), *Jur. H.v.J.* 1967, 432.

⁸⁸ H.v.J. 17 december 1970, nr. C-35/70 (Manpower), *Jur. H.v.J.* 1970, 1251; H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883.

⁸⁹ H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883.

⁹⁰ H.v.J. 9 november 2000, nr. C-404/98 (Plum), *Jur. H.v.J.* 2000, I-9379.

lidstaat van vestiging van het uitzendbureau, respectievelijk van de werknemers die op het grondgebied van een andere lidstaat zijn gedetacheerd, behoort niet tot de in overweging te nemen criteria. Het is van weinig belang dat de verrichte werkzaamheden verschillen van die welke gewoonlijk in dat bedrijf worden verricht⁹¹.

IV.1.3 Detacheringsfraude

In het kader van de sociaalrechtelijke detachering kunnen verschillende vormen van oneigenlijk gebruik tot echte fraude worden ontwaard. Deze verschillende vormen worden over het gehele Belgische grondgebied vastgesteld en variëren van onwetendheid over oneigenlijk gebruik tot harde socialezekerheidsfraude.

Een eerste oorzaak van de niet-naleving van de regelgeving inzake sociaalrechtelijke detachering is, net zoals kan worden vastgesteld bij de niet-naleving van arbeidsrechtelijke verplichtingen, onwetendheid over het toepasselijk recht. Dergelijke niet-naleving is dus te wijten aan de afwezigheid van enige kennis van het Europees recht inzake coördinatie van de socialezekerheidsstelsels. Verordening 1408/71 is een zeer onbekend rechtsinstrument en vaak hebben grensoverschrijdend actieve ondernemingen nog nooit gehoord van een verschil tussen detachering en simultane tewerkstelling. Dit verklaart waarom buitenlandse werkgevers automatisch in hun land van vestiging betalen voor werknemers die in verschillende landen werkzaam zijn en in één ervan wonen. Er is dus een laag bewustzijn dat dergelijke Europese wetgeving bestaat en dit zowel in de oude als in de nieuwe lidstaten.

We spreken van **oneigenlijke of onwettige detachering** wanneer niet is voldaan aan de inhoudelijke voorwaarden voor een detachering. De afwezigheid van een E101-formulier leidt niet tot dergelijke onwettigheid (zie onder), maar is een belangrijk instrument om enige vat te krijgen op het fenomeen. Hoewel het bezit van het detacheringsformulier in werkelijkheid geen garanties biedt over de vervulling van de detacheringsvoorwaarden, is het al een stap vooruit voor de controlerende diensten in de lidstaat van ontvangst indien zij een E101 voorgelegd krijgen. Dit natuurlijk los van de problematiek van vervalsingen van formulieren. Onwettige detacheringen worden in de hand gewerkt door de vaagheid van de detacheringsbepalingen in de Verordening en de daaruit voortvloeiende ruime interpretatiebevoegdheid die aan de bevoegde organen van de verschillende lidstaten wordt gelaten. Sommige lidstaten zijn bewust nalatig op het vlak van tijdig en correct afleveren van E101's en E102's⁹². In het verleden werden nogal vaak problemen van onwettige detachering vastgesteld in het kader van de detachering met voorgenummerde formulieren. Ingevolge Besluit 148 CASSTM⁹³ bestaat er immers een procedure die werkgevers toelaat om een voorraad blanco-formulieren te krijgen waarop reeds een stempel van de bevoegde instelling staat en die de werkgever zelf kan invullen om lange wachttijden bij de administratie te vermijden voor korte detacheringen. Een dubbel daarvan moet teruggestuurd worden naar de instelling. Deze detacheringen mogen maximum drie maanden duren. Momenteel wordt

⁹¹ H.v.J. 5 december 1967, nr. C-19/67 (Van der Vecht), *Jur. H.v.J.* 1967, 432 en H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883.

⁹² VAN DE MOSSELAER, G., *Grenzen aan detachering van werknemers binnen de Europese Unie*, F.O.D. Personeel en Organisatie, Opleidingsinstituut van de Federale overheid, 2005, 39.

⁹³ Besluit nr. 148 van de Administratieve Commissie van de Europese Gemeenschappen voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers van 25 juni 1992 inzake het gebruik van de verklaring betreffende de toepasselijke wetgeving (E101) bij detacheringen van ten hoogste drie maanden, *P.B. C 22/124* van 30 januari 1993.

deze procedure enkel nog door Frankrijk gebruikt. In België werd deze mogelijkheid na de invoering van GOTOT⁹⁴ afgeschaft, aangezien geconstateerd werd dat deze procedure ontzettend veel werd gebruikt in gevallen waar de detachingsvoorwaarden helemaal niet vervuld waren. In deze gevallen van oneigenlijk gebruik worden dus wel socialezekerheidsbijdragen betaald, maar had de detachering nooit mogen toegestaan worden. Dit is een typisch voorbeeld van oneigenlijk gebruik.

De harde fraude op het vlak van de sociale zekerheid kan ook onder een geldige detachering voorkomen en bestaat uit de **onvolledige of niet-aangifte van de prestaties** die werden geleverd in het werkland. De niet-aangegeven tijdvakken (normale werkuren of overuren) worden dan in het zwart of niet uitbetaald. Zo wordt Poolse bouwvakkers vaak gegarandeerd dat zij voor hun tewerkstelling in België 1000 € per maand zullen ontvangen, aangezien het in de bouwsector gangbaar is dat de Poolse werknemers een bedrag tussen de 1000 en 1200 € per maand ontvangen. Op hun Poolse loonbrief werd teruggevonden dat zij 2400 Poolse zloty worden betaald. Op papier kregen deze werknemers dus ongeveer 600 € per maand. Dergelijke vormen van bijdragefraude door het onvolledige aangeven van prestaties in het land van oorsprong worden vaak vastgesteld. Zo worden op de niet-gedeclareerde bedragen noch in België noch in het land van herkomst bijdragen betaald aan het socialezekerheidsstelsel. Een klassieker op dit vlak zijn de situaties met de per diem's (forfaitaire dagvergoedingen bij dienststopdrachten of verplaatsingen naar het buitenland), zijnde de kostenvergoedingen naar aanleiding van een buitenlandse tewerkstelling. In deze gevallen krijgt een Poolse werknemer zijn loon samen met dergelijke kostenvergoeding die als deel van het loon wordt aangegeven om aan het Belgische minimumloon te komen, maar in Polen wordt dit als een per diem beschouwd die niet bij de sociale zekerheid moet worden aangegeven. Hier treft men een combinatie aan van sociaalrechtelijke fraude in het land van herkomst door het niet betalen van socialezekerheidsbijdragen en arbeidsrechtelijke fraude in het land van tewerkstelling wegens niet-naleving van de bepalingen inzake het minimumloon. Dergelijke vormen van fraude zijn eveneens enkel te vermijden door een doorgedreven grensoverschrijdende administratieve samenwerking. Een ander voorbeeld van dergelijke fraude betreft bijvoorbeeld detacheringen tussen België en Nederland, waarbij de werknemer die halftijds werkt in België, voltijds werkt in Nederland. Door de grens is de pakkans voor dergelijke constructies zeer klein.

Het E101-formulier kan aan deze vormen van fraude niets veranderen aangezien het geen gegevens bevat over de te verrichten prestaties. Idealiter wordt deze vorm van fraude gemeld aan de lidstaat van oorsprong van de werknemer teneinde de organen in deze lidstaat in staat te stellen de situatie verder te onderzoeken. Tot op heden is er echter te weinig administratieve samenwerking en informatie-uitwisseling tussen de lidstaten om echt resultaten te boeken door het doorspelen van informatie.

De **fictieve detachering** betreft personen die eigenlijk permanent verblijven en soms ook werken in België die door een (postbus-)firma gevestigd in een andere lidstaat naar België worden gedetacheerd. De detachering wordt in deze gevallen geveinsd, terwijl het in realiteit om lokale rekrutering in België gaat. De werknemers wisselen vaak van buitenlandse (fictieve) werkgever om permanent gedetacheerd te worden naar België. Onder deze vormen van permanente detachering, waarbij werknemers voortdurend in België blijven werken onder de detachingsregel, wordt de voorwaarde van de tijdelijkheid van de detachering ingevolge

⁹⁴ De toepassing GOTOT-OUT zorgt voor een snelle elektronische afhandelingen van E101-aanvragen voor Belgische werknemers die in het buitenland gaan werken. Door deze toepassing werd de wachttijd teruggebracht van twee weken tot 24 uur in de normale gevallen.

Verordening 1408/71 uiteraard niet vervuld. Dat betekent dat deze mensen sociaal verzekerd zouden moeten worden in België.

De fictieve detachering gaat niet zelden gepaard met **uitkeringsfraude**, met name wanneer de betrokken werknemers tevens een Belgische of buitenlandse uitkering (werkloosheid / ziekte) genieten. Personen die bijvoorbeeld in Polen een werkloosheidsuitkering genieten, moeten niet dagelijks voor controle naar het werkloosheidsbureau en kunnen hier dus zonder problemen een aantal weken tewerkgesteld worden. Ook werden reeds vaststellingen gedaan van Belgen die een Belgische werkloosheidsuitkering genieten, maar zich laten aanwerven door een Nederlands detachingsbureau. Dit bureau krijgt gemakkelijk een detachingsformulier van de Nederlandse overheid, waar het bevoegde orgaan geen toegang heeft tot de verzekeringsgegevens en E101-formulieren worden uitgereikt zodra de voorafgaande vragenlijst correct is ingevuld. De Belgische werknemer-werkloze wordt dan gedetacheerd naar België. Enkel doorgedreven en alomvattende controles zullen kunnen uitwijzen dat de betrokken persoon bij de R.V.A. ingeschreven staat als werkloze. Dit is een aanwijzing dat bij controles steeds moet worden nagegaan of gedetacheerde werknemers geen uitkering genieten in België. GOTOT-in kan in dergelijke gevallen de oplossing bieden. In deze databank worden immers voor detacheringen naar België uitgegeven Nederlandse E101-formulieren verzameld, welke gegeven bij de R.V.A. kunnen worden gekruist met de eigen bestanden.

Dergelijke uitkeringsfraude is geen gemakkelijk te bestrijden fenomeen in het kader van de grensoverschrijdende tewerkstelling naar België. Het is dikwijls al moeilijk voor de controlediensten om na te gaan wie in België een uitkering geniet, laat staan dat men het van buitenlandse werknemers kan nagaan. Daarvoor staat de administratieve samenwerking tussen de verschillende lidstaten op een veel te laag niveau. Enkel een vorm van systematische uitwisseling van verschillende gegevens tussen de lidstaten kan dit verhelpen.

IV.1.4 E101-formulieren

IV.1.4.1 Het E101-formulier: constitutieve voorwaarde of bewijselement?

Zoals dat voor de administratieve afhandeling van de coördinatie van de door de Verordening geregelde socialezekerheidsprestaties het geval is, wordt ook voor de detachering in een aantal E-formulieren voorzien. Artikel 11 van Verordening 574/72 voorziet in de formaliteiten bij de detachering van werknemers en stelt dat het orgaan dat is aangewezen door de bevoegde autoriteit van de lidstaat waarvan de wetgeving van toepassing blijft, een bewijs verstrekt waarin wordt verklaard dat de werknemer aan deze wettelijke regeling onderworpen blijft en tot welke datum dit het geval is. Het doet dit op verzoek van de werknemer of zijn werkgever. De verlenging van de detachering tot meer dan 12 maanden kan enkel door de werkgever worden aangevraagd. Voor het bewijs van het behoud van de toepassing van de socialezekerheidsregeling van de uitzendlidstaat ontwierp de CASSTM het E101-formulier, voor de verlenging van de detachering het E102-formulier.

Besluit 181 van de Administratieve Commissie bepaalt dat het E101-formulier bij voorkeur wordt uitgereikt vóór het begin van het tijdvak van detachering. Het kan evenwel ook in de loop van dat tijdvak of zelfs na afloop ervan worden uitgereikt, en in dat geval kan het terugwerkende kracht hebben⁹⁵. Daarnaast voorziet het enkele punten die de

⁹⁵ H.v.J. 30 maart 2000, nr. C-178/97 (Banks), *Jur. H.v.J.* 2000, 2005.

samenwerkingsverplichting tussen de bevoegde socialezekerheidsorganen van de lidstaten proberen in de vullen, eveneens gebaseerd op de door het Hof van Justitie voorgestelde wijze van samenwerking tussen lidstaten wanneer zich problemen voordoen met betrekking tot het E101-formulier. Deze samenwerkingsplicht, gebaseerd op artikel 10 EG, houdt in dat het bevoegde orgaan van de uitzendende staat verplicht is de feiten die relevant zijn voor de toepassing van de detachingsregel, juist te beoordelen en dus ook moet nagaan of de gegevens in de E101 wel degelijk zijn ingevuld. Het E101-formulier moet dus ernstig genomen worden door het orgaan dat het verstrekt en de controle op de naleving van de voorwaarden voor detachering moet in beginsel nauwgezet gebeuren. Toch moet hier meteen vermeld worden dat het E101-formulier **geen formele vereiste** is voor een geldige detachering. Indien aan de reeds besproken vereisten voor detachering wordt voldaan, is de detachering wettig en dit ook bij afwezigheid van het formulier. Een detachering vloeit dus allerminst voort uit het bezit van een E101-formulier, zoals in vele bevoegde organen nog steeds wordt aangenomen. Het gebrek aan een E101 duidt dus niet op een onregelmatige situatie. Dit blijkt overigens duidelijk uit het feit dat het eventueel met terugwerkende kracht kan worden verstrekt. In die zin werd reeds door het EVA-Hof te Luxemburg beslist dat voor de toepassing van artikel 14(b)4, bij afwezigheid van een E101, de vlagstaat (lees: ontvangende staat) ook ander bewijsmateriaal waarmee de vervulling van de detachingsvoorwaarden kan worden bewezen, moet aanvaarden⁹⁶. In deze zaak had Noorwegen als ontvangende lidstaat immers, in de afwezigheid van E101-formulieren vanwege Griekenland als vestigingsstaat (lees: uitzendland) gepleit dat *“where form E101 has been issued, the evaluation made is binding on other States [...] In the view of the Defendant [Noorwegen], the same consideration applies where the State of residence does not issue form E101. The Defendant asserts that the social security authorities and the courts in Norway are not competent to overrule the competent Greek institution in this matter”*. Noorwegen paste hier de rechtspraak van het Hof van Justitie in omgekeerde richting toe en achtte zich gebonden door het niet afgeven van een E101-formulier door de uitzendende lidstaat, waardoor socialezekerheidsbijdragen zouden moeten worden betaald in Noorwegen als ontvangende lidstaat. Het EVA-Hof heeft deze redenering echter niet aanvaard. Het Hof van Justitie werd tot op heden nog niet geconfronteerd met dergelijke argumentatie, maar de arresten van het EVA-Hof hebben net als de rechtspraak van het Hof van Justitie evenmin juridisch bindende kracht in de E.E.R.-lidstaten, aangezien de rol van de rechtspraak formeel beperkt blijft tot de uitlegging en toepassing van de andere rechtsbronnen van Gemeenschapsrecht⁹⁷. Meer dan een moreel gezag heeft de rechtspraak immers niet ten aanzien van de lidstaten. Dit betekent dat de vervulling van de detachingsvoorwaarden ook kan worden aangetoond aan de hand van het voorleggen van de arbeidsovereenkomst, documenten die de voorafgaande onderwerping bewijzen, betalingsbewijzen, etc ...

Waar men dus enerzijds het formulier niet nodig heeft om van een geldige detachering te spreken in de zin van Verordening 1408/71, wordt aan het formulier anderzijds een grote juridische waarde gegeven indien het wel kan worden voorgelegd. In het arrest Fitzwilliam⁹⁸ sprak het Hof zich voor het eerst uit over het rechtskarakter van de E101. Verwijzend naar het arrest Knöller⁹⁹ stelt het Hof vast dat dergelijke verklaring, net als de regeling waarvoor zij wordt gebruikt, ertoe strekt het vrij verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten te vergemakkelijken. Met de E101 bevestigt het bevoegde orgaan van de

⁹⁶ EVA-Hof, nr. E-3/04 (Athanasios e.a.),

http://www.dinesider.no/customer/770660/archive/files/Decided%20Cases/2004/e_3_04decision-e.pdf.

⁹⁷ LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 623.

⁹⁸ H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883.

⁹⁹ H.v.J. 11 maart 1982, nr. C-93/81 (Knöller), *Jur. H.v.J.* 1982, 951.

uitzendlidstaat dat de gedetacheerde werknemer gedurende de detachingsperiode aan zijn eigen socialezekerheidsregeling onderworpen blijft. Nu in beginsel de werknemers bij één enkele socialezekerheidsregeling moeten zijn aangesloten, impliceert deze verklaring, dat de regeling van de andere lidstaat niet van toepassing kan zijn. Er wordt dus niet aan de samenwerkingsverplichting voldaan indien de organen van de ontvangende lidstaat stellen dat zij niet gebonden zijn aan de gegevens in de E101. Volgens het Hof creëert de E101 een vermoeden dat de gedetacheerde werknemers regelmatig zijn aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van de uitzendende lidstaat, hetgeen het bindend maakt voor het bevoegde orgaan van de lidstaat waarin die werknemers zijn gedetacheerd. Zoniet zou inbreuk worden gemaakt op het beginsel dat werknemers slechts bij één socialezekerheidsregeling zijn aangesloten en zou de rechtszekerheid in het gedrang komen¹⁰⁰.

Om een onrechtmatig beroep op de detachingsregel te vermijden werd in België een bijzondere bepaling ter verscherping van de controle ingevoerd. **Artikel 69 van de wet van 4 augustus 1978 houdende economische heroriëntering** bepaalt dat degene bij wie een werknemer wordt tewerkgesteld die beweert aan een vreemde socialezekerheidswetgeving onderworpen te zijn maar die geen E101 of E102 formulier kan voorleggen, binnen de 24 uur de sociale inspectie hiervan op de hoogte moet stellen. Niet-naleving van deze bepaling kan tot correctionele vervolging leiden. Hierop wordt occasioneel wel eens beroep gedaan door de Belgische inspectiediensten. Deze bepaling wordt echter opgeheven bij de inwerkingtreding van de wet tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen (zie verder). Aangezien het sanctiemechanisme voor eindgebruikers en opdrachtgevers dat in laatstgenoemd wetsontwerp wordt voorzien, geïnspireerd is op dat van artikel 69 en een breder toepassingsgebied heeft, vervalt dit artikel integraal bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet, op het ogenblik van het schrijven van dit rapport voorzien voor 1 januari 2007¹⁰¹.

IV.1.4.2 Interpretatieconflicten rond E101-formulieren

In het geval dat de lidstaat van ontvangst twijfels heeft over de juistheid van de informatie die door de E101 wordt verstrekt en dus over de toepasselijkheid van alle detachingsvoorwaarden op het concrete geval, moeten de betrokken lidstaten dit **interpretatieconflict** op de door het Hof uitgewerkte wijze oplossen. Zolang de E101 niet is ingetrokken of ongeldig verklaard, dient het bevoegde orgaan van de lidstaat waarin de werknemers zijn gedetacheerd er rekening mee te houden, dat de werknemers reeds zijn aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van de lidstaat waar de onderneming die hen tewerkstelt is gevestigd. Het bevoegde orgaan van de lidstaat die de E101-verklaring heeft afgegeven, dient echter de juistheid van die afgifte opnieuw te onderzoeken en de verklaring zo nodig in te trekken, wanneer het bevoegde orgaan van de lidstaat waarin de

¹⁰⁰ In de rechtspraak en rechtsleer waren voordien voorbeelden te vinden van de overtuiging dat het E101-formulier slechts een declaratieve waarde kon hebben. Cf. Arbrb. Tongeren 11 januari 1996, R.W. 1996-97, nr. 15, 506-507 en KAVELAARS, P., *Toewijzingsregels in het Europees sociaal-verzekeringsrecht*, Kluwer, Deventer, 1992, 389.

¹⁰¹ Het nieuwe systeem houdt een aantal verbeteringen in ten aanzien van de huidige situatie. Zo zullen “eerstedagsmeldingen” worden vermeden en wordt er een “detachingsbewijs” ingevoerd dat een bredere toepassing kent dan de E101, zich globaal uitstrekt i.p.v. binnen de E.E.R. en niet alleen betrekking heeft op werknemers, maar ook op zelfstandigen en stagiairs. Ook de betrouwbaarheid rond authenticiteit van een detachingsformulier vormt geen punt meer bij een elektronische aanmelding die on-line kan worden opgezocht. Bovendien komen er vormvereisten voor de melding en worden de meldingen gecentraliseerd en elektronisch beschikbaar voor alle inspectiediensten. De aangever ontvangt een ontvangstbewijs dat dienst moet doen als bewijs van melding bij een controle door de inspectiediensten.

werknemers zijn gedetacheerd twijfels uit over de juistheid van de feiten die aan die verklaring ten grondslag liggen en dus van de daarin opgenomen gegevens. Indien de betrokken organen het niet kunnen eens worden over de beoordeling van de concrete feiten van een specifieke situatie, staat het hun vrij de zaak voor te leggen aan de Administratieve Commissie. Indien zelfs de CASSTM er niet in slaagt de standpunten van de bevoegde organen te verzoenen, staat het de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokken werknemers zijn gedetacheerd vrij, met behoud van eventuele mogelijkheden van beroep in rechte in de lidstaat van het afgevend orgaan, een niet-nakomingsprocedure in de zin van artikel 227 EG (lidstaat t. lidstaat) in te leiden en zodoende het Hof van Justitie de mogelijkheid te geven om zich finaal over het concrete geval te buigen. Aangezien lidstaten elkaar daarover zelden interpellieren in het kader van de Administratieve Commissie¹⁰², laat staan via een trage niet-nakomingsprocedure voor het Hof, moet de oplossing vooral worden gezocht in een goede uitwerking van de samenwerkingsprocedure¹⁰³.

Op basis van deze rechtspraak geeft de Administratieve Commissie in Besluit 181 mee dat de gegevens in het formulier E101 als bindend moeten worden beschouwd door het bevoegde orgaan van de lidstaat van tewerkstelling en van alle andere lidstaten, zolang die verklaring niet ingetrokken of ongeldig verklaard is door het bevoegde orgaan van de uitzendende staat. Bovendien herhaalt het besluit de door het Hof uitgewerkte samenwerkingsprocedure¹⁰⁴, waarbij de voorlegging aan de CASSTM concreet moet gebeuren door een nota van het bevoegde orgaan via de regeringsvertegenwoordiger in de CASSTM, die wordt behandeld tijdens de eerste vergadering na de twintigste dag te rekenen vanaf de indiening van de nota.

Met deze rechtspraak stond het onomkeerbaar vast dat de onder de Verordening bevoegde instellingen een E101-formulier onder geen enkel beding naast zich neer konden leggen. Zolang de bevoegde instelling van de uitzendlidstaat dat niet doet, moet de ontvangstlidstaat dit ten volle respecteren en bij twijfels de eerste lidstaat proberen te overtuigen van hun gelijk. Indien dat niet helpt zullen de lidstaten het in de CASSTM of voor het Hof van Justitie moeten uitvechten. Hoe overdacht de procedure die door het Hof werd uitgewerkt ook moge zijn, in de praktijk brengen de lidstaten dergelijke zaken zelden voor de Administratieve Commissie, laat staan dat ze elkaar beginnen bestoken met rechtszaken voor het Hof. Recentelijk werd deze “E101-samenwerkingsprocedure” nogmaals herhaald in het arrest **Herbosch Kiere**¹⁰⁵ en werd daarenboven de bindende waarde van het E101-formulier nogmaals bevestigd en bekrachtigd. In deze zaak, waarin de Belgische R.S.Z. de bindende kracht van een E101 opnieuw in vraag stelde, wilde de Belgische rechter namelijk weten of een rechter van een andere lidstaat dan diegene die het E101-formulier heeft afgeleverd het genoemd bewijs naast zich mag neerleggen en/of nietig verklaren, indien uit de feitelijke omstandigheden welke aan zijn beoordeling worden voorgelegd, moet worden besloten dat de organische band tussen de uitzendende onderneming en de gedetacheerde werknemer gedurende de detacheringsperiode niet aanwezig was. Niet al te verrassend antwoordde het

¹⁰² De procedure van art. 227 EG wordt als te log en politiek gevoelig beschouwd om als efficiënt kanaal te dienen voor de intrekking van een E101-formulier. DE PAUW, B., “Het formulier E101 nu onaantastbaar?”, *Expat News* 2006, No. 4, 10.

¹⁰³ DE PAUW, B., “Het arrest Fitzwilliam van het Europees Hof van Justitie: een verduidelijking van het detacheringsbegrip?”, J.T.T. 2000, 298.

¹⁰⁴ DE NYS, V., “Besluit nr. 181: verduidelijking van het detacheringsbegrip”, *Expat News* 2002, No. 10, 23.

¹⁰⁵ H.v.J. 26 januari 2006, nr. C-2/05 (Herbosch Kiere), *Jur. H.v.J.* 2006, nng.

Hof dat ook de nationale rechter het loyauteitsprincipe in de samenwerking tussen de lidstaten niet in de weg mag staan. Indien de bevoegde instelling van de lidstaat van ontvangst van de gedetacheerde werknemer een E101-verklaring ongeldig kon laten verklaren door een rechterlijke instantie van die lidstaat, zou het op de loyale samenwerking tussen de bevoegde organen van de lidstaten gebaseerde stelsel immers in gevaar kunnen komen. Zolang de E101 niet werd ingetrokken of ongeldig verklaard, geldt deze in de interne rechtsorde van de lidstaat waarin de betrokken werknemers zijn gedetacheerd en bindt zij dan ook “alle organen” ervan. Hieruit volgt dat een rechterlijke instantie van de lidstaat van ontvangst evenmin bevoegd is de geldigheid na te gaan van een E101-formulier wat betreft de staving van de feiten op grond waarvan een dergelijke verklaring is afgegeven, met name het bestaan van een organische band tussen de onderneming die de werknemer detacheert en de gedetacheerde werknemer. Nochtans had het Belgische Hof van Cassatie dat de R.S.Z. reeds in 2003 proberen duidelijk maken in zijn arrest R.S.Z. t. Frangema Staal¹⁰⁶, waarin het “visionair” stelde dat uit het arrest Fitzwilliam van het Hof van Justitie volgt dat de rechter van de lidstaat van tewerkstelling niet bevoegd is om de geldigheid en waarachtigheid van de E101-verklaring door het bevoegde orgaan van de uitzendende lidstaat te beoordelen.

Men kan hier natuurlijk de vraag opwerpen waarom een nationale rechter van het lidstaat van tewerkstelling op gelijke hoogte wordt geplaatst van de bevoegde organen uit die lidstaat. Dat de R.S.Z. als bevoegd orgaan een E101-formulier dat uitgegeven werd door een bevoegd orgaan in een andere lidstaat niet in twijfel mag trekken, kan gemakkelijk worden aanvaard omdat de R.S.Z. betrokken partij is en er met deze instelling geen tegensprekelijk debat kan worden gevoerd. Met Herbosch Kiere heeft het Hof van Justitie echter ook beslist dat er geen tegensprekelijk debat mogelijk is voor de rechter in het land van tewerkstelling, terwijl de rechter in het uitzendland wel nog steeds bevoegd is om dat te doen. De enige verklaring die hieraan kan worden gegeven is dat het Hof elke inmenging door de nationale rechtsorde van de lidstaat van tewerkstelling in deze heeft willen voorkomen teneinde de eenvormige toepassing van Europees recht te verzekeren. Een bijkomend en niet te verwaarlozen nadelig effect van de uitsluiting van de rechter van de lidstaat van tewerkstelling is dat dit de evolutieve kracht en dynamiek die tot nu alleen van de kant van het Hof van Justitie werd waargenomen, volledig kan stilleggen. De praktijk leert dat conflicten in het kader van een E101 hun oplossing niet vinden in de CASSTM, alleen al omwille van het vereiste van unanimitéit om te beslissen, maar vooral door de afwezigheid van een adequate procedure hiervoor¹⁰⁷. Tot op heden heeft enkel het Hof van Justitie de interpretatie en correcte toepassing van de detachingsregel echt vooruit geholpen. Deze rechtspraak sproot echter steeds voort uit geschillen voor de rechter van het land van tewerkstelling. Na Herbosch Kiere moet men niet meer met E101-conflicten naar deze rechter stappen en de kans is zeer klein dat men in het uitzendland zal procederen, waardoor sinds Herbosch Kiere de weg naar interpretatie door het Hof van Justitie werd afgesneden.

Het zal duidelijk zijn dat door deze onvermurwbare houding van het Hof over de sterke juridische waarde van E101-formulieren, waarbij het geen aandacht besteedt aan praktische overwegingen van de lidstaten maar strikt de juridische weg blijft bewandelen¹⁰⁸, de geattesteerde werkelijkheid primeert op de feitelijke werkelijkheid. Zoals reeds gezegd, ontstaat er in vele gevallen van detachering van werknemers een band tussen de

¹⁰⁶ Cass. 2 juni 2003 (R.S.Z. / Frangema Staal), *Pas.* 2003, afl. 5-6, 1099.

¹⁰⁷ DE PAUW, B., “Het formulier E101 nu onaantastbaar?”, *Expatriate News* 2006, No. 4, 10.

¹⁰⁸ DE PAUW, B., “Mogen zelfstandigen nu kiezen waar ze sociale zekerheid betalen in de E.E.R.? Het arrest Barry Banks van het Europees Hof van Justitie”, *T.S.R.* 2000, 644-661 en ANTHONISSEN, K., “Terbeschikkingstelling en socialezekerheidsbijdragen”, *Doc. Min. Fin.* 2003, nr. 6, 53.

gedetacheerde werknemers en de ontvangende werkgever. Vaak leunt deze band heel nauw aan bij de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemers en wordt dus een deel van het gezag de facto overgedragen. Waar het al moeilijk, maar toch normaal is dat het orgaan van de uitzendstaat bevoegd is om het bestaan van de organische band tussen de werknemer en de detacherende werkgever vast te stellen, kan dit orgaan echter geen vaststellingen doen over het behoud van die relatie tijdens de detacheringsperiode. Het zijn logischerwijs de inspectiediensten van de lidstaat van ontvangst die zich daarover het best kunnen uitspreken. Door de recente rechtspraak van het Hof werd hen echter elke mogelijkheid ontnomen om aan de vastgestelde realiteit juridische gevolgen te verbinden. De uitspraak van het Hof in *Herbosch Kiere* is voor deze diensten vooral frustrerend gelet op de grote kloof tussen enerzijds de juridische waarde die het Hof aan het formulier toeschrijft en anderzijds de inhoudsloosheid en vaak waardeloosheid van dergelijke formulieren in de praktijk. Het lijkt raadzaam om in dit kader verder na te denken over een betere gegevensuitwisseling tussen de lidstaten of het toekennen van bepaalde bevoegdheden inzake vaststelling van het behoud van de organische band aan de lidstaat van ontvangst.

IV.1.4.3 De E101: juridische kracht tegenover reële zwakte

Het **E101-formulier is zeer fraudegevoelig**¹⁰⁹. Vooreerst is de authenticiteit een groot probleem, want de inspectiediensten krijgen maar heel zelden originele formulieren te zien. Als er een origineel bestaat, wordt het vaak op de zetel van de onderneming gehouden en krijgen de betrokken werknemers een kopie mee of wordt een kopie doorgestuurd naar de bevoegde instelling. Het E101-formulier is beschikbaar op het internet, waardoor het een kleine moeite is om dit formulier te downloaden en als vals bewijs te gebruiken dat de socialezekerheidswetgeving van de lidstaat van oorsprong van toepassing blijft. Vervalsingen werden reeds aangetroffen in de vorm van namaak van de stempels van de bevoegde instelling in het uitzendland, waarbij de onregelmatigheid dan ontdekt wordt door het gebruik van kleine letters waar anders grote letters staan of door het afstempelen van een verkeerd telefoonnummer van de bevoegde instelling. Vele E101's worden met de hand ingevuld. Wanneer werknemers een valse E101 in hun bezit hebben, is het de vraag welke lidstaat recht heeft op de socialezekerheidsbijdragen voor de bewuste werknemer. Een vals detacheringsformulier staat immers gelijk aan de afwezigheid van een detacheringsformulier, maar dit staat in beginsel niet noodzakelijk gelijk aan de onwettigheid van de detachering zelf. Om een detachering in twijfel te trekken, moeten in de huidige stand van de Europese regelgeving en rechtspraak, de bevoegde instanties uit de lidstaat van herkomst worden ingeschakeld.

Ook hier zou een intense samenwerking tussen de bevoegde lidstaten een uitkomst moeten bieden. Indien zij elkaar zonder al te veel administratieve rompslomp om advies konden vragen over de socialezekerheidssituatie van deze of gene werknemer, kan in dergelijke situaties relatief vlug klaarheid worden gebracht. Indien er zich onregelmatigheden voordoen met betrekking tot E101-formulieren, kan dit door de diensten van de FOD Sociale Zekerheid worden onderzocht. Zij proberen door contacten met het land van uitgifte na te gaan of de gegevens in de E101 wel correct zijn, maar bij dergelijk onderzoek duurt het veel te lang vooraleer men de relevante informatie terugkrijgt (gemakkelijk 6 tot 8 maanden) en dan wordt het meestal moeilijk om daarvoor het onderzoek te heropenen. Het voordeel van de uitkomst van dergelijk onderzoek is vaak dat men bij latere controles kan onthouden dat het bedrijf reeds eerder betrokken was bij detacheringsfraude. Ook de vaststellingen van slecht

¹⁰⁹ ANTHONISSEN, K., "Terbeschikkingstelling en socialezekerheidsbijdragen", *Doc. Min. Fin.* 2003, nr. 6, 53.

ingevulde formulieren zijn legio, zoals E101's die aangeven: "tewerkstelling op het gehele Belgische grondgebied voor verschillende werkgevers". Hierbij kan de fundamentele vraag gesteld worden wat er precies op een E101-formulier moet ingevuld zijn om het als een geldig detacheringsbewijs te beschouwen. Het antwoord is "zeer weinig". Op een E101 staan een aantal voor controle-doeleinden noodzakelijke gegevens. Van cruciaal belang is bijvoorbeeld de volledige naam van de werknemer. Indien enkel de voornaam van de persoon is ingevuld, kan men moeilijk nog over een rechtsgeldig formulier spreken, aangezien inspectiediensten zelfs niet tot een basisidentificatie kunnen overgaan. Een formulier waar geen land van bestemming op staat kan evenmin als rechtsgeldig beschouwd worden. Maar op het standaardformulier staan ook een reeks gegevens die helemaal niet essentieel zijn voor een controle, zoals gegevens inzake betaling van sociale bijdragen, gegevens betreffende de indiensttreding van de werknemer, etc ... Na de beslissingen in de arresten Fitzwilliam, Banks en Herbosch Kiere kan de vraag gesteld worden door welke elementen van het formulier het land van tewerkstelling nu eigenlijk gebonden is. Hierop lijkt het enige juist antwoord te zijn dat, wanneer de basisidentificatie kan gebeuren, men gebonden is door het formulier, zelfs al zijn alle andere onderdelen niet ingevuld. Men is daarentegen niet gebonden indien men dergelijke identificatie niet kan verrichten of door formulieren die juridisch geen steek houden. Daar gaat het bijvoorbeeld om formulieren afgegeven door een ander land waar op het formulier als woonplaats België vermeld staat, met tewerkstellingsplaats België en Duitsland. In overleg met de R.S.Z. stelde de Sociale Inspectie afdeling Antwerpen een lijst op van data, bij gebrek waaraan een E101 als nietig kan worden beschouwd. Het gaat om "land van waaruit gedetacheerd wordt", "periode van detachering", "identificatie van de werkgever", "identificatie van de werknemer", "identificatie van het bevoegde orgaan" en "plaats van tewerkstelling". Gelet op bovenstaande conclusie rond de vereiste basisgegevens, zal deze lijst moeten worden ingekort. De volgende logische vraag is dan natuurlijk waarom de "overbodige informatie" überhaupt nog zou moeten worden ingevuld op een E101. Hier zou de CASSTM eigenlijk een keuze moeten maken tussen een basisformulier dat men moet aanvaarden indien het ingevuld is of een formulier waar zeer veel gegevens op staan, maar waarop alles moet worden ingevuld om rechtsgeldig te zijn. Op dit ogenblik zijn er immers veel te veel verschillen naargelang het uitzendland¹¹⁰.

Reeds lang¹¹¹ wordt vastgesteld dat de bevoegde organen in verschillende lidstaten al te licht omspringen met de controle van de inhoudelijke detachingsvoorwaarden vooraleer een detachingsformulier wordt afgegeven. De afgifte is daar een loutere formaliteit en gebeurt op eenvoudig verzoek zonder de vervulling van de detachingsvoorwaarden in het concrete geval effectief na te gaan. Vandaag de dag is dat niet anders, tot grote ergernis van landen waar nauwgezet wordt toegezien op de vervulling van de inhoudelijke voorwaarden voor detachering, zoals België. Zo werd door middel van een brief van de dienst migrerende werknemers van de R.S.Z. aan een Duitse AOK gevraagd om na te gaan of een onderneming die werknemers naar België had gedetacheerd ook activiteiten had in Duitsland. De AOK antwoordde dat zij deze vraag niet kon beantwoorden, omdat zij dit niet kon onderzoeken. Nochtans had dezelfde AOK voor de betrokken onderneming E101's voor detachering naar België afgeleverd. In het kader van verschillende controles werd vastgesteld dat bepaalde Duitse AOK's al jaren E101's afgeven voor Belgen en Fransen die naar België worden gedetacheerd, maar zelf verklaren nog geen dag in Duitsland te hebben gewerkt. In Nederland is de situatie zeer bijzonder. Daar hebben de bevoegde instellingen geen toegang

¹¹⁰ Bevraging Grensoverschrijdende Tewerkstelling en Sociale Bescherming, Interview met Bruno De Pauw, Dienst migrerende werknemers R.S.Z.

¹¹¹ VAN HOOGENBEMT, H., "Internationale detachering en terbeschikkingstelling van werknemers", in JORENS, Y. en VAN REGENMORTEL, A. (eds.), *Internationale detachering*, Die Keure, Bruges, 1993, 219.

tot de verzekeringsgegevens, dus zelf indien zij dat willen, kunnen zij niet controleren. Bij controles op zelfstandige Slovaakse poetsvrouwen werd door een verhoor vastgesteld dat de betrokkenen geen activiteit hadden als zelfstandige in Slowakije, maar toch waren zij in het bezit van een E101 voor zelfstandigen, afgegeven door de Slovaakse bevoegde instanties. Waar de Belgische bevoegde instanties op vragen over het statuut van een Belgisch verzekerde effectief onderzoeken welk statuut de betrokken persoon heeft in België, is dit vaak anders in andere lidstaten. Dergelijke aanvragen keren vaak terug uit nadat ze door de betrokken verzekerde zelf werden ingevuld. Ook in Nederland voert men geen onderzoek, maar beperkt men zich tot een verklaring van de betrokkene zelf. Problemen met Duitsland en Frankrijk situeren zich ook op het vlak van het aantal bevoegde instellingen (respectievelijk Caisses Primaires en Krankenkassen) die een E101-formulier kunnen afleveren. Het is zeer moeilijk om in deze landen een gesprekspartner te vinden over afgeleverde formulieren. Tenslotte moet een bevoegde instantie die een E101 uitreikt in beginsel een dubbel van het formulier opsturen naar de bevoegde instantie van de lidstaat van bestemming, maar zeer veel landen doen dit zelden of nooit.

IV.1.4.4 De afgifte van E101-formulieren in Polen

Volgens de voor de coördinatie van sociale zekerheid bevoegde Poolse instelling ZUS worden de bepalingen en richtlijnen inzake detachering van werknemers in Polen strikt nageleefd bij het uitvaardigen van het detachingsformulier E101. Vooraleer een Poolse werkgever dergelijk formulier in hande krijgt, wordt hij onderworpen aan een uitvoerige informatieprocedure om te controleren of de detachingsvoorwaarden voor hem en zijn werknemer(s) zijn vervuld. De ZUS probeer hierbij zeer nauwkeurig te werk te gaan en de beschikbare regels en richtlijnen na te leven, maar wordt toch met pijnpunten geconfronteerd die hun oorzaak vinden in de afwezigheid van definities en de aanwezigheid van vage begrippen in het juridische kader van sociaalrechtelijke detachering. Op de eerste plaats ontstaan er interpretatieproblemen rond het begrip “omzet”, wanneer zij willen nagaan of een bepaalde onderneming voldoet aan de voorwaarde dat zij substantiële activiteiten uitoefent in Polen. Hoewel de ‘Praktische Gids’ hiervoor “25% van de omzet” naar voor schuift, blijven vragen rijzen rond wat omzet precies is, hoe deze moet gemeten worden, in welke periode deze moet gecontroleerd worden, etc ... In Polen is er geen universele definitie van omzet, aangezien dit uiteraard eerder een economische en boekhoudkundige term is dan een juridische. Bovendien twijfelt men of men de fiscale betekenis van omzet zomaar mag overnemen. Daarom kiest men voor een pragmatische oplossing en aanvaardt men de verklaringen van de werkgever, op straffe van geldboetes indien deze informatie onjuist was. Ten tweede is men er niet uit hoelang een zelfstandige reeds activiteiten moet hebben ontplooid in Polen vooraleer hij zichzelf naar een andere lidstaat kan detacheren. Op de derde plaats weet men niet hoe men ongerechtvaardigde verlengingen van detachering kan tegengaan. Waar de ‘Praktische Gids’ voorschrijft dat men na een onderbreking van 2 maanden na een detachering opnieuw kan worden gedetacheerd, heeft men geen zicht op hoeveel onderbrekingen (2, 3, 5, ...?) kunnen worden aangewend voor het hernieuwen van de detachingsperiode, zonder dat dit een ongerechtvaardigde verlenging van de detachingsperiode wordt. Daarom wordt dit momenteel van geval tot geval beoordeeld, met het risico dat de ZUS wordt verweten te discrimineren bij de toepassing van deze bepalingen door de afwezigheid van een objectieve maatstaf. Tenslotte wordt de ZUS door Poolse werkgevers bekritiseerd omdat zij veel te streng zou optreden op het vlak van de afgifte van detachingsformulieren. Zij verwijzen daarvoor naar het gemak waarmee men in andere lidstaten een E101 kan bekomen en verklaren dat werkgevers enkel in Polen zo streng worden onderzocht en zoveel documenten moeten overleggen. Hoewel dit door de ZUS, als

meningen vanuit werkgeversmidden, in perspectief wordt geplaatst, merkt zij inderdaad dat andere landen het vaak niet zo nauw nemen met de controle op de naleving van de voorwaarden voor detachering.

Problems related to the application of the provisions on posting

The relevant institution in Poland for the practical execution of the provisions regarding applicable legislation, including provisions concerning posting workers for work abroad, is Social Insurance Institution (ZUS). This institution is burdened with main responsibility for correct application of the provisions of Regulations 1408/71, 574/72, Decision of Administrative Commission number 181, as also of guidelines included in “Practical guide for the posting of workers in the Member States of the European Union and the European Economic Area and in Switzerland”.

Before receiving the form E101 employers must prove that they really fulfill the requirements provided in provisions on the posting of workers. Social Insurance Institution, before issuing such a form, is carrying out an explanatory proceeding in order to establish whether the employer and the undertaker are fulfilling all the conditions required for the posting of workers. ZUS is trying to strictly follow the provisions regulating the conditions for issuing the form E101, yet their application still raises some controversies. Those controversies are due to the lack of certain definitions and introduction of some vague notions in those provisions.

One of the problems resulting from the lack of definitions or certain specifying notations concerns the proper understanding of the notion ‘turnover’.

Employer posting a Polish worker should perform a major part of his economic activity in Poland in order to obtain for his workers the form E101. One of the criteria for measuring this ‘major part of economic activity’ is the turnover accomplished in specified period of time in the posting member state and in the member states of temporary employment. According to “Practical guide for the posting of workers in the member states of the European Union and the European Economic Area and in Switzerland” the sum of 25% of the total turnover can be a sufficient indicator enabling the posting. However, none of the legal acts from the area of the coordination of social security schemes does answer the following questions:

- what does the term ‘turnover’ exactly mean,
- how to measure this turnover,
- what period is to be taken when measuring this turnover, that is how to understand the term ‘in appropriate period of time’,
- what portion of this turnover accomplished in Poland is enough to say that given entrepreneur is performing ‘a major part of his economic activity’ in Poland.

In Polish legislation there is also a lack of one universal definition of ‘turnover’, which could be applied to every form of economic activity, regardless of the status of the employer/taxpayer. The lack of such definition follows from the fact that the category of ‘turnover’ is rather an economic, or accounting, term, not a legal one. Depending on the status of employer is also the manner of recording and calculating the amount of accomplished turnover.

Although it can be settled on that the definition of ‘turnover’ refers to the amount of the net profit from the sale of goods, products, services, financial operations, but it does not follow from the acts of Community law that the criterion of turnover can be replaced with the criterion of income in the meaning of tax-law provisions. In this situation- in the opinion of the Ministry- the solution that seems most accurate is the accepting of the statements on the turnover, submitted by interested persons, under the threat of penalties. Obviously, such

solution is not an ideal one. However, it needs to be taken into account that the lack of the consistent definition of certain terms compels the acceptance of certain rules and certain solutions regarded as accurate in given states.

The other example of a notion that raises doubts concerning the right way to understand and apply it is the ambiguous notion 'certain period of time'.

Self-employed persons can obtain the E101 form under the condition that before commencing performing work in the territory of other state they had already been performing economic activity for a 'certain period of time' in the territory of posting state. However, there is no provision that would specify what period of time is sufficient to declare that the person is entitled to receive the E101 form.

Next example concerning the difficulty with the application of provisions in this area is the problem of the so-called unjustified prolonging of posting.

According to the suggestions included in "Practical guide for the posting of workers..." if a person terminates the primary period of posting and then, after the at least 2 months break, is posted again to the same state than it can be said that new period of posting has commenced. In consequence, new 12-months period is being calculated anew. However, both "Practical guide for the posting of workers..." and Decision number 181 state that unjustified prolonging of posting because of recurring breaks should be avoided.

In this context the question arises when taking advantage of breaks in posting amounts to the unjustified prolonging of posting. None of the abovementioned legal acts gives an answer to that question. Therefore it is not known whether taking advantage of 2 or 3, or rather of 5 breaks in posting amounts to the misuse of the rules of posting.

In the consequence of the lack of one, unambiguous rule every case needs to be considered individually, which demands the greater commitment on the side of Social Insurance Institution employers when deciding on a given case, and can always be a basis for the critique of ZUS workers, whose decisions can be judged one-sidedly and not objectively.

The attention needs also to be turned to one additional aspect, or rather an objection with which both ZUS and the Ministry are often confronted. Many employers claim that obtaining in Poland the form E101, or E 102 is extremely difficult, much more difficult than in other member states. The accusation appears that only in Poland employers are so thoroughly examined in respect to whether they fulfill the conditions for the posting of workers and that only in Poland they have to submit so many documents in order to obtain the required form of a E type. Repeatedly one could hear from employers that obtaining the E101 form in France, for instance, is very simple and employer is not faced with such rigid control as in Poland.

Of course those are only the opinions of employers. There is no reliable data that would enable to check whether the situation looks like this. Contacts with the institutions of other states confirm to a certain extent that sometimes the provisions are being applied differently in different states and that in some states the approach in this respect is much more liberal than in Poland.

It seems, however, that by following strictly the provisions concerning the posting of workers Social Insurance Institution (ZUS) is protecting itself against the accusations that would suggest the negligence of the limits regulating the entrance to the foreign labour markets.

IV.1.6 Detachering in de nieuwe Verordening 883/2004 en in het voorstel voor een nieuwe Implementatieverordening

In 2004 trad Verordening 883/2004 in werking. Deze verordening komt in de plaats van Verordening 1408/71 en moet de coördinatieregels moderniseren en simplificeren. Deze

nieuwe socialezekerheidsverordening werd begin 2004 door het Europese besluitvormingsproces gesleurd omdat men wou vermijden dat zij na 1 mei 2004, de datum waarop de 10 recentste lidstaten van de EU zijn toegetreden, met 25 zou moeten worden gestemd. Dit heeft ervoor gezorgd dat het werk helemaal nog niet af was, waardoor de Verordening op vandaag wel van kracht is, maar nog niet toepasselijk. Zij zal pas van toepassing worden wanneer alle werkzaamheden zijn afgerond. Die andere werkzaamheden bestaan uit het opstellen van een aantal annexen bij de Verordening, maar voornamelijk uit het uitwerken van een vervanginstrument voor de toepassingsverordening 574/72, waarvoor de Europese Commissie reeds het voorstel¹¹² heeft op tafel gelegd. Zowel in de nieuwe Verordening 883/2004 als in het hangende voorstel voor een nieuwe implementatieverordening kunnen een aantal, zij het geen wereldschokkende, nieuwigheden worden aangeduid.

Waar we hierboven wezen op de beknopte en vage tekst van de detachingsregel, moeten we vaststellen dat deze in essentie relatief ongewijzigd werd opgenomen in de nieuwe tekst van Verordening 883/2004: *“Degene die werkzaamheden in loondienst verricht in een lidstaat voor rekening van een werkgever die daar zijn werkzaamheden normaliter verricht, en die door deze werkgever wordt gedetacheerd om voor zijn rekening werkzaamheden in een andere lidstaat te verrichten, blijft onderworpen aan de wetgeving van de eerstbedoelde lidstaat, mits de te verwachten duur van die werkzaamheden niet meer dan vierentwintig maanden bedraagt en de betrokkene niet wordt uitgezonden om een ander te vervangen”*. Meteen valt op dat de grootste wijziging die werd aangebracht de duur van de detachingsperiode betreft. De mogelijkheid om de detachering van 12 maanden te verlengen met een nieuwe periode van maximaal 12 maanden werd geschrapt en de initiële detachingsperiode werd op een volledige duur van 24 maanden gebracht. Deze wijziging werd aangebracht omdat het reeds lang duidelijk was dat de termijn van 12 maanden niet meer voldeed in de recente context van grensoverschrijdende tewerkstelling, waarbij lidstaten steeds meer mogelijkheden creëerden voor langere detacheringen¹¹³. In de praktijk kunnen immers twee grote types detacheringen worden onderscheiden. Op de eerste plaats de korte detacheringen die verbonden zijn aan het vervullen van een bepaalde opdracht en die een paar dagen tot een paar maanden duren. Ten tweede zijn er de intra-concern detacheringen die meestal meteen meer dan 2 jaar duren. Dit betekent dat er hoe dan ook zeer weinig E102-formulieren worden afgeleverd, want de korte detacheringen lopen meestal af binnen het jaar en de langere detacheringen moeten toch door een art. 17-overeenkomst worden geregeld.

In de nieuwe bepaling wordt niet meer over een uitzendende onderneming gesproken, maar over een uitzendende werkgever. Bovendien wordt de band tussen de uitgezonden werknemer en de onderneming in de lidstaat van oorsprong voortaan minder expliciet omschreven en werd gekozen voor een omschrijving van de band tussen de oorspronkelijke werkgever en de lidstaat waar deze laatste zijn werkzaamheden verricht. De bepaling “voor een onderneming waaraan hij [de werknemer] normaal verbonden is” werd aldus vervangen door “een werkgever die daar zijn werkzaamheden normaliter verricht”. Waar men bij eerste lezing dus zou kunnen vermoeden dat de band tussen de gedetacheerde werknemer en de detacherende werkgever wat losser kan, lijkt het erop dat de volledige bepaling “voor rekening van een werkgever die daar zijn werkzaamheden normaliter verricht” met de

¹¹² Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening 883/2004/EG betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, COM(2006)16 def.

¹¹³ JORENS, Y., “De nieuwe EG-Verordening 1408/71 inzake de sociale zekerheid van migrerende personen: naar een vereenvoudiging en modernisering?”, *T.S.R.* 2004, afl. 1, 193-231.

woorden “voor rekening van” moet garanderen dat de band tussen de oorspronkelijke werkgever en de gedetacheerde werknemer ook “organisch” moet zijn zoals hij moet blijven verder bestaan gedurende de periode van detachering, waar hij eveneens “voor zijn rekening” werkzaamheden gaat verrichten in een andere lidstaat. Nu staat er wel expliciet dat de werkgever substantiële activiteiten moet hebben in het uitzendland, maar dit maakt op zich geen verschil met de huidige toestand, want dit wordt reeds geregeld door toepassing van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Desalniettemin is het zeer positief dat dit door de rechtspraak ontwikkelde essentiële vereiste in een belangrijke Europees wetgevend instrument werd opgenomen. Daarnaast werd “arbeid verrichten in een andere lidstaat” vervangen door “werkzaamheden verrichten in een andere lidstaat”, maar deze tekstwijziging kan geen verandering aanbrengen in de voorwaarden van detachering, aangezien door de rest van de tekst de organische band tussen de gedetacheerde en zijn werkgever moet behouden blijven. Uit vroegere rechtspraak valt ten andere af te leiden dat “arbeid” voor de toepassing van de Verordening dezelfde betekenis heeft als “werkzaamheden”¹¹⁴. In zijn geheel genomen lijkt de nieuwe bepaling dus, los van de nieuwe detacheringstermijn, geen fundamentele wijzigingen aan de bestaande toestand aan te brengen. Dit betekent enerzijds dat er wellicht geen anderszins onder het gras moeten worden gezocht in deze nieuwe bepalingen, maar anderzijds ook dat men het ook in de nieuwe Verordening met even vage en voor verschillende interpretaties vatbare detacheringvoorwaarden zal moeten stellen¹¹⁵. Wellicht zullen meer controverses ontstaan rond de nieuwe bepalingen inzake de detachering van zelfstandigen (zie verder).

Hoewel lichtjes voorbarig, aangezien het voorstel voor een **nieuwe Implementatieverordening** nog steeds hangende is en het nog alle kanten uit kan gedurende het verdere besluitvormingsproces, is het opportuun ook de hierin geïntroduceerde nieuwe bepalingen met betrekking tot het detacheren van werknemers aan te raken. Vooreerst moet worden opgemerkt dat er geen bepalingen inzake E-formulieren in de nieuwe tekst werden opgenomen. Eén van de basisprincipes van het toekomstige coördinatiesysteem is immers dat de gegevensuitwisseling tussen de organen, toegangspunten of verbindingsorganen langs elektronische weg in een gemeenschappelijke beveiligde omgeving zal geschieden. Ook het E101-formulier zal dus tot de verleden tijd behoren eenmaal alle voorbereidende werkzaamheden voor de elektronische uitwisseling van informatie zijn afgerond. Hoe dan ook werd in het voorstel een bepaling opgenomen betreffende de juridische waarde van in een andere lidstaat opgestelde documenten en bewijsstukken, waarin de boven besproken rechtspraak¹¹⁶ van het Hof van Justitie met betrekking tot de juridische waarde alsook betreffende de afhandeling tussen de betrokken lidstaten in geval van twijfel letterlijk werd overgenomen. Specifiek met betrekking tot de detachering van werknemers werd een nieuwe bepaling in het voorstel opgenomen die een verplichting tot kennisgeving van detachering inhield. Volgens artikel 16 van het oorspronkelijke Commissievoorstel voor een nieuwe Implementatieverordening zou de werkgever die een werknemer detachert om voor zijn rekening in een andere lidstaat werkzaamheden te verrichten, het bevoegde orgaan van de lidstaat waarvan de wettelijke regeling van toepassing blijft, daarvan – indien mogelijk vooraf – in kennis moeten stellen. Dit orgaan zou dan op zijn beurt het orgaan van de lidstaat waarnaar de werknemer gedetacheerd wordt, daarvan in kennis moeten stellen. Tijdens de besprekingen van het voorstel in de Raad werd deze bepaling echter geschrapt na verzet van

¹¹⁴ H.v.J. 30 maart 2000, nr. C-178/97 (Banks), *Jur. H.v.J.* 2000, 2005.

¹¹⁵ PIETERS, D., “Kritische situering van de hervorming van de Europese Coördinatieverordening”, *B.T.S.Z.* 2004, Vol. 4, 660.

¹¹⁶ H.v.J. 30 maart 2000, nr. C-178/97 (Banks), *Jur. H.v.J.* 2000, 2005; H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883 en H.v.J. 26 januari 2006, nr. C-2/05 (Herbosch Kiere), *Jur. H.v.J.* 2006, nng.

een groot aantal lidstaten. Hoewel deze verplichting tot kennisgeving van detacheringen in het kader van de sociale zekerheidsverordening een maatregel was die de controle op deze vorm van grensoverschrijdende tewerkstelling zou verhogen, was het op zijn minst verrassend te noemen dat deze door de Europese Commissie werd opgenomen in een in de nationale rechtsorde rechtstreeks toepasselijk Europees rechtsinstrument zoals de Implementatieverordening. Waar de Commissie enerzijds wordt verdacht van het voeren van een kruistocht tegen bijkomende hinderpalen voor het vrij verrichten van diensten in het kader van nationale wetgeving met het oog op handhaving en controle (op het vlak van het arbeidsrecht), zou deze verordeningsbepaling een informatieplicht hebben geïntroduceerd op Europees niveau. Hoewel dergelijke loutere kennisgeving volgens het Hof volledig verenigbaar is met de fundamentele vrijheid van het vrij verkeer van diensten¹¹⁷, leek de invoering ervan door de Europese wetgever eigenaardig en dit zeker in het kader van de socialezekerheidscoördinatie. Indien dergelijke voor de lidstaten nuttige verplichting op supranationaal niveau zou worden ingevoerd, lijkt zij beter te passen in het kader van de inspanningen om de handhaving en controle van de bepalingen in de Detacheringsrichtlijn (zie verder) te verbeteren.

IV.2 ARTIKEL 30BIS EN GEDETACHEERDE WERKNEMERS

IV.2.1 Artikel 30bis: Hoofdelijke aansprakelijkheid, inhoudingsplicht en werfmelding

Artikel 30bis van de R.S.Z.-wet¹¹⁸ heeft betrekking op de regeling betreffende de hoofdelijke aansprakelijkheid van aannemers (éénieder die zich ertoe verbindt om tegen een prijs voor een opdrachtgever werken uit te voeren of te laten uitvoeren) en opdrachtgevers (eenieder die opdracht geeft om tegen een prijs werken uit te voeren of te laten uitvoeren) in de bouwsector. De uitgevoerde werken moeten “werken in onroerende staat” zijn. Zonder hier op de details van deze zeer technische regeling in te gaan, is een schets van de regeling onontbeerlijk voor het onderzoek, aangezien er vaak een beroep wordt op gedaan bij de controle op buitenlandse ondernemingen. Deze wetgeving kwam bovendien tot stand als wapen in de strijd tegen de koppelbazerij toen deze floreerde in de jaren 1970 en heeft haar actualiteitswaarde herwonnen door de problemen met deloyale concurrentie van buitenlandse werkgevers. Naast de hoofdelijke aansprakelijkheid en een inhoudingsplicht, bevat deze regeling een meldingsplicht (“werfmeldingen”) die de aannemer verplicht informatie door te spelen over een werf, alvorens de werken aan te vangen.

Wat de **hoofdelijke aansprakelijkheid** betreft, is een aannemer die voor bepaalde werken in onroerende staat (exclusief bouw) een beroep doet op een onderaannemer die niet geregistreerd is op het ogenblik van het afsluiten van de overeenkomst, hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de sociale schulden van zijn medecontractant. De bedoelde sociale schulden zijn de schulden bij de R.S.Z. die betrekking hebben op de kwartalen tijdens dewelke de betrokken werken werden uitgevoerd en de voorafgaande kwartalen. Eveneens worden als sociale schulden beschouwd voor de hoofdelijke aansprakelijkheid, de bijdragen die verschuldigd zijn aan de fondsen voor bestaanszekerheid voor de reeds genoemde periode. Wanneer voor de uitvoering van werken die ressorteren onder het PC 124 (bouw) een beroep is gedaan op één of meerdere onderaannemers die niet

¹¹⁷ H.v.J. 21 oktober 2004, nr. C-445/03 (Comm. t. Luxemburg), *Jur. H.v.J.* 2004, nng en H.v.J. 19 januari 2006, nr. C-244/04 (Comm. t. Duitsland), *Jur. H.v.J.* 2006, nng.

¹¹⁸

geregistreerd zijn op het ogenblik van het afsluiten van de hen betreffende overeenkomst, is elke aannemer daarenboven hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de sociale schulden van elke niet-geregistreerde onderaannemer die tussenkomt in de uitvoering van de werken die aan de aannemer zijn toevertrouwd. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid wordt eerst toegepast op de aannemer die een beroep heeft gedaan op de niet-geregistreerde onderaannemer en wordt in chronologische volgorde toegepast op de in een voorafgaand stadium tussenkomende aannemers, als de hiervoor vermelde aannemer nagelaten heeft de schulden van de niet-geregistreerde onderaannemer binnen dertig dagen na de betekening van een dwangbevel te vereffenen. Ze wordt beperkt tot 50 % van de totale prijs van de werken toevertrouwd aan de niet-geregistreerde onderaannemer, exclusief B.T.W. Ook opdrachtgevers (bouwheren) zijn voor de uitvoering van werking in onroerende staat hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de sociale schulden (idem als bij aannemers) van hun medecontractant, wanneer zij een beroep doen op een aannemer die niet geregistreerd is op het ogenblik van het afsluiten van de overeenkomst. Dit is echter niet het geval wanneer het gaat om een opdrachtgever-natuurlijke persoon die louter voor privé-doeleinden werken laat uitvoeren.

Naast de hoofdelijke aansprakelijkheid, voorziet artikel 30bis eveneens in een **inhoudingsplicht** ten gunste van de R.S.Z.. Voor werken in onroerende staat (exclusief bouw) moet elke aannemer bij betaling van een factuur aan een onderaannemer die niet geregistreerd is op het ogenblik van het afsluiten van de overeenkomst of op het ogenblik van de betaling van de factuur 15 % van het door hem verschuldigde bedrag, exclusief B.T.W., inhouden en doorstorten aan de R.S.Z. Voor de activiteiten die ressorteren onder PC 124 is elke aannemer verplicht om bij betaling van een factuur aan een onderaannemer 35 % van het door hem verschuldigde bedrag, exclusief B.T.W., in te houden en door te storten aan de R.S.Z. Hij wordt echter van deze inhouding en storting vrijgesteld indien de geregistreerde onderaannemer, op het ogenblik van de betaling, geen schulden heeft bij de R.S.Z. of een fonds voor bestaanszekerheid¹¹⁹. Maar een aannemer kan ook worden vrijgesteld van de inhoudingsplicht wanneer de onderaannemer niet geregistreerd is, met name wanneer deze een niet in België gevestigde werkgever is, die geen sociale schulden in België heeft en waarvan alle werknemers in het bezit zijn van een geldige E101 of E102. In de mate dat het betaalde bedrag niet wordt aangewend voor de aanzuivering van gerechtskosten, bijdragen, bijdrageopslagen, verwijlintresten en buitenlandse schuldvorderingen inzake socialezekerheidsbijdragen, verschuldigd door de onderaannemer in wiens hoofde het werd aangerekend, wordt het op zijn vraag door de R.S.Z. zo vlug mogelijk en uiterlijk binnen een termijn van zes maanden terugbetaald. Ook opdrachtgevers (bouwheren) moeten dergelijke inhoudingen doen wanneer zij aan een op het ogenblik van betaling niet-geregistreerde aannemer een deel of het geheel van de prijs betalen, maar de inhouding werd voor hen ook beperkt tot 15 % van het door hen verschuldigde bedrag, exclusief B.T.W.

Een derde luik van de 30bis-reglementering wordt gevormd door de **verplichting om werven te melden**. Deze komt erop neer dat een aannemer die ressorteert onder het PC 124 (bouw) aan de R.S.Z. alle inlichtingen moet verstrekken die nodig zijn om de belangrijkheid van de werken te ramen en er de opdrachtgever en, in voorkomend geval, in welk stadium ook, de onderaannemers van te identificeren. Hij moet dit doen alvorens de werken aan te vatten. Indien tijdens de uitvoering van de werken andere onderaannemers tussenkomen, moet deze aannemer voorafgaandelijk de R.S.Z. verwittigen. Daartoe moet iedere onderaannemer die op

¹¹⁹ Of voor de verschuldigde bedragen uitstel van betaling heeft gekregen zonder gerechtelijke procedure of bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing en de opgelegde termijnen strikt naleeft

zijn beurt een beroep doet op een andere onderaannemer, vooraf de aannemer daarvan in kennis stellen. De aannemer die deze verplichting niet naleeft is aan de R.S.Z. een som verschuldigd die gelijk is aan 5 % van het totaal bedrag van de werken, exclusief B.T.W., die niet gemeld werden. De onderaannemer die nalaat om aan de aannemer schriftelijk te signaleren dat hij beroep zal doen op één of meerdere onderaannemers, is aan de R.S.Z. een som verschuldigd die eveneens gelijk is aan 5 % van het totaal bedrag der werken, exclusief B.T.W., dat hij heeft toevertrouwd aan onderaannemer(s). De meldingsplicht is echter niet van toepassing op aannemers die geen beroep doen op een onderaannemer voor de werken die aan hen zijn toevertrouwd, waarvoor het totale bedrag, exclusief B.T.W., lager is dan 24.789,35 €. De R.S.Z. kan de aannemer en de onderaannemers vrijstellen van de betaling van de toegepaste sancties wanneer deze kunnen aantonen dat zij in de onmogelijkheid verkeerden hun verplichtingen binnen een redelijke termijn na te komen ingevolge een geval van verantwoorde overmacht, maar ook wanneer het gaat om een eerste overtreding terzake en voor zover geen enkele inbreuk op de socialezekerheidswetgeving werd vastgesteld die verband houdt met de werken die niet werden gemeld.

In het **Wetboek Inkomstenbelasting**¹²⁰ werd een gelijkaardige regeling uitgewerkt inzake hoofdelijke aansprakelijkheid en inhoudingsplicht met betrekking tot fiscale schulden. Zonder hier een gelijkaardige uiteenzetting van het systeem op te nemen, is het van belang te melden dat op het ogenblik van het opstellen van dit onderzoeksrapport, het fiscale luik van de registratiereglementering onder vuur ligt bij het **Hof van Justitie**¹²¹. België houdt in deze zaak vast aan het feit dat de regeling een maatregel is die zonder onderscheid van toepassing is op zowel Belgische als buitenlandse aannemers en geen enkele invloed heeft op de toegang tot of de uitoefening van de activiteit de Belgische markt. De Europese Commissie betoogt dat de regeling niet-geregistreerde buitenlandse aannemers afschrikt om diensten te verrichten in België en ook potentiële Belgische klanten afschrikt om op hen een beroep te doen. Volgens de Advocaat-Generaal heeft de Commissie in deze gelijk, aangezien zowel de hoofdelijke aansprakelijkheid en de inhoudingsplicht financiële gevolgen meebrengen voor niet-geregistreerde buitenlandse aannemers die zowel hen als hun potentiële Belgische klanten kunnen afschrikken en dus het vrij verkeer van diensten kunnen belemmeren. De Advocaat-Generaal laat het echter aan het Hof van Justitie om te beslissen of de Belgische regeling al dan niet discriminatoir is. Zij zou discriminatoir kunnen zijn indien kan worden aangetoond dat de niet-geregistreerde aannemers quasi exclusief buitenlandse aannemers zijn en in het bijzonder zij die hun diensten in België op occasionele basis willen aanbieden, terwijl de geregistreerde aannemer bijna allemaal Belgische aannemers zijn. Dit is natuurlijk van belang voor de rechtvaardigingsgronden waarop men een beroep kan doen, aangezien een direct of indirect discriminatoire maatregel enkel kan worden gerechtvaardigd door de uitzonderingen op het vrij verkeer van diensten die expliciet in artikel 46 EG werden opgenomen. Non-discriminatoire maatregelen kunnen worden gerechtvaardigd door de verdragsuitzonderingen, maar ook door andere dwingende redenen van algemeen belang. Hoe dan ook ziet de AG geen slaagkansen voor de Belgische reglementering. Zelfs indien deze als een non-discriminatoire maatregel zou worden beschouwd, is de AG van mening dat de regeling weliswaar kan worden gerechtvaardigd op basis van de strijd tegen fiscale fraude en de efficiëntie van fiscale controles, maar verder gaat dan nodig is om dit doel te bereiken en dus niet aan het evenredigheidsvereiste voldoet. Dit disproportioneel karakter leidt de AG af uit de algemene toepasselijkheid van de aansprakelijkheid en de inhouding op alle niet-

¹²⁰ Koninklijk besluit van 10 april 1992 tot coördinatie van wettelijke bepalingen inzake inkomstenbelastingen, BS van 30 juli 1992.

¹²¹ Conclusie van 6 april 2006 van Advocaat-Generaal Tizzano bij H.v.J., nr. C-433/04 (Commissie t. België).

geregistreerde aannemers waardoor men uitgaat van hun “frauduleuze intentie” zonder hun fiscale situatie na te gaan, maar ook uit de cumulatieve toepassing van de aansprakelijkheidsregeling en de inhoudingsplicht waarbij de medecontractant ook aansprakelijk is na reeds inhoudingen op de factuur te hebben gedaan. De AG is dan ook van mening dat deze doelstelling met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt, bijvoorbeeld door het verstrekken van informatie over hun fiscale situatie, in het bijzonder over eventuele schulden bij de Belgische fiscus. In Duitsland bestaat reeds dergelijke regeling.

IV.2.2 Art. 30bis in de praktijk

Over de registratiewetgeving en de ermee gepaard gaande aansprakelijkheidsregeling, inhoudings- en werfmeldingsplicht zijn de meningen overwegend positief en wordt vooral het preventieve karakter en de bruikbaarheid als drukkingsmiddel benadrukt. Een minderheid is van oordeel dat de registratiewetgeving weinig nut heeft bij de aanpak van buitenlandse ondernemingen. Indien een buitenlandse onderaannemer immers niet geregistreerd is, zal de hoofdaannemer gewoon de verplichte inhouding doen op de factuur. Er zijn meestal geen R.S.Z.-schulden en E101's, wat hun werkelijke waarde ook is, zijn eveneens in de meeste gevallen voorhanden. Er moet voor de fiscus 15 % ingehouden worden, maar na een jaar zal men deze inhouding dan toch terugkrijgen aangezien de kans klein is dat fiscale schulden worden opgebouwd. Dus besluit men dat er weinig tot geen gevaar bestaat bij de toepassing van deze reglementering in de relatie met buitenlandse aannemers, waardoor er voor buitenlandse firma's geen echte incentive bestaat om zich te laten registreren. Bovendien werd melding gemaakt van voorvallen waarbij registratiecommissie het registratienummer reeds aan een buitenlandse onderneming had toegekend, nog voor een onderzoek was gebeurd door I.S.W.. Tenslotte worden ook rond de registratiereglementering juridische constructies uitgebouwd die frauduleuze praktijken dienen in te dekken. Zo kan het voorbeeld gegeven worden van een naar Belgisch recht opgerichte vennootschap die een aanvraag deed voor registratie als onderneming zonder personeel. Deze firma werkte dan voor een grote bouwonderneming en sloot contracten af met verschillende Poolse ondernemingen of éénmanszaken om het werk uit te voeren. De geregistreerde firma zonder personeel diende hier als buffer voor de grote firma teneinde deze geen verantwoordelijkheid te laten dragen voor alles wat onder de tussenfirma gebeurt.

De meerderheid is ervan overtuigd dat er veel meer fraude zou plaatsvinden in de bouwsector mocht de registratieverplichting niet bestaan, aangezien deze een zeer goede preventieve werking heeft bij de meeste Belgische aannemers. De registratiewetgeving is vaak een belangrijk drukkingsmiddel voor de inspectiediensten om ondernemingen ertoe te bewegen een bepaald minimumpakket aan verplichtingen na te leven, omdat ze schrik hebben voor het niet-toekennen of schrappen van hun registratienummer. Een weigering van registratie kan ernstige gevolgen hebben voor sommige buitenlandse ondernemingen. Zo werd vastgesteld dat een Belgische firma beroep deed op een Poolse onderaannemer die een registratieaanvraag had ingediend. De registratie werd geweigerd en bijgevolg dienden er inhoudingen te gebeuren. In dergelijk geval ontstaan er vaak een liquiditeitsproblemen bij kleine buitenlandse onderaannemers. Wanneer zij dan blijven verderwerken, schept dit een vermoeden van fraude, aangezien het liquiditeitsprobleem sommige onderaannemers meestal de mogelijkheid ontnemt om verder te blijven werken. Indien de “controle vooraf” van de registratiewetgeving zou wegvallen, vreest men overspoeld te worden door malafide ondernemingen. Dergelijke ondernemingen achteraf aanpakken heeft meestal geen zin aangezien het werk dan gedaan is en zij veelal niet meer op te sporen zijn. Een voorafgaande

screening zoals deze nu bestaat wordt daarom als onontbeerlijk beschouwd. Indien deze zou wegvallen, is een vergaande solidaire aansprakelijkheid voor de gebruiker het enige waardige alternatief om een toename van misbruiken tegen te gaan. Deze responsabilisering van de gebruiker moet dan in de plaats treden van de garanties over aannemers die samen met de registratieverplichting zouden verdwijnen. Nu heeft men echter de indruk dat meer en meer buitenlandse ondernemingen ervoor kiezen om geregistreerd te worden en de ervaring leert dat vele ondernemingen deze registratie, eens verworven, graag willen behouden. Toch kan de registratiewetgeving ook in frauduleuze constructies worden aangewend als middel om deze een legale schijn te geven. Zo werd bij controles vastgesteld dat een Belgische aannemer een aanbod van een Nederlandse bemiddelaar die ervoor zou zorgen dat een Poolse firma in onderaanneming werken zou komen uitvoeren. Normaal gezien kostten deze werken, indien zij door Belgische werknemers worden uitgevoerd, tussen de 40 en de 45 € per m². De Nederlandse bemiddelaar bood deze diensten aan aan een bedrag van 30 € per m². Bij controle werden de contracten tussen de Poolse firma en Nederlandse bemiddelaar tussen de gecontroleerde documenten aangetroffen, waaruit bleek dat de Poolse firma werkte voor 18 € per m². De Poolse firma was dus werkzaam in België aan 1/3 van de Belgische prijs, waardoor Belgische ondernemingen uiteraard geen kans maakten om in concurrentie te treden met dergelijke aanbiedingen. Na een bepaalde tijd van activiteit op de Belgische markt profileerde de Nederlandse bemiddelaar zich als aannemingsbedrijf zonder personeel en liet zich registreren als aannemer in België voor code 28 (“diverse werkzaamheden” of “niet elders bedoelde werkzaamheden, bijkomstig of voortvloeiend uit andere hoofdwerkzaamheden”) in een andere provincie dan deze waar de genoemde vaststellingen werden gedaan. Als geregisteerde aannemer kon een hoofdaannemer zonder de problemen die gepaard gaan met niet-geregisteerde aannemers op hem beroep doen, maar op zijn beurt deed de Nederlandse “bemiddelaar-aannemer” een beroep op niet-geregisteerde Poolse onderaannemers, die meestal ver uit het zicht van de hoofdaannemer werken. In het concrete geval koos de betrokken hoofdaannemer echter na een bepaalde tijd voor rechtstreekse contracten met de Poolse firma en werd de Nederlandse tussenpersoon overbodig, nadat de hoofdaannemer er door I.S.W. op gewezen werd dat hij ingevolgde art. 30bis R.S.Z.-Wet hoofdelijk aansprakelijk was voor de keten van onderaannemers.

Hoewel deze reglementering voor de meeste inspectiediensten als een zeer waardevol instrument met vooral een nuttige preventieve werking wordt beschouwd, is zij voor de diensten die ze effectief moeten toepassen **veel te moeilijk** om er efficiënt mee op te treden. Het luik hoofdelijke aansprakelijkheid wordt als veel te ingewikkeld en daardoor ontoepasbaar beschouwd. Vooral de verschillende distincties die men in het systeem heeft ondergebracht maken het moeilijk hanteerbaar. Het onderscheid tussen een opdrachtgever en een aannemer beziet men als overbodig, maar ook het onderscheid naar welke soort werken worden verricht is in de praktijk zeer moeilijk toe te passen, aangezien het voor controleurs vaak een onoverkomelijke taak is om vast te stellen welke werken precies door de gecontroleerde werknemers worden uitgevoerd. Bovendien moeten inhoudingen gebeuren in andere sectoren dan de bouwsector, zoals de eveneens fraudegevoelige schoonmaaksector, maar daarop is noch de meldingsplicht noch de hoofdelijke aansprakelijkheidsregeling van toepassing. Ook de regels inzake de inhoudingsplicht worden als te complex bestempeld. Zo ziet men niet in waarom de percentages van de inhoudingen verschillen. In het licht van de hoofdelijke aansprakelijkheid worden de boetes bij het niet verrichten van de inhoudingen eveneens als pure ballast gezien. Men kan met dezelfde efficiëntie de hoofdelijke aansprakelijkheid toepassen, zonder nog eens de sancties voor het niet verrichten van inhoudingen te voorzien. Precies door de onaangepastheid van het systeem, past de Dienst Bijzondere Invordering van de R.S.Z. deze wetgeving enkel nog toe in faillissementsdossiers.

In actieve dossiers kan ze immers niet toegepast worden, aangezien met daar moet werken met een aleatoire schuld door de inhoudingsplicht die om het uur kan veranderen. Hierdoor loopt de R.S.Z. het risico een ingebrekestelling op te sturen en slechts een half uur later reeds een verbetering te moeten aanbrengen omdat de schuld gewijzigd is. Daarom focust men de toepassing op faillissementen, waar de schuld min of meer vaststaat. De regeling inzake werfmeldingen is iets eenvoudiger, maar heeft ook haar voor de praktijk vervelende bijzonderheden. Zo vervalt de vrijstelling voor een eerste inbreuk als er inbreuken vastgesteld worden op de werf tegen de socialezekerheidswetgeving, hetgeen gebeurt door middel van het opstellen van een P.V. Maar als de R.S.Z. een ingebrekestelling wil versturen, moet deze uiteraard een bewezen fout kunnen voorleggen. Om dat te kunnen, moet een uitspraak van de rechter worden afgewacht, moet men op de hoogte worden gesteld van deze uitspraak en pas dan kan een ingebrekestelling worden verstuurd. Aangezien dit opnieuw moeilijk hanteerbaar is, werd een interne regeling uitgedokterd die niet in de wetgeving wordt voorzien. Men gaat er daarbij vanuit dat de werfverslagen van de controleurs slechts een gedeelte van de informatie over de P.V.'s geven. Vaak staat er niet in deze werfverslagen vermeld dat er een P.V. opgesteld wordt omdat de controleur van het werfverslag niet op de hoogte kan zijn van het feit dat andere inspectiediensten enige tijd later een P.V. opstellen, zeker vóór het bestaan van GENESIS. Als er P.V. wordt opgesteld die niet tegen de hoofdaannemer met meldingsplicht gericht is, heeft hij daarin geen verantwoordelijkheid en wordt hem de vrijstelling toch toegekend. Daardoor krijgen ongetwijfeld veel aannemers onterecht deze vrijstelling. Tenslotte worden relatief veel mensen voor de toepassing van deze wetgeving tewerkgesteld die er ontzettend veel energie moeten insteken, terwijl er door deze wetgeving weinig echte fraude wordt bestreden. De Belgische overheid betaalt zich hier met andere woorden blauw aan de toepassing van een wetgeving die veel te weinig opbrengt.

Hier zou het opheffen van het onderscheid tussen opdrachtgever en aannemer (zo moet men niet meer op zoek gaan in alle facturen welke van wie is), de vereenvoudiging of afschaffing van de inhoudingsplicht en de afschaffing van de boetes stappen in de goede richting betekenen. Men zou zich kunnen beperken tot de hoofdelijke aansprakelijkheid, begrensd tot 50 % van het bedrag van de werken, en de inhoudingsplicht afschaffen, vooral aangezien in de praktijk ingebrekestellingen waar de boetes en opslagen hoger liggen dan de hoofdelijke aansprakelijkheid niet worden verstuurd.

TITEL V: DETACHERING EN ARBEIDSRECHT

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht welk het juridische kader is voor de aanduiding van het toepasselijke arbeidsrecht in situaties van grensoverschrijdende tewerkstelling. Deze vraag heeft hoofdzakelijk betrekking op het nationale recht dat op een arbeidsverhouding van toepassing is, aangezien het arbeidsrecht samen met het socialezekerheidsrecht hoofdzakelijk nationale bevoegdheden zijn gebleven. De verschillende lidstaten van de Europese Unie hebben dus nog steeds hun eigen systeem van arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden en collectieve betrekkingen. Toch zijn er een aantal zeer belangrijke instrumenten in het kader van het Europees arbeidsrecht die verschillende aspecten van het statuut van werknemers regelen, in het bijzonder dat van werknemers die in het kader van het vrij verkeer van diensten tijdelijk hun werkzaamheden verrichten in een andere lidstaat dan deze waar zij hun werkzaamheden gewoonlijk uitoefenen. Op de eerste plaats wordt in ondergeschikte orde ingegaan op de rol van Europees internationaal privaats arbeidsrecht dat bepaalt welke rechter bevoegd is en welk rechtssysteem van toepassing is wanneer een arbeidsovereenkomst aanknopingspunten vertoont met meerdere nationale rechtssystemen. Omdat dit onderdeel

slechts als inleiding bij het onderzoek van de Detacheringsrichtlijn¹²² zal dienen, zullen enkel de relevante bepalingen van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst¹²³ (EVO-verdrag of Rome I) worden bestudeerd¹²⁴. Vervolgens wordt de bijzondere regeling van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten of “de Detacheringsrichtlijn” onder de loep genomen en dit door elke bepaling van de richtlijn met de Belgische implementatie ervan te confronteren. Uit het toepasselijk Belgisch arbeidsrecht wordt de Uitzendarbeidswet¹²⁵ als bijzondere problematiek gelicht, waarbij de Belgische wetgeving voor toegelaten en verboden terbeschikkingstellingen wordt geanalyseerd. Dit voornamelijk in een poging om enige klaarheid te scheppen in de moeilijke verhouding tussen internationale detachering en het Belgisch verbod op terbeschikkingstelling, maar ook omwille van de bijzondere rol van uitzendarbeid bij grensoverschrijdende fraudegevallen. Eveneens zal in een apart onderdeel worden gestreefd naar verduidelijking van de gelijkenissen en verschillen in de arbeidsrechtelijke detachering en de detachering in socialezekerheidsrecht.

V.1 DETACHERING EN HET EVO-VERDRAG

V.1.1 Het recht van toepassing op verbintenissen uit arbeidsovereenkomsten

Hoewel de aandacht vooral zal gaan naar de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn, kan een algemene toelichting bij de meest relevante bepalingen van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst of de Conventie van Rome (ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980), die van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen. Een arbeidsovereenkomst zonder aanknopingspunten met een ander land leidt dus niet tot de toepassing van het EVO-verdrag. Als gevolg van de ondertekening van het verdrag inzake de toetreding van de tien nieuwe lidstaten tot het Verdrag van Rome is in 2005 een nieuwe gecodificeerde versie in het Publicatieblad verschenen. Aangezien de detachering van werknemers onmiskenbaar leidt tot situaties waarin het arbeidsrecht van verschillende lidstaten met elkaar in conflict kan komen, zullen de hoofdregels van internationaal privaatrecht voor verbintenissen uit arbeidsovereenkomst hier worden aangehaald met een duiding van de relatie tussen het EVO-verdrag en de Detacheringsrichtlijn. De bestaande of toekomstige bepalingen van Gemeenschapsrecht hebben voorrang op de bepalingen van het Verdrag, met name als het gaat om collisieregels met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst voor bijzondere gebieden. Hieruit volgt dat de Detacheringsrichtlijn voorrang heeft op de Conventie van Rome (zie verder).

¹²² 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, *P.B.* L 18/1 van 21 januari 1997.

¹²³ Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (geconsolideerde versie), *P.B.* C 27/34 van 26 januari 1998.

¹²⁴ Voor een beknopt maar volledig overzicht van de Europese wetgeving inzake rechterlijke bevoegdheid en van de volledige problematiek van Europees internationaal privaatrecht verwijzen wij graag naar STORME, H. en BOUZOUMITA, S., “Arbeidsovereenkomsten in internationaal privaatrecht”, *N.J.W.* 2005, nr. 103, 290-314.

¹²⁵ Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, *BS* van 20-08-1987

Het Verdrag van Rome hecht een grote waarde aan de rechtskeuze van de partijen. In **artikel 3** wordt bepaald dat een overeenkomst, en dus ook een arbeidsovereenkomst, in beginsel wordt beheerst door het recht dat de partijen bij de overeenkomst hebben gekozen. Deze rechtskeuze moet uitdrukkelijk zijn gedaan of voldoende duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. De partijen kunnen bij hun keuze het toepasselijke recht aanwijzen voor de overeenkomst in haar geheel of voor een onderdeel ervan. De partijen kunnen te allen tijde een wijziging in hun rechtskeuze aanbrenge(n). Deze keuze van een buitenlands recht laat, wanneer alle overige elementen van het geval op het tijdstip van deze keuze met een enkel land verbonden zijn, de bepalingen waarvan volgens het recht van dit land niet bij overeenkomst mag worden afgeweken of “dwingende bepalingen”, onverlet. Bij een tijdelijke detachering kunnen de partijen dus zonder probleem overeenkomen welk recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Zij kunnen er bijvoorbeeld voor opteren om het recht van het werkland van toepassing te maken op de arbeidsovereenkomst gedurende de periode van detachering. Zij kunnen uiteraard ook het recht van een ander land kiezen. Wanneer een Poolse werknemer van een Poolse bouwfirm(a) bijvoorbeeld wordt gedetacheerd naar België, kunnen partijen overeenkomen dat, uiteraard in beginsel en behoudens de beperkingen die er bestaan op de vrije keuze (zie verder), Pools, Hongaars of Belgisch recht van toepassing zal zijn op de arbeidsovereenkomst.

Bij gebreke van dergelijke rechtskeuze, bepaalt **artikel 4** dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waarmee ze het nauwst verbonden is. Indien echter een deel van de overeenkomst kan worden afgescheiden en dit deel nauwer verbonden is met een ander land, kan hierop bij wijze van uitzondering het recht van dat andere land worden toegepast. Er geldt een vermoeden dat de overeenkomst het nauwst verbonden is met het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst haar gewone verblijfplaats of, wanneer het een vennootschap, vereniging of rechtspersoon betreft, haar hoofdbestuur heeft. Dit vermoeden vindt geen toepassing indien niet kan worden vastgesteld welke de kenmerkende prestatie is noch wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land. Het toepasselijk recht op een arbeidsovereenkomst indien de partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, wordt echter niet beheerst door dit artikel. Of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, moet bepaald worden overeenkomstig het recht dat aangewezen wordt door de voor arbeidsovereenkomsten geldende conflictregels.

Voor individuele arbeidsovereenkomst werden in **artikel 6 bijzondere verwijzingsregels** opgenomen met het oog op het streven naar de toepassing van het recht dat met de overeenkomst nauw is verbonden en op de bescherming van de zwakke partij bij een arbeidsovereenkomst, nl. de werknemer¹²⁶. Dit heeft tot gevolg dat de rechtskeuze zal moeten wijken voor de toepassing van de dwingende bepalingen van het recht van een ander land (zie verder). Hierin wordt bepaald dat, bij gebreke van een rechtskeuze door de partijen, de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land tewerkgesteld wordt of door het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is. Zelfs indien de partijen een rechtskeuze hebben gemaakt, blijft de werknemer de bescherming genieten op grond van de dwingende bepalingen van het recht van

¹²⁶ STORME, H. en BOUZOUMITA, S., “Arbeidsovereenkomsten in internationaal privaatrecht”, *N.J.W.* 2005, nr. 103, 305.

de landen welke hiervoor werden aangegeven. Voor de vaststelling van het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten geldt dus:

1. het recht gekozen door de partijen, maar met bescherming op grond van de dwingende bepalingen van het:
 - a. recht van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs indien hij tijdelijk in een ander land wordt tewerkgesteld
 - b. recht van het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer hij niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht
 - c. recht van het land waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst verbonden is, af te leiden uit het geheel van de omstandigheden

2. indien geen rechtskeuze:
 - a. recht van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs indien hij tijdelijk in een ander land wordt tewerkgesteld
 - b. recht van het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer hij niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht
 - c. recht van het land waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst verbonden is, af te leiden uit het geheel van de omstandigheden

Op basis van artikel 6 moet de rechtskeuze van de partijen dus plaats maken voor een minimale bescherming van de werknemer door de dwingende bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn indien er geen rechtskeuze werd gemaakt, hetgeen de invloed van de rechtskeuze op het vlak van individuele arbeidsovereenkomsten drastisch beperkt. De meerderheid van de rechtsleer neemt echter aan dat dit cumulatief werkt in het voordeel van de werknemer, hetgeen betekent dat, indien de bepalingen van het recht dat door de partijen werd gekozen voordeliger zijn voor de werknemer, deze bij voorrang moeten worden toegepast. Indien bij een tijdelijke detachering van een Poolse werknemer door een Poolse werkgever werd gekozen voor de toepassing van Hongaars recht op de arbeidsovereenkomst, geniet de eerste dus de minimale bescherming van de Poolse wetgeving indien hij gewoonlijk in Polen zijn arbeid verricht. Gunstigere Hongaarse bepalingen zullen echter blijvend toepassing vinden.

Uit de voorgaande bepalingen blijkt duidelijk dat het feit dat een werknemer tijdelijk in een ander land wordt tewerkgesteld dan het land waar hij gewoonlijk zijn arbeid verricht, geen afbreuk doet aan de toepasselijkheid van het recht van dat laatste land. Een tijdelijke detachering heeft ingevolge het EVO-verdrag dus niet voor gevolg dat het recht dat normaal op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, wijzigt. Uit de tekst van het Verdrag kan echter niet worden afgeleid wat met “gewoonlijk” of “tijdelijk” wordt bedoeld. Dit zorgt voor een grote rechtsonzekerheid, waarbij naar verschillende oplossingen wordt gezocht. Primo wordt heil gezocht in een tijdsbepaling, waarbij “tijdelijk” slaat op een bepaalde periode, maar dan blijft de vraag wanneer de tewerkstelling in een ander land niet meer tijdelijk is¹²⁷. Secundo kan worden gekeken naar het belang van de activiteiten, waarbij gewoontelijke werkzaamheden tegenover occasionele worden geplaatst¹²⁸. Tenslotte stellen sommigen voor om naar de

¹²⁷ Zie bvb. J. DUMORTIER, *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 219-220 en F. PENNING, *Arbeidsrechtelijke aspecten van detachering van werknemers in/uit België en Nederland*, in F. PENNING (ed.), *Tewerkstelling over de grenzen*, Deventer, Kluwer, 1996, 10.

¹²⁸ Zie bvb. Arbh. Brussel 7 oktober 1998, *J.T.T.* 1998, 152.

intentie van de partijen te kijken en tijdelijke tewerkstelling tegenover definitieve tewerkstelling te plaatsen¹²⁹. Een eenduidig antwoord kan hier dus niet worden gegeven, maar omwille van de rechtszekerheid lijkt een beoordeling op basis van de wil van de partijen de beste oplossing die tot nu werd aangeleverd. Indien daaruit blijkt dat de partijen wilden dat het slechts een tijdelijke tewerkstelling betrof, moet worden besloten dat het recht van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht van toepassing blijft. Bij tijdelijke detachering diende men dus, gezien de regels van artikel 6, vaak een beroep te doen op artikel 7 van het EVO-verdrag om het recht van het land waarin de werknemer tijdelijk werd tewerkgesteld, toe te passen. Dit kon er uiteraard voor zorgen dat op een arbeidsovereenkomst drie verschillende rechtsstelsel moesten worden toegepast: het stelsel dat door partijen werd gekozen (art. 3 EVO), het stelsel dat door EVO objectief van toepassing werd verklaard (art. 6, lid 1 EVO) en het stelsel van het land van tijdelijke tewerkstelling (art. 7 EVO).

In **artikel 7** wordt daarenboven bepaald dat bij de toepassing van het recht van een bepaald land ingevolge bovenstaande regels, gevolg kan worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee het geval nauw verbonden is, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van het laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij dwingende bepalingen in het recht van het land waar een werknemer tijdelijk wordt tewerkgesteld. Bij de beslissing of aan deze dwingende bepalingen gevolg moet worden gegeven, wordt rekening gehouden met hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zouden voortvloeien. Bovendien bepaalt artikel 7 dat het EVO-verdrag de toepassing van bepalingen van het recht van het land van de rechter (*lex fori*) die ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht, het geval dwingend beheersen. Door deze bepalingen kan dus een ander recht dan het toepasselijke recht ingevolge art. 3 en 6 van het EVO-verdrag van toepassing worden verklaard op de arbeidsovereenkomst. De rechter moet echter in concreto nagaan of dat wel nodig en aangewezen is. Artikel 7 zal enkel kunnen worden ingeroepen indien de dwingende bepalingen van het recht van een bepaald land nauw met het geval verbonden zijn, internationale toepassing vereisen, de aard en de inhoud ervan internationale toepassing rechtvaardigen en er zal rekening moeten worden gehouden met de gevolgen van zowel toepassing als niet-toepassing van deze bepalingen. Dit is dus duidelijk een bepaling die niet te pas en te onpas kan worden ingeroepen om de toepasselijkheid van dwingende bepalingen uit een bepaald rechtsstelsel aan te voeren¹³⁰. Door de Duitse, Ierse, Spaanse, Portugese, V.K.- en Luxemburgse rechters wordt deze bepaling door een voorbehoud zelfs niet toegepast¹³¹.

De “dwingende bepalingen” uit artikel 6 mogen niet worden gelijkgesteld met de “dwingende bepalingen” uit artikel 7. De eerste worden immers van toepassing doordat zij behoren tot het rechtsstelsel dat door het EVO-verdrag wordt aangeduid als toepasselijk recht. De toepasselijkheid van de tweede soort dwingende bepalingen vloeit echter niet voort uit de aanduiding door het EVO-verdrag, maar uit de aanspraak die de betrokken bepaling zelf maakt om toegepast te worden in bepaalde gevallen. Deze laatste zijn dus bepalingen die zo fundamenteel worden geacht dat ze moeten worden gerespecteerd ongeacht het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht. Niet alle dwingende bepalingen in de zin van artikel

¹²⁹ VAN LENT, C.M.E.P., *Internationale intra-concernmobiliteit*, Deventer, Kluwer, 2000, 124.

¹³⁰ STORME, H. en BOUZOUMITA, S., “Arbeidsovereenkomsten in internationaal privaatrecht”, *N.J.W.* 2005, nr. 103, 308.

¹³¹ Voorbehoud gemaakt krachtens artikel 22, lid 1, a EVO.

6 zullen dus dwingende bepalingen zijn in de zin van artikel 7 van het EVO-verdrag. De aanspraak op internationale toepassing (af te leiden uit een verwijzing in de bepaling zelf of indien de bepaling de bescherming van de politieke, economische of sociale organisatie van de staat of van een doelstelling van algemeen belang beoogt) die de bepaling maakt is dus doorslaggevend om van dwingend recht in de zin van artikel 7 te kunnen spreken¹³². Het zal dus gaan om bepalingen die in België als “wetten van politie en veiligheid” worden omschreven en die door het Hof werden gedefinieerd als “nationale bepalingen aan de inachtneming waarvan zoveel belang wordt gehecht voor de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van de betrokken lidstaat, dat zij moeten worden nageleefd door eenieder die zich op het nationale grondgebied van deze lidstaat bevindt, en voor elke daarin gesitueerde rechtsbetrekking”¹³³.

Tenslotte bepaalt **artikel 16** van het EVO-verdrag dat de toepassing van een bepaling die ingevolge het EVO-verdrag wordt aangeduid door de rechter kan terzijde geschoven worden indien deze bepaling strijdig is met zijn **internationale openbare orde**. In de rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt een bepaling als van internationale openbare orde gekwalificeerd indien “de wetgever door de bepalingen van die wet een beginsel heeft willen vastleggen dat, naar zijn oordeel, essentieel is voor de gevestigde morele, politieke en economische orde en dat, om die reden, noodzakelijkerwijs elke toepassing in België van een tegengestelde of verschillende regel van vreemd recht uitsluit, ook al is die volgens de gebruikelijke regels van de wetsconflicten van toepassing”¹³⁴.

V.1.2 Relatie tussen het EVO-verdrag en de Detacheringsrichtlijn

“Dit Verdrag laat onverlet de toepassing van bepalingen die voor bijzondere gebieden regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst bevatten en die zijn of zullen worden neergelegd in besluiten van de instellingen van de Europese Gemeenschappen of in ter uitvoering van deze besluiten geharmoniseerde nationale wetgevingen”, aldus de tekst van artikel 20 van het EVO-verdrag. De lectuur van deze bepaling maakt meteen duidelijk dat de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn die regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot verbintenissen uit arbeidsovereenkomsten bevatten als bepalingen in een richtlijn van de instellingen van de EU voorrang hebben op de bepalingen in het EVO-Verdrag. Zonder verder in te gaan op de ontstaansgeschiedenis van de Detacheringsrichtlijn, moet in dit kader worden aangestipt dat door rechtspraak van het Hof van Justitie kwam vast te staan dat bepaalde dwingende bepalingen in het nationaal recht van de lidstaten die toepasselijk verklaard werden door toepassing van het internationaal privaatrecht in aanvaring konden komen met de fundamentele principes van het EG-verdrag, zoals dat van het vrij verkeer van diensten. Hun hoedanigheid van dwingende bepalingen volgens gelijk welke bepaling van collisierecht doet immers niet af aan het feit dat zij het fundamentele beginsel van de vrije dienstverrichting kunnen verhinderen of beperken. Het Hof besloot echter in één adem dat het de lidstaten evenwel toegelaten is om hun wetgeving of collectieve arbeidsovereenkomsten ook van toepassing te verklaren op personen die slechts tijdelijk op hun grondgebied worden tewerkgesteld, ongeacht het land waar de werkgever is gevestigd en dat de lidstaten bovendien passende maatregelen kunnen nemen om deze regels

¹³² STORME, H. en BOUZOUMITA, S., “Arbeidsovereenkomsten in internationaal privaatrecht”, *N.J.W.* 2005, nr. 103, 309.

¹³³ H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (Arblade / Leloup), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

¹³⁴ Cass. 17 december 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 432.

te doen naleven¹³⁵. Om te garanderen dat bij een tewerkstelling van werknemers in het kader van het vrij verkeer van diensten een bepaalde harde kern van dwingende bepalingen op het vlak van het arbeidsrecht van het werkland zou worden nageleefd door dienstverrichtende ondernemingen en zo een evenwicht na te streven tussen het vrij verkeer van diensten en de sociale bescherming van werknemers, werd de Detacheringsrichtlijn in het leven geroepen¹³⁶.

Wat de relatie tussen de Detacheringsrichtlijn en het EVO-verdrag betreft, moet uiteraard meteen worden opgemerkt dat de Detacheringsrichtlijn slechts een beperkt toepassingsgebied heeft, namelijk in gevallen van grensoverschrijdende tewerkstelling die beantwoorden aan de verschillende types terbeschikkingstelling die in de Detacheringsrichtlijn worden opgesomd, waardoor in alle andere situaties van grensoverschrijdende tewerkstelling het EVO-verdrag onverkort van toepassing blijft. Het is natuurlijk wel zo dat situaties die onder het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn vallen, hoe dan ook onder het toepassingsgebied van het EVO-verdrag vallen¹³⁷. De Detacheringsrichtlijn houdt op haar beurt dat zij in principe de regels met betrekking tot de aanduiding van het toepasselijke recht onaangetast laat. In het geval van een tijdelijke detachering zoals deze wordt bedoeld in de Detacheringsrichtlijn zijn er volgens het EVO-Verdrag verschillende mogelijkheden. Bij een rechtskeuze door de partijen is bij een detachering op de arbeidsovereenkomst het recht van toepassing dat de partijen hebben gekozen, waarbij de werknemer hoe dan ook de minimale bescherming geniet van recht van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht, het recht van het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer hij niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht of het recht van het land waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst verbonden is, af te leiden uit het geheel van de omstandigheden. Indien er geen rechtskeuze werd gemaakt, is bij detachering op de arbeidsovereenkomst van toepassing, het recht van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht, het recht van het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer hij niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht of het recht van het land waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst verbonden is, af te leiden uit het geheel van de omstandigheden. Het is meteen duidelijk dat iemand die zijn werkzaamheden niet gewoonlijk in eenzelfde land verricht, onder het toepassingsgebied van het EVO-verdrag zal vallen, maar niet onder het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, aangezien deze laatste in haar artikel 2 vereist dat de werknemer gewoonlijk moet werken op het grondgebied van een bepaalde lidstaat.

Bij een tijdelijke detachering gelden uiteraard ook de bepalingen uit het EVO-verdrag inzake de toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht (artikel 7) en inzake de internationale openbare orde-exceptie (artikel 16). Bij een detachering kan dus worden besloten dat bepalingen van het recht van een bepaald land moeten worden toegepast waarmee het geval nauw verbonden is, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van het laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Het is precies deze status van “bepalingen die zo fundamenteel worden geacht dat ze moeten worden gerespecteerd ongeacht het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht” die door de Detacheringsrichtlijn aan de erin opgenomen harde kern van dwingende

¹³⁵ H.v.J. 27 maart 1990, nr. C-113/89 (Rush Portuguesa), *Jur. H.v.J.* 1990, 1417; H.v.J. 9 augustus 1994, nr. C-43/93 (Vander Elst), *Jur. H.v.J.* 1994, 3803 en H.v.J. 28 maart 1996, nr. C-272/94 (Guiot), *Jur. H.v.J.* 1996, 1905.

¹³⁶ Voor de volledige historische achtergrond, verwijzen wij naar HOUWERZIJL, M., *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 97/71*, Kluwer, Deventer, 29-82.

¹³⁷ DEBRAY, O. en ECTORS, D., “Quel sera l’impact de la directive européenne relative au détachement sur la loi applicable au contrat de travail”, *Orientations* 2003, 22.

bepalingen wordt verstrekt. Door de Detacheringsrichtlijn worden de hardekernbepalingen dus beschouwd als dwingende bepalingen in de zin van artikel 7 van het EVO-Verdrag. Het is immers zo dat niet alle hardekernbepalingen die in de Detacheringsrichtlijn werden opgenomen, zonder het bestaan van deze laatste als dwingende bepalingen in de zin van artikel 7 zouden worden gekwalificeerd, alleen al omdat in de verschillende lidstaten een andere invulling kan worden gegeven aan artikel 7 van het EVO-verdrag. Uiteraard is het wel zo dat de dwingende bepalingen uit het recht van het land van tijdelijke tewerkstelling wellicht in aanmerking komen om toegepast te worden ingevolge artikel 7, maar zekerheid daarover bestaat er niet. De Detacheringsrichtlijn neemt voor de hardekernbepalingen de appreciatiemarge die in artikel 7 aan de rechter voor de toepassing ervan wordt verstrekt weg, en garandeert dat deze bepalingen van het werkland zullen worden toegepast. In die zin creëert de Detacheringsrichtlijn uiteraard een veel grotere rechtszekerheid met betrekking tot de dwingende bepalingen inzake arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden die moeten worden toegepast bij de grensoverschrijdende tewerkstelling van werknemers in het kader van internationale detachering¹³⁸. De onzekerheid die vroeger bestond rond de vraag of een tijdelijke tewerkstelling in België kon leiden tot een toepassing van de Belgische wetten van politie en veiligheid, werd daarmee volledig weggewerkt¹³⁹. Van deze nieuw verworven duidelijkheid werd nog voor de omzetting van de Detacheringsrichtlijn door de Belgische rechtspraak gebruik gemaakt¹⁴⁰. Artikel 7 van het EVO-verdrag behoudt daarbij echter zijn eigenheid en de Detacheringsrichtlijn vormt hierbij een aanvulling of verduidelijking voor gevallen van terbeschikkingstelling in communautair verband¹⁴¹.

In het kader van een detachering moet voor de vaststelling van de toepasselijke regels dus eerst worden gekeken naar de eventuele rechtskeuze van de partijen en bij gebrek aan rechtskeuze naar de verwijzingsregels in het EVO-verdrag, hetgeen bij een gedetacheerde werknemer leidt naar het recht van het land waar hij normaal zijn arbeid verricht en dus niet het recht van het land waar hij tijdelijk wordt tewerkgesteld. Volgens het EVO-verdrag kan een gedetacheerde werknemer dus in beginsel zijn arbeidsrecht uit zijn lidstaat van oorsprong “meenemen” naar het werkland. Indien er een rechtskeuze voorhanden is, moet worden gekeken of deze rechtskeuze de werknemer niet berooft van de minimale bescherming van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. Er zal dus moeten worden nagegaan of daar geen voor de werknemer voordeligere dwingende bepalingen uit kunnen gehaald worden. Vervolgens zal moeten worden nagegaan of de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee de overeenkomst nauw verbonden is of van het recht van het land van de rechter niet moeten worden toegepast. Hier moet rekening gehouden worden met de rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de Belgische wetten van politie en veiligheid slechts van toepassing zijn bij een “gewoonlijke tewerkstelling” in België (zie verder). Tenslotte zullen hoe dan ook de hardekernbepalingen van het recht van het werkland

¹³⁸ M. TRAEST, “De detachering van werknemers in het internationaal privaatrecht na de Europese Richtlijn van 16 december 1996”, *R.W.* 1998-99, 1342.

¹³⁹ PLETS, I., “Terbeschikkingstelling in België: meer last dan lust”, *Oriëntatie* 2002, Vol. 12, 282.

¹⁴⁰ Arbrb. Luik 19 september 1997, *Soc. Kron.* 1999, 563: “De politie- en veiligheidswetten zoals opgenomen in de Belgische rechtsorde zijn slechts van toepassing op een buitenlands kaderlid dat tijdelijk in België werkt in de mate dat er een band bestaat met die rechtsorde. De opvatting, uitgaande van het Hof van Cassatie, volgens dewelke dergelijke band voorhanden is wanneer de werknemer gewoonlijk zijn arbeid in België presteert, moet verruimd worden onder verwijzing naar het beginsel waarop de Richtl. Parl. en Raad E.G. nr. 96/71, 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten is gesteund, zelfs wanneer deze nog niet in nationaal recht is omgezet; volgens dit beginsel moeten bepaalde minimale dwingende regelen die ter bescherming van de werknemers in het ontvangend land van toepassing zijn nageleefd worden, zelfs wanneer er geen gewoontelijke tewerkstelling is in dat land”.

¹⁴¹ STORME, H. en BOUZOUMITA, S., “Arbeidsovereenkomsten in internationaal privaatrecht”, *N.J.W.* 2005, nr. 103, 314.

van de gedetacheerde werknemer op het geval moeten worden toegepast indien de situatie van grensoverschrijdende tewerkstelling onder het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn valt. In België komt dat neer op de toepasselijkheid van alle strafrechtelijk betugelde bepalingen en dus van eizona het volledige Belgische arbeidsrecht (zie verder)¹⁴². De manier waarop de Detacheringsrichtlijn naar nationaal recht werd omgezet is dus bepalend voor de ruimte die nog wordt gelaten voor de toepassing van het EVO-verdrag. Aangezien de Detacheringsrichtlijn zeer ruim werd omgezet in de Belgische rechtsorde, zal het EVO-verdrag slechts in een klein aantal gevallen nog gelding vinden. Zoals reeds gezegd, zullen werknemers die niet gewoonlijk in eenzelfde staat hun arbeid verrichten, niet onder het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn vallen en dus zal het EVO-verdrag van toepassing zijn. Aangezien de richtlijn eveneens slechts van toepassing is op werknemers die gedurende een bepaalde periode werken op het grondgebied van een lidstaat die niet de staat is waar zij gewoonlijk werken, zal het EVO-verdrag ook van toepassing zijn op werknemers die langer dan een bepaalde periode gedetacheerd worden. Maar gezien het onduidelijk is wat met een “bepaalde periode” wordt bedoeld, zal van geval tot geval moeten worden uitgemaakt wanneer de Detacheringsrichtlijn niet meer van toepassing is en een beroep moet worden gedaan op het EVO-verdrag. De beoordeling van het tijdelijke karakter loopt gelijk met de beoordeling of het in het concrete geval nog gaat om een dienstverrichting of er eerder van vestiging moet worden gesproken¹⁴³. Tenslotte zullen ook situaties die niet onder de door de Detacheringsrichtlijn geviseerde vormen van terbeschikkingstelling (onderaanneming, intracconcern, uitzendarbeid en andere terbeschikkingstelling) als restcategorie onder het EVO-verdrag moeten behandeld worden¹⁴⁴.

V.1.3 Kort: de toekomst van EVO

Op dit ogenblik is een voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I)¹⁴⁵ hangende. Het verdrag van Rome is thans op communautair niveau het enige rechtsinstrument op het gebied van het internationale privaatrecht dat nog de vorm heeft van een internationale overeenkomst. Dit voorstel wil ook het EVO-verdrag omzetten in een communautaire verordening en sommige voorschriften ervan moderniseren. Door de omzetting van het verdrag in een communautair instrument, waardoor ervoor wordt gezorgd dat het internationale privaatrecht in de lidstaten eenvormig wordt gemaakt, zal het Hof van Justitie bevoegdheid tot interpretatie worden verleend en zal de toepassing van de eenvormig gemaakte collisieregels worden vergemakkelijkt. Dit voorstel werd voorafgegaan door een uitvoerige raadpleging van de lidstaten, de andere instellingen en het maatschappelijk middenveld, met name in het kader van het Groenboek¹⁴⁶ van 14 januari 2003.

V.2 DETACHERING IN RICHTLIJN 96/71/EG

¹⁴² DEBRAY, O. en ECTORS, D., “Quel sera l’impact de la directive européenne relative au détachement sur la loi applicable au contrat de travail », *Orientations* 2003, 22-23.

¹⁴³ BLANPAIN, R., *Vrij verrichten van diensten en arbeidsrecht. Europese Unie en België*, Brugge, Vanden Broele, 2005,.

¹⁴⁴ BLANPAIN, R., *Vrij verrichten van diensten en arbeidsrecht. Europese Unie en België*, Brugge, Vanden Broele, 2005,.

¹⁴⁵ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), COM(2005) 650 def.

¹⁴⁶ Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede de modernisering ervan, COM(2002) 654 def.

De Detacheringsrichtlijn is mede gebaseerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin werd gesteld dat het Gemeenschapsrecht er niet aan in de weg staat dat de lidstaten het toepassingsgebied van hun wetgeving of collectieve arbeidsovereenkomsten uitbreiden tot alle personen die, zelfs tijdelijk, op hun grondgebied werkzaam zijn, ook al is de werkgever in een andere lidstaat gevestigd. Het Gemeenschapsrecht verbiedt evenmin de naleving van deze bepalingen met passende middelen te waarborgen¹⁴⁷. Met het oog op deze doelstelling worden de wetgevingen van de lidstaten gecoördineerd teneinde een kern van dwingende bepalingen vast te leggen, die in het ontvangende land in acht moeten genomen worden door de werkgevers die werknemers ter beschikking stellen om er op tijdelijke basis werk uit te voeren op het grondgebied van de lidstaat waar de diensten worden verricht. De implementatie van de Detacheringsrichtlijn in België zal worden onderzocht door de verschillende bepalingen van de Europese Richtlijn naast de Belgische omzettingbepalingen te plaatsen. Zo worden de bepalingen inzake het toepassingsgebied, de definities en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden, één voor één geanalyseerd. De samenwerking inzake informatie en de maatregelen met het oog op handhaving worden in een apart onderdeel besproken.

V.2.1 Toepassingsgebied en definitie

Artikel 1

1. Deze richtlijn is van toepassing op in een Lid-Staat gevestigde ondernemingen die in het kader van transnationale dienstverrichtingen, overeenkomstig lid 3, werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een Lid-Staat.

2. Deze richtlijn is niet van toepassing op het zeevarend personeel van koopvaardijondernemingen.

3. Deze richtlijn is van toepassing voor zover de in lid 1 bedoelde ondernemingen een van de volgende transnationale maatregelen nemen:

a) een werknemer voor hun rekening en onder hun leiding op het grondgebied van een Lid-Staat ter beschikking stellen, in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst die in deze Lid-Staat werkzaam is, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat, of

b) een werknemer op het grondgebied van een Lid-Staat ter beschikking stellen van een vestiging of een tot hetzelfde concern behorende onderneming, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat, of

c) als uitzendbedrijf of als onderneming van herkomst, een werknemer ter beschikking stellen van een ontvangende onderneming die op het grondgebied van een Lid-Staat gevestigd is of er werkzaamheden uitvoert, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen het uitzendbureau of de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat.

Artikel 2

¹⁴⁷ H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (Arblade / Leloup), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder "ter beschikking gestelde werknemer" verstaan, iedere werknemer die gedurende een bepaalde periode werkt op het grondgebied van een Lid-Staat die niet de Staat is waar die werknemer gewoonlijk werkt.

2. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt het begrip "werknemer" bepaald door het recht van de Lid-Staat waar de werknemer ter beschikking is gesteld.

De richtlijn is van toepassing op ondernemingen met een vestiging in de EER en geldt voor alle sectoren waar het vrij verkeer van diensten toegelaten is. Derhalve geldt zij zowel op de private als op de publieke sector¹⁴⁸. Ondernemingen uit derde landen moeten, overeenkomstig art. 3, §10 van de Detacheringsrichtlijn, minimum dezelfde loons- en arbeidsvoorwaarden naleven als ondernemingen die in een lidstaat zijn gevestigd.

De drie types "transnationale maatregelen" of de soorten detachering die door de richtlijn worden beoogd zijn primo deze in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst. Het gaat hier om een onderaannemingsovereenkomst tussen de werkgever van de gedetacheerde werknemer en de dienstontvangende onderneming. De band van ondergeschiktheid tussen de onderneming van herkomst en de werkgever moet blijven bestaan gedurende de volledige periode van detachering. De dienstverlenende onderneming neemt haar eigen personeel mee om het werk uit te voeren. Het gaat hier om een "Rush Portuguesa"-detachering¹⁴⁹. Secundo worden intra-groep detacheringen geïmplementeerd, waarbij de werknemer wordt gedetacheerd naar een andere vestiging van de onderneming van herkomst of naar een tot hetzelfde concern behorende onderneming in een andere lidstaat. Opnieuw is vereist dat een dienstverband bestaat tussen de onderneming van herkomst en de werknemer gedurende de periode van detachering. Tenslotte valt grensoverschrijdende uitzendarbeid of het grensoverschrijdend "uitlenen van personeel" onder het toepassingsgebied van de richtlijn. De onderneming van herkomst is in dit geval een uitzendkantoor of een andere onderneming, waarbij het dienstverband gedurende de periode van terbeschikkingstelling eveneens bestaat tussen de werknemer en het uitzendkantoor of de onderneming van herkomst. De werknemer wordt gedetacheerd naar een ontvangende onderneming in een andere lidstaat. Het verschil tussen het derde type van detachering waarbij het geen uitzendbedrijf betreft en het eerste type van detachering, is dat er in de derde situatie geen aannemingsovereenkomst is gesloten tussen de onderneming van herkomst en de ontvangende onderneming. Het gaat dus niet om een aanneming of onderaanneming tussen de twee betrokken ondernemingen, waarbij de dienstverlenende onderneming om het werk uit te voeren eigen personeel meeneemt, maar om het rechtstreeks ter beschikking stellen van werknemers vanuit de onderneming van herkomst aan de ontvangende onderneming. Het is precies deze vorm van internationale detachering die het meest risico loopt om in het vaarwater te komen van de in België verboden terbeschikkingstelling (zie verder). Overeenkomstig de 19^e overweging in de preambule van de Detacheringsrichtlijn legt deze, onverminderd andere bepalingen van Gemeenschapsrecht, geen verplichting op de lidstaten om het bestaan van uitzendbureaus wettelijk te erkennen noch doet zij afbreuk aan de toepassing door de lidstaten van hun wetgeving betreffende de beschikbaarstelling van arbeidskrachten en uitzendbedrijven op bedrijven die niet op hun

¹⁴⁸ HOUWERZIJL, M., *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 97/71*, Kluwer, Deventer, 121-122.

¹⁴⁹ HOUWERZIJL, M., *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 97/71*, Kluwer, Deventer, 123.

grondgebied zijn gevestigd, maar daar in het kader van een dienstverrichting werkzaam zijn. Hieruit mag men besluiten dat de Belgische Uitzendarbeidswet onverkort blijft gelden in het kader van internationale detacheringen, maar dit “onverminderd andere bepalingen van Gemeenschapsrecht”. Soms zal het echter moeilijk zijn om een concrete detachering onder het eerste of derde type te plaatsen. Davies wijdt deze verwarring en het teveel aan types detachering in de richtlijn aan het feit dat ze teveel op de bouw werd afgestemd¹⁵⁰.

In de praktijk kan worden vastgesteld dat de verschillende vormen van oneigenlijk gebruik of fraude in het kader van detachering van werknemers naar België op dezelfde manier optreden bij de verschillende gedaanten die detachering kan aannemen. Er worden geen specifieke of geëigende vormen van fraude ontwaard naargelang de detachering plaatsvindt in het kader van een onderaanneming, bij een intraconcern¹⁵¹ detachering of bij detachering in het kader van uitzendarbeid. Hier kunnen echter een aantal regionale varianten worden bijgeplaatst. Op de eerste plaats is het opvallend dat uit de vaststellingen blijkt dat Nederlandse uitzendkantoren voornamelijk actief zijn in Oost- en West-Vlaanderen, Antwerpen en Limburg. Vooral in Limburg worden vaak “uitzendkantoren”, “projectbureau’s”, “detacheringsbureau’s”, “tussenpersonen”, “bemiddelaars”, etc ..., aangetroffen die gevestigd zijn in Nederland. De nabijheid van de grens met Nederland is in deze uiteraard van groot belang. In Limburg worden reeds lang problemen vastgesteld met betrokkenheid van Nederlandse “tussenpersonen”. Zo treft men dezelfde personen aan in het kader van de strijd tegen het oneigenlijk gebruik van het vrij verkeer van diensten als deze die een vijftiental jaren geleden zich op de Britse “Ltd.’s” stortten en zich op die manier met één of andere vorm van koppelbazerij inlieten door na de val van de Berlijnse muur Oost-Europese werknemers aan te bieden. Op basis van de vaststellingen in Brussel komt men daar tot de conclusie dat de betrokkenheid van Nederlandse uitzendkantoren bij de verschillende vormen van deloyale concurrentie niet zo uigesproken is als in de voornoemde regio’s. In Brussel wordt bij controles zelden op uitzendkantoren gestoten en er bestaat een vermoeden dat dit vooral een Vlaams-Nederlands verschijnsel is. Men gaat ervan uit dat de Nederlandse bemiddelaars het Brusselse terrein nog niet echt “bewerken”. Wel werden in het Brusselse reeds uitzendconstructies vanuit Luxemburg en Duitsland aangetroffen. Een verklaring voor dit verschil wordt logischerwijs in de taal gezocht, waardoor Nederlandse bemiddelaars gemakkelijker potentiële Vlaamse gebruikers kunnen contacteren. Ook in Vlaams-Brabant komt men echter op basis van de vaststelling tot de conclusie dat het optreden van uitzendkantoren in de regio relatief beperkt blijft. In Brussel wordt de detacheringsproblematiek vooral aangetroffen in gevallen van onderaanneming. Bovendien wordt daar meer en meer de praktijk vastgesteld waarbij Belgische bedrijven een onderneming oprichting in Polen, daar personeel aanwerven om dit intraconcern te detacheren naar België. Op die manier worden door gebruikmaking van het vrij verkeer van diensten de overgangsmaatregelen ten aanzien van het vrij verkeer van werknemers omzeild. In West-Vlaanderen wordt daarentegen vastgesteld dat in het geval van onderaanneming waarbij firma’s uit de buurlanden zijn betrokken, vaak inspanningen worden gedaan door de buitenlandse onderaannemers om zich in regel te stellen, vooral indien zij geregistreerd zijn in België of van plan zijn dat te doen. Met Nederlandse en Duitse bedrijven die daar in

¹⁵⁰ DAVIES, P., “Posted workers: Single Market or protection of nationale labour law systems?”, *CMLR* 1997, 571-602.

¹⁵¹ Bij intraconcern detacheringen door multinationals zal zelden harde fraude worden vastgesteld. Hier gaat het meestal om “inventieve constructies” waarvoor zij in sommige gevallen zelfs de bevoegde socialezekerheidsinstanties raadplegen of deze conform de wetgeving zijn. Bij deze ondernemingen worden eveneens onregelmatigheden vastgesteld die kunnen worden verklaard door de omvang van de betrokken ondernemingen. Door hun grootte kunnen zij bijvoorbeeld het aanvragen van detacheringsformulieren soms niet bijhouden, waardoor zij ook in een irreguliere toestand terechtkomen.

onderaanneming komen werken, worden meestal minder problemen vastgesteld omdat deze vaak meer moeite doen om zich “in regel te stellen”, bijvoorbeeld door het inschakelen van een advocaten- of boekhoudkantoor. Zij willen immers onder hun eigen naam verder blijven werken op Belgisch grondgebied en hun registratie behouden. Veel Franse aannemers komen naar België werken met hun personeel en vragen een registratie als aannemer aan en willen zich zoveel mogelijk in regel stellen met de Belgische wetgeving omdat zij een goede naam willen opbouwen op de Belgische bouwmarkt. Jaarlijks worden in West-Vlaanderen een 40-tal registratie-aanvragen van Franse ondernemingen ontvangen.

De Detacheringsrichtlijn is niet van toepassing op zelfstandigen, die wars van elke arbeidsrechtelijke bescherming in het werkland hun diensten kunnen aanbieden. Het spreekt voor zich dat op het vlak van het statuut van de grensoverschrijdende werker een weg open ligt voor omzeiling van de nationale arbeidsrechtelijke verplichtingen (zie verder). Het begrip “werknemer” wordt bepaald door het land waarnaar de gedetacheerde werknemer wordt uitgezonden of het “werkland”¹⁵². Om onder de richtlijn te vallen en dus van “detachering” in de zin van de richtlijn te spreken, is het noodzakelijk dat de werknemer voor een bepaalde periode in een ander land gaat werken dan dat waar hij gewoonlijk werkt. Wanneer een werknemer wordt aangeworven in een bepaalde lidstaat om gewoonlijk in een andere lidstaat zijn werkzaamheden uit te oefenen, is de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing.

De Wet van 5 maart 2002 is van toepassing op werkgevers en op de ter beschikking gestelde werknemers. Werkgevers die onder het toepassingsgebied vallen zijn de natuurlijke of rechtspersonen die de ter beschikking gestelde werknemers tewerkstellen. Ter beschikking gestelde werknemers worden omschreven als werknemers die een arbeidsprestatie verrichten in België en die hetzij gewoonlijk werken op het grondgebied van één of meerdere landen dan België, hetzij zijn aangeworven in een ander land dan België. Ook de werknemers, ongeacht hun nationaliteit, die één arbeidsprestatie verrichten in België, worden hier geïsoleerd. Het varend personeel van de koopvaardij en hun werkgevers worden van de regeling uitgesloten. Werknemers worden gedefinieerd als de personen die, krachtens een overeenkomst, arbeidsprestaties verrichten tegen loon en onder het gezag van een ander persoon en de werkgevers als de natuurlijke of rechtspersonen die de betrokken werknemers tewerkstellen.

De notie van werknemer zoals zij in artikel 2, 1° van de Wet van 5 maart 2002 wordt gedefinieerd, laat toe om alle personen in aanmerking te nemen die tegen loon arbeidsprestaties verrichten. Niet alleen krachtens een arbeidsovereenkomst in de zin van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten¹⁵³, maar tevens in het kader van elke andere overeenkomst voor zover er sprake is van een band van ondergeschiktheid, zoals bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomsten bedoeld in de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers¹⁵⁴. De toepassing van de wet kan door de Koning geheel of gedeeltelijk uitgebreid worden tot andere personen die arbeidsprestaties verrichten onder het gezag van een ander persoon. Dit is niet gebeurd in het uitvoerings-KB¹⁵⁵. Er werd een ruime invulling gegeven om naast de arbeidsovereenkomst ook andere overeenkomsten te viseren zoals de leerovereenkomst of de stage-overeenkomst, maar cruciaal hier is het constitutieve element

¹⁵² In tegenstelling tot de regels inzake socialezekerheid bij detachering, zie verder bij de vergelijking van detachering als socialezekerheidsrechtelijk en als arbeidsrechtelijk begrip.

¹⁵³ Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* van 22 augustus 1978.

¹⁵⁴ Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, *BS* van 20 augustus 1987.

¹⁵⁵ PLETS, I., “Terbeschikkingstelling in België: meer last dan lust”, *Oriëntatie* 2002, Vol. 12, 281.

van gezag, waarvan de invulling geval per geval wordt overgelaten aan de rechter. Er wordt hier enkel gebruik gemaakt van de Belgische definitie van werknemer en er wordt geen rekening gehouden met de definitie ervan in de lidstaat van oorsprong.

De definitie van ter beschikking gestelde werknemers is duidelijk ruimer dan deze die wordt gehanteerd in de Detacheringsrichtlijn. Werknemers die, ongeacht hun nationaliteit, één arbeidsprestatie verrichten in België, vallen onder het toepassingsgebied van de Wet. Alle naar België gedetacheerde werknemers vallen er dus onder¹⁵⁶. Het enige criterium voor de toepassing van de wet is dus dat er sprake is van een arbeidsprestatie op Belgisch grondgebied. Dit ruim personeel toepassingsgebied levert een strijdigheid op met het EVO-verdrag. Waar de Europese wetgever met de Detacheringsrichtlijn in principe kan afwijken van het EVO-verdrag omwille van de primauteit van het Gemeenschapsrecht, is dat voor een lidstaat niet mogelijk. Onder de Wet van 5 maart 2002 wordt de rechtskeuze, de basisregel in het EVO-verdrag voor de aanduiding van de toepasselijke wetgeving op de arbeidsovereenkomst, onmogelijk voor werknemers en werkgevers die buiten het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn vallen en dus onder het toepassingsgebied van Rome I komen¹⁵⁷. Er wordt evenmin een onderscheid gemaakt naar het type detachering. Van zodra het gaat om een arbeidsprestatie die verricht wordt op Belgisch grondgebied, is de Wet van 5 maart 2002 van toepassing, ongeacht de draagwijdte van de prestatie en ongeacht de duur ervan. Bijgevolg werd “bepaalde periode” niet gedefinieerd in nationaal recht. Integendeel, de notie “bepaalde periode” kwam te vervallen bij de omzetting van de Detacheringsrichtlijn naar Belgisch recht.

V.2.2 Parenthesis: Detacheringsmogelijkheden naar Poolse arbeidsrecht

In tegenstelling tot het Belgische arbeidsrecht, worden de mogelijkheden voor detachering van werknemers naar het buitenland limitatief opgesomd in de Poolse Labour Code. In de betrokken bepalingen wordt een specifieke rechtsbasis gecreëerd om Poolse werknemers naar het buitenland te detacheren. Naar gelang van de gekozen detacheringsmogelijkheid, worden verschillende gevolgen gegenereerd op sociaalrechtelijk en fiscaal vlak. Het gaat in de eerste plaats om de mogelijkheid om werknemers op zakenreis (“business trip”) te sturen, waarbij specifieke bepalingen omtrent de terugbetaling van reis-, verblijf- en andere kosten worden opgenomen. Er bestaan geen regels omtrent de duur van dergelijke zakenreis, waardoor deze gewoonlijk van enkele dagen tot enkele maanden kan duren. De werknemer moet hoe dan ook zijn werkzaamheden uitvoeren voor rekening van zijn Poolse werkgever en blijft dus belastingen en sociale bijdragen betalen onder het Poolse stelsel. Ten tweede kan men kiezen voor een “verandering van werkplaats”. Onder deze vorm hoeft de Poolse werkgever geen enkele terugbetaling te voorzien voor de verplaatsingskosten. Indien hij dit wel doet, wordt dit sociaal- en fiscaalrechtelijk als een deel van het normale inkomen beschouwd. Deze verandering van werkplaats kan, eveneens bij afwezigheid van in de tijd beperkende regels, van enkele dagen tot enkele jaren variëren. Ook hier wordt de arbeidsrelatie tussen de Poolse werknemer en zijn werkgever geacht voort te duren gedurende de hele periode van tewerkstelling in het buitenland en blijft de werknemer verzekerd onder het Poolse sociale zekerheidsstelsel. Tenslotte is detachering mogelijk onder een “trilaterale overeenkomst voor tijdelijke tewerkstelling bij een andere werkgever op basis van onbetaald verlof”. Tijdens dit

¹⁵⁶ NUYTS, D. en SONNEVILLE, I., “De omzetting van de ‘Detacheringsrichtlijn’ 96/71/EG in België en de andere lidstaten van de EU”, *T. Vreemd*, 2003, afl. 1, 24.

¹⁵⁷ BLANPAIN, R., *Vrij verrichten van diensten en arbeidsrecht. Europese Unie en België*, Brugge, Vanden Broele, 2005, 189.

onbetaald verlof wordt de arbeidsrelatie met de normale werkgever geschorst en komt een einde aan de sociaalrechtelijke en fiscaalrechtelijke verplichtingen onder het Poolse stelsel.

Forms of posting provided in the provisions of Polish labour law

Poland's entrance into the structures of European Union gave Polish entrepreneurs a chance for development provided with the freedom of movement of services across the EU.

Polish legislation, and provisions of labour law in particular, create specific legal basis for posting Polish workers for work abroad, while the choice of particular form of posting leads to different consequences in both the area of social insurance and taxes.

While analyzing provisions specific for the issue of employment and labour law, few different possibilities, for posting workers for posting workers abroad, provided by law, need to be distinguished. Those possibilities include:

- business trip
- change of workplace
- trilateral agreement on temporary employment for another employer on the basis of unpaid leave

Special attention ought to be paid in this respect to the possibility of posting workers through temporary job agency- an institution which is monopolist in the polish market in relation to posting workers for temporary employment.

Another group consists of people self-sufficiently managing economic activity- that is 'self-employed persons'.

1. Business trip

In the light of the provisions of Labour Code¹⁵⁸ the substantial part of the contract of employment consists of the indication of the workplace. Usually the name of the town, or city, is mentioned. Sometimes, however, the employer indicates wider area and a name of a province or a region is given.

Provision of the article 77 paragraph 1 of the Labour Code provides that in case when carrying out duties set up by employer demands working outside city, or a town, or just working outside usual workplace, employed person is then entitled to the reimbursement of the cost of such a business trip.

The protection of rights connected with business trip looks different depending on the type of employer. Persons employed in budgetary units have a right for allowance and reimbursement of the cost of a business trip in the sum provided in particular regulations¹⁵⁹, while in non-budgetary units the conditions for such payments are usually settled by collective agreements, payments regulations or contract of employment. However, allowance for business trip can not be lower than the sum established in provisions of the regulation from 19 December 2002.

The payment granted on the grounds of business trip includes:

- allowance
- the cost of transport forth and back
- the cost of accommodation and other expenses specified by employer accurately to the justifiably settled needs.

¹⁵⁸ Act from 26 June, 1974. Labour Code (DzU 1998, no 21, paragraph 21, later 94)

¹⁵⁹ Regulation by the Minister of Labour and Social Policy, 19 December 2002, on the sum and conditions of establishing the allowance for budgetary units employer for abroad business trip (DzU no 236, 1991) and regulation by Minister of Labour and Social Policy, 19 December 2002, on the sum and conditions for allowance for budgetary units employer for business trip within country's borders.

It needs to be emphasized that binding rules in this respect do not specify the time of the duration of a business trip. Therefore, in fact, business trip can last from few days to few months. In any case employed person is carrying out his/her duties for Polish employer, and, in consequence, continues paying contributions and taxes in Polish system¹⁶⁰.

2. Change of workplace

In case of a change of workplace the rights of worker look differently than in case of business trip. The consequence of such a change is not the change of the contract of employment but simply the part of contract that specifies the workplace is to be updated. At the same time, since employed person is not having a business trip, employer is not obliged to pay any allowances or reimbursements related to commuting to the workplace. It does not mean, however, that employer is not allowed to set the rules for granting payment on the grounds of commuting to the workplace on his/her own. Such payments are treated as part of regular income by tax and social insurance systems.¹⁶¹

Binding provisions do not specify the length of the period of employment in a new workplace. In consequence, such period can last from a few days to even a few years time. In practice, the change of workplace as such remains without influence to the employment relationship. To this extend a worker is to continue being insured in Polish social insurance system.

3. Trilateral agreements on temporary employment of a worker for other employer on the grounds of the contract on unpaid leave

The norms provided by Labour Code take into account the possibility of signing a trilateral contract on temporary migration of a worker to another employer on the grounds of the contract granting an unpaid leave¹⁶². On the grounds of such an agreement the employer commits himself/herself to grant an unpaid leave to the worker in order to enable his/her employment for another employer, with whom a contract is signed that provides the second employer employs the worker. Abovementioned provisions are applicable to both national and foreign subjects.

The possibility of reaching needed agreement is conditioned by the written admission by the worker for granting an unpaid leave, and, in consequence, worker's commitment to sign a contract of employment with another employer. What is important, the employment relationship with employer granting an unpaid leave is suspended during the period of this leave. The period of this employment is, however, calculated into the total length of employment, on which depend various entitlements (e.g. the length of holidays), and into the total period of employment in given workshop, on which other entitlements depend, e.g. the amount of death benefit etc.¹⁶³

It needs to be underscored here, however, that the suspension of the employment relationship during the unpaid leave does bare consequences in the areas of social insurance and tax law. It seems there are no reasons for including a worker, employed abroad on the grounds of a contract granting an unpaid leave, in Polish social insurance and tax systems. Such a worker is only allowed to voluntarily take advantage of Polish insurances, but only pensionary insurances are in question here.

¹⁶⁰ J. Owczarek, K. Serwińska, "Posting worker abroad (3)", "Personnel and Management", 2005, nr 12.

¹⁶¹ L. Strzelec, K. Serwińska, Posting workers abroad (2), „Personnel and Management”, 2005, nr 10.

¹⁶² L. Strzelec, K. Serwińska, Posting workers abroad (2), „Personnel and Management”, 2005, nr 10

¹⁶³ U. Jackowiak (editor), „Labour Code...”

V.2.3 Arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden

In artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn werd de “harde kern van dwingende bepalingen inzake arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden opgenomen”. Deze bepalingen van het land waarnaar de werknemer wordt gedetacheerd moeten worden nageleefd door hun werkgever. Zij kunnen besloten liggen in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen (wetten, decreten, ordonnanties, koninklijke besluiten, ministeriële besluiten) en in algemeen geldende collectieve arbeidsovereenkomsten. Voor de bouwsector moeten deze laatste in ieder geval worden nageleefd, maar de lidstaten krijgen de mogelijkheid om ook de algemeen bindende CAO's in andere sectoren verplichtend te stellen. In Artikel 3 worden één verplichte en drie optionele afwijkmogelijkheden voorzien. Tevens kunnen de lidstaten de harde kern van dwingende bepalingen uitbreiden tot andere bepalingen, mits deze van openbare orde zijn.

1. De Lid-Staten zien erop toe dat de in artikel 1, lid 1, bedoelde ondernemingen - ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband - voor de op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers wat de hierna genoemde aangelegenheden betreft, de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden garanderen die, in de Lid-Staat waar het werk wordt uitgevoerd, zijn vastgelegd:

- in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen

en/of

- in collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard in de zin van lid 8, voor zover deze betrekking hebben op de in de bijlage genoemde activiteiten:

a) maximale werk- en minimale rustperioden;

b) minimumaantal betaalde vakantiedagen;

c) minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen;

d) voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven;

e) gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;

f) beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren;

g) gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie.

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt het begrip "minimumlonen" als bedoeld in de eerste alinea, tweede streepje, onder c), bepaald door de nationale wetgeving en/of praktijk van de Lid-Staat waar de werknemer ter beschikking is gesteld.

2. In het geval van werkzaamheden met het oog op de initiële assemblage en/of de eerste installatie van een goed, die een wezenlijk bestanddeel uitmaken van een overeenkomst voor de levering van goederen, noodzakelijk zijn voor het in werking stellen van het geleverde goed en uitgevoerd worden door gekwalificeerde en/of gespecialiseerde werknemers van de leverende onderneming, is lid 1, eerste alinea, tweede streepje, onder b) en c), niet van toepassing, wanneer de duur van de terbeschikkingstelling niet meer dan acht dagen bedraagt.

De eerste alinea geldt niet voor de in de bijlage bedoelde activiteiten in de bouwsector.

3. De Lid-Staten kunnen, na raadpleging van de sociale partners, overeenkomstig de in de onderscheiden Lid-Staten geldende gebruiken en tradities, besluiten lid 1, eerste alinea, tweede streepje, onder c), niet toe te passen in de in artikel 1, lid 3, onder a) en b), bedoelde gevallen, wanneer de duur van de terbeschikkingstelling niet meer dan één maand bedraagt.

4. De Lid-Staten kunnen, overeenkomstig hun nationale wetgeving en/of praktijk, bepalen dat door middel van collectieve arbeidsovereenkomsten in de zin van lid 8, voor een of meer bedrijfstakken kan worden afgeweken van de bepalingen van lid 1, eerste alinea, tweede streepje, onder c), in de in artikel 1, lid 3, onder a) en b), bedoelde gevallen, alsmede van een besluit van de Lid-Staat in de zin van lid 3, wanneer de duur van de terbeschikkingstelling niet meer dan één maand bedraagt.

5. De Lid-Staten kunnen voorzien in een afwijking van lid 1, eerste alinea, tweede streepje, onder b) en c), in de in artikel 1, lid 3, onder a) en b), bedoelde gevallen, wanneer de te verrichten werkzaamheden van geringe omvang zijn.

De Lid-Staten die gebruik maken van de in de eerste alinea geboden mogelijkheid, stellen de criteria vast waaraan de te verrichten werkzaamheden moeten voldoen om als werkzaamheden "van geringe omvang" te worden beschouwd.

6. De duur van de terbeschikkingstelling wordt berekend over een referentieperiode van een jaar, aanvangend met de terbeschikkingstelling.

Bij die berekening wordt de duur van een eventueel door een te vervangen werknemer vervulde terbeschikkingstelling in aanmerking genomen.

7. De leden 1 tot en met 6 vormen geen beletsel voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gunstiger voor de werknemers zijn.

De toeslagen in verband met de terbeschikkingstelling worden als een deel van het minimumloon beschouwd, voor zover deze niet uitgekeerd worden als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfkosten en kosten voor voeding.

8. Onder collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard, worden verstaan de overeenkomsten of uitspraken die moeten worden nageleefd door alle ondernemingen die tot de betrokken beroepsgroep of bedrijfstak behoren en onder het territoriale toepassingsgebied van die overeenkomsten of uitspraken vallen.

Ontbreekt een stelsel voor het algemeen verbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken als bedoeld in de eerste alinea, dan kunnen de Lid-Staten besluiten zich te baseren op:

- de collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemene rechtsgevolgen hebben voor alle gelijksoortige ondernemingen in het betrokken geografische gebied en in de betrokken beroepsgroep of bedrijfstak

en/of

- de collectieve arbeidsovereenkomsten die gesloten zijn door de op nationaal niveau meest representatieve organisaties van de sociale partners, en die op het gehele nationale grondgebied worden toegepast,

mits de toepassing daarvan op de in artikel 1, lid 1, bedoelde ondernemingen wat de onder lid 1, eerste alinea, van dit artikel vermelde aangelegenheden betreft een gelijke

behandeling garandeert van die ondernemingen en de andere in deze alinea bedoelde ondernemingen die zich in een soortgelijke situatie bevinden.

Er is sprake van gelijke behandeling in de zin van dit artikel, wanneer de nationale ondernemingen die zich in een soortgelijke situatie bevinden:

- op de plaats van de activiteit of in de betrokken bedrijfstak ten aanzien van de in lid 1, eerste alinea, vermelde aangelegenheden onderworpen zijn aan dezelfde verplichtingen als de ondernemingen die bij de terbeschikkingstellingen zijn betrokken

en

- met dezelfde gevolgen aan deze verplichtingen moeten voldoen.

9. De Lid-Staten mogen bepalen dat de in artikel 1, lid 1, bedoelde ondernemingen werknemers in de zin van artikel 1, lid 3, onder c), dezelfde voorwaarden moeten garanderen als die welke voor uitzendkrachten gelden in de Lid-Staat op het grondgebied waarvan de arbeid wordt verricht.

10. Deze richtlijn belet niet dat de Lid-Staten, met inachtneming van het Verdrag, op gelijke wijze aan de nationale ondernemingen en aan de ondernemingen van andere Staten arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden voorschrijven

- die betrekking hebben op andere aangelegenheden dan bedoeld in lid 1, eerste alinea, voor zover het gaat om bepalingen van openbare orde,

- die zijn vastgesteld in collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken als bedoeld in lid 8, met betrekking tot andere dan de in de bijlage genoemde activiteiten.

V.2.3.1 Omzetting in de Belgische rechtsorde

Het personeel toepassingsgebied van de omzettingswet is niet de enige bepaling waar de Belgische wetgever het onderste uit de kan heeft willen halen. Wat de op ter beschikking gestelde werknemers toepasselijke arbeidsvoorwaarden en omstandigheden betreft, werd eveneens voor een brede interpretatie gekozen en werden de toepasselijke nationale regels niet geïdentificeerd. Er werd gekozen voor een zeer ruim opgevatte vertaling van de Detacheringsrichtlijn en van het begrip “dwingende bepalingen van minimale bescherming”. Gebruik makend van art. 3, §10 van de richtlijn heeft België meer nationale regels willen omvatten dan de harde kern van bepalingen die in art. 3 van de richtlijn wordt vermeld. In een poging een zo ruim mogelijk aantal beschermende bepalingen van toepassing te verklaren op in België gedetacheerde werknemers stelt art. 5, §1, eerste lid van de Wet van 5 maart 2002 dat de werkgever die in België een ter beschikking gestelde werknemer tewerkstelt, ertoe gehouden is, voor de arbeidsprestaties die er worden verricht, de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden na te leven die bepaald worden door **wettelijke, bestuursrechtelijke of conventionele bepalingen die strafrechtelijk beteugeld worden**. In de Memorie van Toelichting bij de wet wordt de keuze voor “bepalingen die strafrechtelijk worden beteugeld” verantwoord als zijnde een algemeen en objectief criterium, waarbij bovendien wordt gehouden dat dit helemaal in overeenstemming is met art. 3, §10 van de richtlijn, aangezien “er moeilijk [kan] betwist worden dat bepalingen die strafrechtelijk gesanctioneerd worden bepalingen van openbare orde zijn”. Nog volgens de Memorie van Toelichting laat dit niet enkel toe om andere dan in de richtlijn vermelde aangelegenheden te viseren, maar ook om in de toekomst andere en nieuwe wettelijke bepalingen in te sluiten, zonder telkens tot een wetwijziging te moeten overgaan. Aangezien het arbeidsrecht voortdurend evolueert, koos de wetgever niet voor een nominatieve opsomming van de

wettelijke, reglementaire en conventionele bepalingen die op gedetacheerde werknemers en hun werkgevers van toepassing zijn¹⁶⁴.

De vraag kan worden geopperd of het begrip ‘openbare orde’ zoals opgenomen in art. 3, §10 niet moet worden beperkt tot de internationale openbare orde en met name tot universeel erkende beginselen zoals het verbod van kinderarbeid en dwangarbeid, discriminatie en het recht op vrijheid van vereniging. Volgens BLANPAIN is dit het geval¹⁶⁵. De richtlijn zelf geeft daarover geen uitsluitel. De nationale openbare orde, waarop de Belgische wetgever zich duidelijk heeft gebaseerd, is veel breder en betreft alle regelen die de fundamenteën van de eigen rechtsorde betreffen. De Belgische wetgever heeft hier m.i. geen verkeerde keuze gemaakt en diende zich niet te beperken tot bepalingen van internationale openbare orde. Dit wordt bevestigd in het evaluatieverslag van de Europese Commissie over de tenuitvoerlegging van de richtlijn in de lidstaten, waar zij, gebaseerd op de afbakening door het Hof van Justitie van “wetten van politie en veiligheid” in het arrest *Arblade/Leloup*¹⁶⁶, stelt dat bepalingen van openbare orde moeten worden begrepen als bepalingen van openbare orde in de zin van het internationale privaatrecht, i.e. “normen waaraan een land een dermate groot belang hecht dat dat land hun toepassing voorschrijft wanneer de juridische situatie verband houdt met zijn grondgebied, ongeacht het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst of het dienstverband¹⁶⁷. De Belgische wetgever is daarentegen wel te ver gegaan waar hij “strafrechtelijk betugelde bepalingen” gelijkstelt met bepalingen van openbare orde, aangezien het zonder meer duidelijk is dat niet alle strafrechtelijk betugelde bepalingen ook bepalingen van openbare orde zijn. Dit werd meermaals herhaald in de Belgische rechtsleer en rechtspraak¹⁶⁸.

Deze omzettingwet werd beschouwd als een verduidelijking van de inhoud van (en tegelijk een herhaling van het beginsel van algemene toepassing van) **art. 3 Burgerlijk Wetboek**, dat bepaalt dat “*de wetten van politie en veiligheid allen verbinden die binnen het Belgische grondgebied wonen*”. Dit artikel werd inmiddels geschrapt uit het Burgerlijk Wetboek door de inwerkingtreding van het nieuwe Belgische Wetboek Internationaal Privaatrecht¹⁶⁹ in 2004¹⁷⁰. De bepaling van wat onder wetten van politie en veiligheid moet worden verstaan, heeft in België aanleiding gegeven tot controverses. Uitgaande van het beginsel dat wetten van politie en veiligheid nodig zijn voor het vrijwaren van het algemeen belang of van het belang van de te beschermen groep, heeft de rechtspraak evenals een deel van de rechtsleer een ruime interpretatie van die notie in het arbeidsrecht verdedigd, wat erop neerkomt dat bijna alle dwingende bepalingen als wetten van politie en veiligheid worden aanzien. Bepaalde auteurs zijn daarentegen van mening dat deze stelling te ver gaat en maken een onderscheid tussen de arbeidsreglementering, die de organisatie van de staat raakt en die het

¹⁶⁴ Daardoor behoudt de rechtspraak inzake de toepasselijkheid van de Belgische wetten van politie en veiligheid haar relevantie. PLETS, I., “Terbeschikkingstelling in België: meer last dan lust”, *Oriëntatie* 2002, Vol. 12, 284.

¹⁶⁵ BLANPAIN, R., *Vrij verrichten van diensten en arbeidsrecht. Europese Unie en België*, Brugge, Vanden Broele, 2005, 189.

¹⁶⁶ H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (*Arblade / Leloup*), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

¹⁶⁷ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s betreffende de tenuitvoerlegging van Richtlijn 96/71/EG in de lidstaten, COM(2003) 458 definitief.

¹⁶⁸ STORME, H. en BOUZOUMITA, S., “Arbeidsovereenkomsten in internationaal privaatrecht”, *N.J.W.* 2005, nr. 103, 314. Met verwijzing naar DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civile belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 111 en Cass. 28 september 1979, *Pas.* 1980, I, 131 ; Cass. 10 november 1978, *Pas.* 1979, I, 309 en Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699.

¹⁶⁹ Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *BS* van 27 juli 2004.

¹⁷⁰ Artikel 3 B.W. wordt afgeschaft door artikel 139, 1° Wetboek internationaal privaatrecht (WIP). In artikel 20 WIP werd een op artikel 7 EVO geïnspireerde bepaling met betrekking tot de toepassing “voorrangsregels”.

karakter heeft van wet van politie en veiligheid, en de regels die betrekking hebben op het sluiten van een arbeidsovereenkomst, die niet dwingend van aard zijn en dus niet het karakter van wet van politie en veiligheid hebben. Het Hof van Cassatie heeft zich in 1975 uitgesproken ten gunste van een ruime omschrijving van wetten van politie en veiligheid in sociale zaken. Het meent dat alle dwingende bepalingen die van aard zijn de werknemers te beschermen, dit karakter hebben¹⁷¹. Naast deze vraag over wat het begrip wetten van politie en veiligheid precies inhoudt, was het evenmin duidelijk wanneer deze moeten worden toegepast op tijdelijk in België tewerkgestelde werknemers. Uit de tekst van artikel 3 B.W. moest men afleiden dat men op het Belgisch grondgebied moet wonen om erdoor geraakt te worden. Algemeen werd echter aangenomen dat zij slechts van toepassing waren in het arbeidsrecht wanneer er tewerkstelling was in België, maar minder duidelijk was welke de graad en intensiteit van de tewerkstelling moest zijn¹⁷². Het Hof van Cassatie besliste in deze dat de wetten van politie en veiligheid, in casu de Loonbeschermingswet, van toepassing zijn wanneer de werknemer “gewoonlijk zijn arbeid verricht” op Belgisch grondgebied¹⁷³. Deze “gewoonlijke tewerkstelling in België” lijkt te wijzen op het vereiste van een zekere continuïteit in de tewerkstelling in België¹⁷⁴. In het geval van detachering is het dus moeilijk om uit te maken of een gedetacheerde werknemer nu gewoonlijk tewerkgesteld is in België in de betekenis die het Hof van Cassatie eraan heeft gegeven. In de praktijk moet dit van geval tot geval bekeken worden¹⁷⁵. In recentere rechtspraak werd reeds de stelling ingenomen dat de dwingende bepalingen van een land ook bij een tijdelijke tewerkstelling van toepassing zijn¹⁷⁶. Waar er vroeger onzekerheid bestond over de vraag of een tijdelijke tewerkstelling in België de toepassing van de Belgische wetten van politie en veiligheid tot gevolg had, is de situatie met de Wet van 5 maart zeker duidelijker. Wanneer de betrokkene onder het toepassingsgebied van de wet valt, moeten alle strafrechtelijk beteugelde bepalingen worden nageleefd. Besluitend wordt in de Memorie van Toelichting gesteld: *“Door de richtlijn 96/71/EG om te zetten, zal het ontwerp voor gevolg hebben dat de notie ‘wetten van politie en veiligheid’, die voorkomt in artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek, verder wordt verduidelijkt. Niettegenstaande de Belgische rechtspraak, zal hierbij rekening moeten worden gehouden met de beginselen van de richtlijn 96/71/EG, maar tevens met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, voor wat het vaststellen van de regels inzake de toepassing van de reglementering in geval van terbeschikkingstelling van werknemers betreft.”* De Belgische wetgever acht deze ruime omzetting niet strijdig met de rechtspraak van het Hof van Justitie en “vertrouwt erop” dat dit laatste zal blijven nagaan of bepalingen, al dan niet behorende tot de harde kern van de richtlijn, niet strijdig zijn met art. 49 en 50 van het EG-Verdrag¹⁷⁷. De Memorie van Toelichting besluit daaromtrent dan ook dat *“[deze bepalingen] om die reden slechts van toepassing zullen zijn in geval van terbeschikkingstelling van werknemers voor zover hun toepassing niet strijdig is met de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag”*. Men kan dus gerust stellen dat België met de ruime

¹⁷¹ Cass., 25 juni 1975, *Pas.*, 1975, I, 1038; LANTIN, B., “Le détachement des travailleurs étrangers en Belgique”, *Orientations* 2003, 10-11.

¹⁷² VAN HOOGENBEMT, “De rechtsverhouding tussen het Europees economisch recht en het nationaal sociaal recht”, *R.W.* 1995-96, 1151.

¹⁷³ Cass. 4 december 1989, *J.T.T.* 1990, 77.

¹⁷⁴ JORENS, Y. en VAN OVERMEIREN, F., “The implementation, practical application and operation of the Posting Directive 96/71/EC in Belgium: the example of the construction sector”, *T.S.R.* 2005, nr. 3, 483.

¹⁷⁵ DENEVE, C., “Detachering en het individuele arbeidsrecht”, in JORENS, Y. en VAN REGENMORTEL, A. (eds.), *Internationale detachering*, Bruges, Die Keure, 1993, 206 en TUTS, G., “Détachement et droit du travail: la directive 96/71/CE du Parlement et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectués dans le cadre d’une prestation de services”, *J.T.T.* 1997, 272.

¹⁷⁶ PLETS, I., “Terbeschikkingstelling in België: meer last dan lust”, *Oriëntatie* 2002, Vol. 12, 282. Met verwijzing naar *Arbrb. Luik* 19 september 1997, *Soc. Kron.* 1999, 563.

¹⁷⁷ LANTIN, B., “Le détachement des travailleurs étrangers en Belgique”, *Orientations* 2003, 12.

omzetting van de wet bewust heeft gekozen voor een sprong in het duister betreffende de conformiteit van de op ter beschikking gestelde werknemers toepasselijke bepalingen met de fundamentele beginselen van het vrij verkeer. Het is dus aan de Europese Commissie en finaal aan het Hof van Justitie om te beslissen of bepaalde door de Belgische wetgeving aan dienstverrichters opgelegde wetgeving geen belemmering vormt voor het vrij verkeer van diensten. Indien er sprake is van een belemmering van het vrij verkeer van diensten, zal de betrokken regeling moeten worden getoetst op haar rechtvaardiging op basis van een dwingende reden van algemeen belang, haar noodzakelijkheid, pertinentie en proportionaliteit. Of deze bewuste keuze voor mogelijke strijdigheid met het Verdrag te verenigen valt met de in art. 10 EG opgenomen verplichting voor de lidstaten om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit het Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, is maar de vraag. Krachtens dezelfde verdragsbepaling moeten lidstaten zich onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen.

De wetgever heeft dus niet de oefening gemaakt om de verschillende toepasselijke bepalingen aan te duiden in de omzettingwet, maar gaf wel dergelijke opsomming in de Memorie van Toelichting. De wettelijke bepalingen die volgens de Memorie (op het ogenblik van de redactie van de Memorie) worden beoogd, zijn;

- Arbeidswet van 16 maart 1971¹⁷⁸
- Wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen¹⁷⁹
- Wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers gecoördineerd op 28 juni 1971¹⁸⁰
- Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers¹⁸¹
- Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk¹⁸²
- Wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen¹⁸³
- Koninklijk Besluit nr. 5 van 23 oktober 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten¹⁸⁴
- Wet van 12 april 1965 betreffende bescherming van het loon der werknemers¹⁸⁵

- De uitvoeringsbesluiten van bovengenoemde Wetten
- Bij Koninklijk Besluit algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten

¹⁷⁸ Arbeidswet van 16 maart 1971, *BS* van 30 maart 1971.

¹⁷⁹ Wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen, *BS* van 31 januari 1974.

¹⁸⁰ Wetten van 28 juni 1971 betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers gecoördineerd op 28 juni 1971, *BS* van 30 september 1971.

¹⁸¹ Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, *BS* van 20 augustus 1987.

¹⁸² Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, *BS* van 18 september 1996.

¹⁸³ Wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen, *BS* van 5 mei 1965.

¹⁸⁴ Koninklijk besluit nr. 5 van 23 oktober 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten, *BS* van 2 december 1978.

¹⁸⁵ Wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, *BS* van 30 april 1965.

Deze exemplatieve opsomming in de Memorie van Toelichting kan echter niet dienen als “lijst van toepasselijke bepalingen”. De strafrechtelijke beteugeling van de bepalingen inzake arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden is het enige toepasselijke criterium. Bovendien voorziet de Wet van 5 maart 2002 nog in een mogelijkheid voor de Koning om andere bepalingen betreffende arbeids-, loons- en tewerkstellingsvoorwaarden vast te stellen dan deze die onder art. 5, §1, eerste lid bedoeld worden, op voorwaarde dat het om bepalingen van openbare orde gaat. De toepasselijke bepalingen betreffen dus op zijn minst de “harde kern” waarvan sprake in de Detacheringsrichtlijn, aangevuld met bepalingen die niet tot de harde kern behoren, maar strafrechtelijk beteugeld worden en mogelijks aangevuld door andere bepalingen betreffende arbeids-, loons- en tewerkstellingsvoorwaarden die van openbare orde zijn. Concreet betekent dit dat van zodra een buitenlandse werkgever zijn activiteiten op Belgisch grondgebied aanvangt, zowat alle bepalingen van de Belgisch arbeidsreglementering als minimumvoorwaarden voor de arbeidsrelatie gelden¹⁸⁶.

De wet is gebaseerd op een algemeen beginsel op grond waarvan de Belgische wettelijke, bestuursrechtelijke of conventionele bepalingen die strafrechtelijk worden beteugeld, van toepassing zijn op in België gedetacheerde werknemers en hun werkgevers. Deze zijn van toepassing **ongeacht de sector** waartoe de onderneming behoort. De Raad van State suggereerde in zijn advies om in de Wet de Koning op te dragen de beroepssectoren vast te stellen waarop het stelsel van toepassing zou zijn. Dit voorstel werd echter weggewuifd als te complex in vergelijking met het aangenomen systeem, dat een algemene draagwijdte heeft. Op die manier heeft de Belgische overheid de mogelijkheid van art. 3, §10 gehanteerd om de toepasselijkheid van de dwingende bepalingen uit te breiden tot “alle sectoren” en zo tot elke ter beschikking gestelde werknemer ongeacht de activiteitssector waarin hij is tewerkgesteld. Bijgevolg zijn alle strafrechtelijk gesanctioneerde bepalingen van de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten zowel op het niveau van de Nationale Arbeidsraad als op het niveau van het bevoegd paritair comité of paritair subcomité van toepassing. Ook hier wordt echter bij vermeld dat deze bepalingen slechts van toepassing kunnen zijn voor zover zij niet strijdig zijn met de beginselen die voortvloeien uit de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag. De twee mogelijkheden tot uitbreiding in art. 3, §10 werden dus ten volle benut en hebben als resultaat dat, wat de uitbreiding naar “bepalingen van openbare orde” betreft, de Wet van 5 maart 2002 de “harde kern” van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden uitbreidt tot alle bepalingen die strafrechtelijk worden beteugeld. Wat de uitbreiding naar andere activiteiten dan de bouwsector betreft, werd dus eveneens gekozen voor het “maximum maximorum” en werd gekozen voor een algemene toepassing in alle bedrijfssectoren. Dit was een politieke beslissing om de omzetting en latere toepassing niet al te complex te maken en zodoende het gelijkheidsprincipe toe te passen. Alle werknemers op het Belgische grondgebied moeten dezelfde bescherming genieten en buitenlandse ondernemingen moeten op gelijke voet behandeld worden als Belgische ondernemingen.

De achter de maximalistische benadering liggende gedachte van volledige gelijkbehandeling op zich legt al de kiem voor mogelijke strijdigheid met het vrij verkeer van diensten. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat, indien een onderneming die diensten verricht dezelfde regels zou moeten naleven als een onderneming die zich in deze lidstaat vestigt, de bepalingen betreffende het vrij verkeer van diensten ieder nuttig effect zouden worden ontnomen¹⁸⁷. Het uitgangspunt van volledige gelijkbehandeling van buitenlandse

¹⁸⁶ NUYTS, D. en SONNEVILLE, I., “De omzetting van de ‘Detacheringsrichtlijn’ 96/71/EG in België en de andere lidstaten van de EU”, *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 21-28.

¹⁸⁷ H.v.J. 25 juli 1991, nr. C-76/90 (Säger), *Jur. H.v.J.* 1991, I-4221.

ondernemingen op het vlak van toepasselijke arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden houdt dus minstens potentieel non-conformiteit met het Verdrag in, hoewel dit natuurlijk van geval tot geval moet worden beoordeeld. In deze gevallen zal moeten worden nagegaan of er in het concrete geval geen vergelijkbare verplichtingen in verband met de bescherming van de belangen van de werknemers moeten worden nageleefd in de lidstaat van vestiging en of de opgelegde verplichtingen pertinent en proportioneel zijn ten aanzien van de erdoor nagestreefde doelstelling.

Onder voorbehoud van de toepassing van het EVO-verdrag, kan dus worden vastgesteld dat de enige in België toepasselijke arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden die niet verplicht moeten worden toegepast op ter beschikking gestelde werknemers diegene zijn die besloten liggen in niet algemeen bindende CAO's, de gebruiken en in de arbeidsrechtelijke bepalingen die niet strafrechtelijk beteugeld worden. Deze laatste betreffen bijvoorbeeld de bepalingen met betrekking tot de niet-concurrentieclausule, opeenvolgende overeenkomsten van bepaalde duur, de proefperiode, etc ...¹⁸⁸

Op het vlak van **afwijkingmogelijkheden** met betrekking tot de toepasselijkheid van de kern van dwingende bepalingen, koos de Belgische wetgever dan, volledig in lijn met de rest van de omzetting, voor de minimalistische aanpak en zette enkel de verplichte afwijkingmogelijkheid van art. 3, (2) van de Detacheringsrichtlijn om in nationaal recht en werd, zoals in de meeste lidstaten, geen gebruik gemaakt van de facultatieve afwijkingmogelijkheden van art. 3, (3), (4) en (5) van de richtlijn. “In geval van werkzaamheden met het oog op de initiële assemblage en/of de eerste installatie van een goed, die een wezenlijk bestanddeel uitmaken van een overeenkomst voor de levering van goederen, die noodzakelijk zijn voor het in werking stellen van het geleverde goed en uitgevoerd worden door gekwalificeerde en/of gespecialiseerde werknemers van de leverende onderneming, is artikel 5 niet van toepassing, voor wat de loonvoorwaarden en de reglementering inzake jaarlijkse vakantie betreft, wanneer de duur van de bedoelde werken niet meer dan acht dagen bedraagt.” De afwijking werd letterlijk uit de Detacheringsrichtlijn overgenomen. Zij is evenwel niet van toepassing op bepaalde activiteiten in de bouwsector, zoals uitgravingswerken, grondwerk, opbouw, montage en demontage van geprefabriceerde elementen, inrichting of uitrusting, verbouwing, renovatie, herstelling, ontmanteling, afbraak, onderhoud, schilder- en schoonmaakwerken en sanering. Zodra dergelijke activiteiten worden uitgevoerd, moet de werkgever die werknemers in België ter beschikking stelt, alle reglementeringen die hierboven opgesomd respecteren. De Belgische overheid stond wantrouwig tegenover de optionele afwijkingmogelijkheden en zag daarin mogelijkheden tot misbruik ter omzeiling van de Belgische dwingende bepalingen en tot deloyale concurrentie en sociale fraude¹⁸⁹.

V.2.3.2 Grensoverschrijdende vergelijking van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden

In verschillende arresten herhaalde het Hof van Justitie de plicht van zowel de nationale overheidsinstanties als de nationale rechters om, vooraleer zomaar over te gaan tot het aan de dienst verrichter opleggen van de arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden uit de lidstaat van ontvangst, een vergelijking te maken tussen deze regels en de regels die reeds moeten worden

¹⁸⁸ BLANPAIN, R., *Vrij verrichten van diensten en arbeidsrecht. Europese Unie en België*, Brugge, Vanden Broele, 2005, 189.

¹⁸⁹ JORENS, Y. en VAN OVERMEIREN, F., “The implementation, practical application and operation of the Posting Directive 96/71/EC in Belgium: the example of the construction sector”, *T.S.R.* 2005, nr. 3, 493.

nageleefd in de lidstaat van herkomst. Deze in zeer diverse materies opduikende vergelijkingsplicht onder het vrij verkeer van diensten is immers essentieel voor een totstandkoming van een ware interne markt voor dienstverrichters. Indien zij immers steeds aan twee of meer wetgevingen zouden moeten voldoen, wordt deze vrijheid volledig inhoudsloos. Een lidstaat van ontvangst kan zijn reglementering dus maar aan een dienstverrichter opdringen, indien deze op de eerste plaats een doelstelling van algemeen belang betracht, maar op de tweede plaats moet steeds worden nagegaan of deze doelstelling van algemeen belang niet reeds afdoende wordt behartigd in de lidstaat van vestiging van dienstverrichter¹⁹⁰. Deze vergelijkingsplicht geldt uiteraard evenzeer wanneer de betrokken doelstelling de sociale bescherming van werknemers is. Ook daar is een ongerechtvaardigde “double burden” voor transnationale dienstverrichters uit den boze. Vooral de arresten Seco, Guiot, Finalarte, Arblade en Mazzoleni werken de verplichting tot vergelijking van met elkaar geconfronteerde nationale stelsels van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden uit. In Seco¹⁹¹ kwam het Hof tot de conclusie dat de werkgeversbijdrage die het voorwerp uitmaakte van het geschil de betrokken werknemers geen enkel voordeel bood en dus, bij afwezigheid van een meerwaarde voor de sociale bescherming van de werknemers, aan het cumulatieverbod van de dienstenrechtspraak moest worden onderworpen. In Guiot¹⁹² week het Hof van de vergelijking van arbeidsvoorwaarden af en besliste dat de regeling van het ontvangstland moest wijken indien de regeling in het oorsprongland als “gelijksoortig” of “vergelijkbaar” kon worden beschouwd. Het Hof had het in deze rechtspraak dus niet over een gelijkwaardig beschermingssysteem en vestigde de aandacht van de nationale rechter zelfs op de identieke gedekte risico’s en het identieke doel van de regelingen, waardoor de aandacht door de Europese rechtspraak werd afgeleid van de beschermingsgraad van de regelingen in hoofde van de werknemers. Het Hof keerde in Arblade¹⁹³ (weerverletzegels en getrouwheidszegels) en Finalarte¹⁹⁴ (vakantiefondsen) echter terug naar een gelijkwaardigheidsvereiste bij vergelijking van beide systemen. Wanneer de verschillen tussen beide regelingen te groot zijn, mocht het genereuzere systeem (i.e. reëel voordeel en extra bescherming biedend) van de lidstaat van ontvangst worden opgelegd in het geval van detachering van werknemers. Ook in de zaak Mazzoleni¹⁹⁵ werden de vergeleken minimumloonregelingen op hun gelijkwaardigheid beoordeeld.

De Wet van 5 maart 2002 dat de bepalingen ervan vormen geen beletsel voor de toepassing van **arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden die gunstiger zijn** voor de ter beschikking gestelde werknemers, waarmee de identieke bepaling uit de Detacheringsrichtlijn letterlijk in de Belgische wetgeving werd opgenomen. Op de eerste plaats wordt natuurlijk een vergelijking gemaakt door de partijen bij het maken van de rechtskeuze voor de overeenkomst. Deze voorwaarden worden door I.S.W. met elkaar vergeleken bij een controle of een klacht. Maar de vergelijking is een moeilijke taak, want bij het contacteren van een andere overheid is er de taalbarrière, waardoor de administratieve samenwerking niet vlot verloopt en soms onbestaande is. Er zijn wel goede contacten met de inspectiediensten van de buurlanden Nederland, Duitsland, Frankrijk en Luxemburg in de vorm van protocollen, maar er is een groot verschil in samenwerking met landen zoals onze buurlanden die een vergelijkbare sociale bescherming hanteren en landen zoals Portugal, Griekenland, laat staan met deze in de nieuwe lidstaten (zie verder). De **vergelijking van de toepasselijke**

¹⁹⁰ H.v.J. 17 december 1981, nr. C-279/80 (Webb), *Jur. H.v.J.* 1981, 3305.

¹⁹¹ H.v.J. 3 februari 1982, nrs. C-62 en 63/81 (Seco), *Jur. H.v.J.* 1982, 223.

¹⁹² H.v.J. 28 maart 1996, nr. C-272/94 (Guiot), *Jur. H.v.J.* 1996, 1905.

¹⁹³ H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (Arblade / Leloup), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

¹⁹⁴ H.v.J. 25 oktober 2001, nr. C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 (Finalarte), *Jur. H.v.J.* 2001, 7831.

¹⁹⁵ H.v.J. 15 maart 2001, nr. C-165/98 (Mazzoleni), *Jur. H.v.J.* 2001, 2189.

arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden is geen gemakkelijke opdracht. Want hoe moet men in het werkland de arbeidsvoorwaarden aldaar gaan vergelijken met deze in het land waar de werknemer normaal zijn werkzaamheden verricht. Moet men deze in het algemeen met elkaar vergelijken of moet dit regel per regel gebeuren? In de zaak Mazzoleni¹⁹⁶ lijkt het Hof de voorkeur te geven aan een vergelijking per regel. Het Hof leek in Arblade¹⁹⁷ dan weer te opteren voor een groepsgewijze vergelijking. In de praktijk wordt dergelijke vergelijking allerm minst systematisch gemaakt. Bij de controle op buitenlandse werkgevers is het vaak al zeer moeilijke om bepaalde Belgische loon- en arbeidsvoorwaarden af te dwingen, laat staan dat men daarbij een vergelijking moet maken met het stelsel in het land van herkomst om na te gaan of daar geen vergelijkbare of gunstiger systeem bestaat. Men is bij dergelijke controle dikwijls aangewezen op de verklaringen van de vertegenwoordigers van de buitenlandse onderneming en in het beste geval kan men deze verklaringen nagaan bij een contactpersoon in de overheidsdiensten van de betrokken lidstaat van vestiging. Buitenlandse ondernemingen beweren vaak dat hun werknemers een vergelijkbaar voordeel krijgen in het herkomstland of dergelijke voordelen worden op de loondocumenten toegevoegd, maar een controleur heeft nooit de zekerheid of het effectief betaald wordt. Of de werknemers van een buitenlandse werkgever daadwerkelijk een eindejaarspremie zullen krijgen, kan bijvoorbeeld niet worden nagegaan. Uiteraard gebeurt deze vergelijking in zekere mate bij de controle van werkgevers uit landen waarvan men de basislijnen van de wetgeving kent, meer in het bijzonder Nederland, Frankrijk, Duitsland en Luxemburg. Als een buitenlandse werkgever gewag maakt van een gunstigere regeling in zijn lidstaat van vestiging, wordt dit uiteraard onderzocht.

In de praktijk komt het er dus op neer dat de arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden in de lidstaat van vestiging niet in rekening worden genomen, tenzij deze lidstaat één van onze buurlanden is. Voor de bijdragen aan de P.D.O.K. in de bouwsector werd echter een regeling uitgewerkt voor alle lidstaten. Buitenlandse bouwondernemingen moet zich in principe bij de P.D.O.K. (Patronale Dienst voor Organisatie en Controle Bestaanszekerheid) aansluiten en naargelang van de activiteit die zij uitoefent, bijdragen aan het getrouwheids- en/of weerverletstelsel betalen. De bijdragen zijn voor het weerverletstelsel gelijk aan 2,10 % van de brutolonen die de arbeiders in België verdienen (ruwbouwbedrijven). Voor het getrouwheidsstelsel bedragen ze 9,12 % van de in België door de arbeiders verdiende brutolonen. Vanaf 1 april 2000 gelden er evenwel bepaalde vrijstellingen. De bijdragen voor de **weerverletzegels** zijn hoe dan ook niet verschuldigd door de in de EU gevestigde ondernemingen die tijdelijk werknemers naar België detacheren. Van de bijdragen voor de **getrouwheidszegels** zijn vrijgesteld, de ondernemingen uit landen waarmee België een bilateraal akkoord heeft afgesloten. Dit is het geval voor de ondernemingen uit Nederland en Duitsland. Ook vrijgesteld van de bijdragen voor de getrouwheidszegels zijn de ondernemingen gevestigd in andere lidstaten die kunnen aantonen dat zij in eigen land al aan een gelijkwaardige regeling onderworpen zijn. De buitenlandse ondernemingen die niet beantwoorden aan deze criteria moeten de brutolonen van hun arbeiders aangeven met betrekking tot de prestaties die zij in België hebben geleverd en hierop de verschuldigde bijdrage voor de getrouwheidszegels betalen. Ongeacht of de buitenlandse bedrijven al dan niet vrijgesteld zijn van de betaling van de patronale bijdragen blijven zij in ieder geval verplicht zich te laten inschrijven bij de P.D.O.K. Zij moeten per kwartaal een lijst overmaken van de werknemers (naam, voornaam, adres) die in België worden tewerkgesteld.

¹⁹⁶ H.v.J. 15 maart 2001, nr. C-165/98 (Mazzoleni), *Jur. H.v.J.* 2001, 2189.

¹⁹⁷ H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (Arblade / Leloup), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

Rond de vaststelling van het **bevoegde paritair comité** doen zich meestal geen noemenswaardige problemen voor. Wanneer deze zich voordoen zijn zij te verklaren door het feit dat de betrokken ondernemingen in hun lidstaat van vestiging onder een bepaalde C.A.O. vallen die niet overeenstemt met het in België bevoegde paritair comité of door het feit dat de hoofdactiviteit in het buitenland van een andere aard is dan de in België uitgevoerde werkzaamheden. Zo zijn voorbeelden bekend van ondernemingen die hier industriële onderhoudswerken komen verrichten, terwijl ze in het land van herkomst productie verrichten. Maar dit is vaak ook een probleem bij Belgische ondernemingen omdat er steeds nieuwe activiteiten worden ontwikkeld waaraan de bevoegheidsomschrijvingen van de paritaire comités niet zijn aangepast. Met de vaststelling van het bevoegde paritair comité wordt niet “gefraudeerd” en is veeleer sprake van onwetendheid dan van misbruik, aangezien buitenlandse ondernemingen zich op dit vlak geen vragen stellen en men ervan uitgaat dat men onder dezelfde C.A.O.’s valt als in het land van oorsprong. Uiteraard is de activiteit in België doorslaggevend.

V.2.3.3 Minimumlonen: een voortdurend gevecht

V.2.3.3.1 Controle op de naleving van het minimumloon in de praktijk

Bij de controle van de loonvoorwaarden van gedetacheerde werknemers die in België zijn tewerkgesteld worden de prestaties van deze werknemers gereconstrueerd, waarbij de arbeidsduuroverschrijdingen die worden vastgesteld toelaten de eventuele overloontoeslag te bepalen. Vervolgens wordt gezocht naar het toepasselijk paritair comité, de juiste functiequalificaties e.d.m. De volledige verloning wordt berekend als waren het Belgische werknemers, waarbij wordt rekening gehouden met de sectorale minimumlonen, de bij CAO verplicht gestelde toeslagen, overloon, feestdagenloon, ploegen- en nachttoeslag, enzoverder. Het resultaat hiervan wordt vergeleken met de loondocumenten van het herkomstland en de details van de buitenlandse loonrekening worden bestudeerd. In beginsel worden de looncomponenten op de buitenlandse loonfiche aanvaard voor zover zij te maken hebben met loon, zelfs pro rata verrekeningen van eindejaarspremies voor zover ze werkelijk op de periodieke betalingstijdstippen betaald worden en ongeacht welke de rechtsbron is van het loon of de toeslagen die op de buitenlandse loonfiche vermeld zijn. Bijdragen aan aanvullende bedrijfspensioenregelingen worden buiten beschouwing gelaten, alsook vergoeding van daadwerkelijk in verband met de detachering gemaakt onkosten, zoals reiskosten, verblijfkosten en kosten voor voeding. Een expat-vergoeding (uithuiszingsvergoeding, vervreemdingsvergoeding) moet wel worden aanvaard voor zover op de buitenlandse loonfiche hierop fiscale en sociale zekerheidsinhoudingen worden genoteerd.

Bij de controle op de naleving van de reglementering inzake het Belgisch minimumloon, wordt steeds gebruik gemaakt van het **brutoloon** van de werknemers. Vele buitenlandse firma’s willen dat er met het nettoloon van de werknemer wordt gewerkt om voordeel te halen uit de lagere belastingsdruk en de lagere fiscale bijdragen in het land van herkomst, teneinde gemakkelijker aan het Belgische minimumloon te komen. Concreet betekent dit dat, indien een werknemer uit een herkomstland met een lagere belastingsdruk en lagere sociale bijdragen naar België komt werken, men met hetzelfde brutobedrag eerder aan het nettominimumloon zal komen. Voor een brutobedrag van 10 EUR zal men in een land met een hogere sociale en fiscale druk op 6 EUR netto uitkomen, terwijl men in landen met een

lagere druk op 8 EUR netto zal uitkomen. In de praktijk is men het erover eens dat men niet met het nettoloon van buitenlandse werknemers kan werken, aangezien men de gezinssamenstelling van de betrokken werknemers niet kent. Bovendien zijn alle vergoedingen en premies die voorkomen in Belgische C.A.O.'s brutobedragen.

Over wat als loon wordt aanvaard, bestaat geen eensgezindheid binnen de verschillende districten van I.S.W.. De discussie met gecontroleerde buitenlandse werkgevers gaat in deze meestal over het al dan niet aanvaarden van bepaalde **premies en vergoedingen** als looncomponent. Deze discussies vinden veelal hun aanleiding in het feit dat de betrokken bedragen in het herkomstland wel als looncomponent worden aanvaard. Vaak worden van het brutoloon bepaalde vergoedingen afgetrokken, zoals deze voor voeding, huisvesting, gebruik van een wagen, etc ..., waardoor er niet veel meer overblijft wanneer de betrokken werknemers maar rond de 5 à 6 € per uur betaald krijgen. Zo krijgen de betrokken werknemers niet het Belgische minimumloon. In alle districten is men het erover eens dat vergoedingen van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfskosten en kosten voor voeding niet als minimumloon worden aanvaard, overeenkomstig de bepalingen van de Wet van 5 maart 2002. Deze vergoedingen worden niet aanvaard omdat het kosten zijn die aan de detachering verbonden zijn. De buitenlandse werknemers “moeten hier gehuisvest worden” en “moeten voedsel kopen” omdat zij naar hier gedetacheerd worden. Overeenkomstig de bepalingen van de Loonbeschermingswet mogen voordelen in natura echter van het brutoloon worden afgetrokken, maar ofwel staat dit niet in het contract van de betrokken werknemers ofwel wordt er helemaal geen contract voorgelegd. In sommige districten wordt er vanuit gegaan dat “kosten die men normaal niet heeft in het land van tewerkstelling” niet als loon kunnen worden aanvaard. Voor voedsel worden vergoedingen soms wel aanvaard, “omdat men in zijn land van oorsprong ook voedsel moet aanschaffen”, maar de huisvesting moet voorzien worden precies omdat de werknemers worden gedetacheerd. Reiskosten worden hoe dan ook niet aanvaard. Men gaat ervan uit dat kosten die verbonden zijn aan de detachering kosten zijn die men zonder de detachering niet had moeten maken. Maar door deze redenering zouden vergoedingen voor huisvesting eveneens moeten worden aanvaard, aangezien de betrokken werknemers in hun land van herkomst eveneens zelf in hun huisvesting moeten voorzien. Premies (hoogte, nacht, ploegenwerk, ...) zijn altijd een probleem wanneer deze niet moeten worden betaald in het land van herkomst. Dit zal variëren van lidstaat tot lidstaat, naargelang daar een al dan niet gelijkaardig systeem bestaat. Een Duitse werkgever zal gewilliger zijn dan een Poolse of Portugese werkgever. Bijna alle Belgische C.A.O.-voordelen leiden tot een gevecht bij een regularisatie. In sommige districten wordt “alles wat verband houdt met het werk en alle bijkomende vergoedingen” als loon aanvaard, met uitzondering van vergoedingen die terugbetalingen zijn van onkosten die zij hebben gemaakt in het kader van de detachering (verblijfskosten, verplaatsingskosten, telefoonkosten). Een expatvergoeding van 50 € per dag wordt aanvaard worden als loon, maar 50 € per dag vergoeding voor terugbetaling van hotelkosten wordt niet aanvaard. “Vergoedingen die rechtstreeks betrekking hebben op de detachering” worden ook steeds als loon aanvaard. In een concreet geval werden werknemers betaald aan 6 € per uur, maar zij kregen dagelijks 45 € vergoeding. De betaling van 6 € is op zich uiteraard te weinig, maar door de 45 € per dag komt men wel aan het minimumloon en dit wordt aanvaard. Op deze vergoedingen wordt geen sociale zekerheid betaald in het land van herkomst, maar dit moet worden aanvaard. Van zodra wordt verklaard dat die 45 € extra effectief wordt betaald, moet aanvaard worden dat zij de betrokken werknemer het Belgische minimumloon krijgen. Er kan worden vastgesteld dat bepaalde premies of vergoedingen die als gebruikelijk worden omschreven door

buitenlandse werkgevers en waarover verder weinig informatie wordt ontvangen, soms worden aanvaard als looncomponent omdat men niet weet hoe men deze precies moet kwalificeren. Door een gebrek aan kennis van het stelsel in het land van herkomst worden op deze manier premies en vergoedingen als loon aanvaard terwijl men geen goed zicht heeft op de aard en strekking van de betrokken componenten. In bepaalde districten worden enkel de vergoedingen aanvaard “waarop socialezekerheidsbijdragen worden betaald in het land van herkomst”. Bovendien werd vastgesteld dat in de praktijk soms helemaal niet gecontroleerd wordt op de naleving van tal van bij C.A.O. vastgestelde vergoedingen en premies omdat men reeds tevreden moet zijn wanneer men buitenlandse werkgevers ertoe kan bewegen zich aan het Belgische minimumloon te houden.

In de meeste districten wordt het voorzien in huisvesting niet aanvaard als betaling van het loon in natura. Door bepaalde districten zou huisvesting wel worden aanvaard als betaling van het loon in natura wanneer het om een “vast verblijf” gaat voor de werknemers, maar daarbij wordt geen definitie voor “vast verblijf” gegeven en in het geval van detachering lijkt een vast verblijf een moeilijk te hanteren criterium. Deze praktijk heeft ten andere geen wettelijke basis. Hoe dan ook stelt dit probleem zich zelden, aangezien, zoals reeds gezegd in de meeste gevallen niet is voldaan aan de in de Loonbeschermingswet omschreven voorwaarden voor de uitbetaling van het loon in natura. Meestal krijgt men de contracten van de buitenlandse werknemers niet te zien, waardoor dit niet kan gecontroleerd worden.

Uit deze eerder verwarrende toepassingen van wat al dan niet als loon wordt aanvaard bij de controle op de naleving van het Belgische minimumloon moet men besluiten dat geen duidelijke richtlijnen bestaan over wat van een controleur wordt verwacht bij een loonregularisatie. Hoewel men het over de grote lijnen eens is, bestaat nogal wat verwarring over welke vergoedingen precies in aanmerking moeten worden genomen als looncomponenten om de Belgische minimumloonsvoorwaarden te bereiken. Dit resulteert in de praktijk meermaals in natte vinger-werk (loutere controle op naleving van minimumloon, gemakkelijk aanvaarden van “onbekende of vage vergoedingen”, “vergoedingen waarop in het land van herkomst geen sociale zekerheid wordt betaald” consequent weigeren, ...) en dus een niet te ontkennen situatie van rechtsonzekerheid. Er is een grote vraag naar duidelijke richtlijnen over wat al dan niet in aanmerking moet worden genomen als looncomponenten.

V.2.3.3.2 Minimumloon: een theoretische benadering

In de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de verplichting voor dienstverrichters om de in de lidstaat van ontvangst geldende **reglementering inzake het minimumloon** na te leven, gaat het Hof steeds uit van het principe dat het Gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die de eerste lidstaat zijn grondgebied een dienst verricht, ertoe verplicht haar werknemers het door de nationale regeling van de lidstaat van ontvangst voorgeschreven minimumloon te betalen¹⁹⁸. In het arrest *Arblade*¹⁹⁹ voegde het Hof daaraan toe dat strafrechtelijke vervolging wegens niet-naleving van dergelijke bepalingen slechts gerechtvaardigd is wanneer zij voldoende

¹⁹⁸ H.v.J. 3 februari 1982, nr. C-62 en 63/81 (*Seco*), *Jur. H.v.J.* 1982, 223; H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (*Arblade / Leloup*), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453; H.v.J. 15 maart 2001, nr. C-165/98 (*Mazzoleni*), *Jur. H.v.J.* 2001, 2189; H.v.J. 24 januari 2002, nr. C-164/99 (*Portugaia Construções*), *Jur. H.v.J.* 2002, 787.

¹⁹⁹ H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (*Arblade / Leloup*), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

nauwkeurig en toegankelijk zijn voor buitenlandse werkgevers. In het arrest Mazzoleni²⁰⁰ maakte het Hof daarentegen duidelijk dat de lidstaten, bij het verplicht stellen van de naleving van de minimumloonvereisten, de proportionaliteitsvereiste in het achterhoofd dienen te houden en deze niet kunnen afdwingen wanneer zij tot een onevenredige economische last voor de dienstverrichter leiden. De bevoegde autoriteiten van de ontvangende lidstaat moeten daarbij alle relevante elementen beoordelen om uit te maken of de toepassing van de regeling inzake het minimumloon noodzakelijk en evenredig is. Daarbij moet ook rekening gehouden worden met de duur van de dienstverrichting, de voorzienbaarheid ervan en de vraag of de werknemers daadwerkelijk naar de ontvangende lidstaat zijn uitgezonden dan wel of zij aan het bedrijf van hun werkgever in zijn lidstaat van vestiging verbonden blijven. De nationale autoriteiten moeten bij het opleggen van de minimumloonvereisten bovendien steeds nagaan of daarmee effectief de sociale bescherming van de betrokken gedetacheerde werknemers wordt gediend. Zij moeten dientengevolge nagaan of de minimumloonregeling voor die werknemers een reëel voordeel inhoudt dat in aanzienlijke mate bijdraagt tot hun sociale bescherming, aldus het Hof in Portugaia²⁰¹. Alles samengenomen, betekent dit dat steeds een vergelijking moet gebeuren tussen de loonvoorwaarden in het oorsprongland en de loonvoorwaarden in de lidstaat van ontvangst. De duidelijke lijn die te trekken is door de rechtspraak van het Hof is dat loonconcurrentie slechts kan tussen lidstaten waar de sociale bescherming van werknemers ongeveer op hetzelfde niveau ligt. Wanneer een minimumloonregeling hinderend werkt voor het vrij verkeer van diensten en deze regeling brengt geen voldoende reëel voordeel mee voor de betrokken werknemers, zal zij de toets door het Hof van Justitie niet kunnen doorstaan. Wanneer er echter grote verschillen kunnen worden vastgesteld, is de sociale bescherming van de werknemers echt in het geding en zal het Hof milder optreden ten aanzien van de belemmerende maatregel. Deze casuïstische afweging door het Hof blijft natuurlijk nog steeds mogelijk, zelfs na het einde van de omzettingstermijn voor de Detacheringsrichtlijn. Maar aangezien het Hof bij toekomstige zaken zal moeten rekening houden met de harde kern van arbeidsvoorwaarden, zal het moeilijker worden om de kleine verschillen tussen lidstaten te blijven negeren²⁰².

Onder de harde kern in de Detacheringsrichtlijn werden de **bepalingen inzake minimumlonen** opgenomen, inclusief vergoedingen voor overwerk, maar met uitsluiting van aanvullende bedrijfspensioenregelingen. Voor de toepassing van de richtlijn wordt het begrip “minimumlonen” bepaald door de nationale wetgeving en / of praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld. De richtlijn bepaalt niet, wanneer zij spreekt over het minimumloon, of het gaat om het **netto- of het brutoloon** van de werknemer. Uit de zaak Mazzoleni²⁰³ kan men afleiden dat het Hof de voorkeur geeft aan een beoordeling aan de hand van het nettoloon van de werknemer, waar het Hof, in het kader van de toepassing van het Belgische minimumloon²⁰⁴ op naar België gedetacheerde werknemers die gewoonlijk in Frankrijk hun arbeid verrichten, argumenteerde dat voor de beoordeling of de werknemers in hun lidstaat van oorsprong een vergelijkbare bescherming genieten, moeten worden gekeken naar de positie van de betrokken werknemers over het

²⁰⁰ H.v.J. 15 maart 2001, nr. C-165/98 (Mazzoleni), *Jur. H.v.J.* 2001, 2189.

²⁰¹ H.v.J. 24 januari 2002, nr. C-164/99 (Portugaia Construções), *Jur. H.v.J.* 2002, 787.

²⁰² HOUWERZIJL, M., *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 97/71*, Kluwer, Deventer, 215.

²⁰³ H.v.J. 15 maart 2001, nr. C-165/98 (Mazzoleni), *Jur. H.v.J.* 2001, 2189.

²⁰⁴ In België worden de minimumlonen vastgesteld aan de hand van algemeen verbindend verklaarde CAO's.

geheel genomen op het vlak van loon, belasting en sociale bijdragen²⁰⁵. In deze zaak was het minimumloonbegrip uit de Detacheringsrichtlijn evenwel nog niet van toepassing. In de zaak Commissie t. Duitsland²⁰⁶ lijkt het Hof dan weer een andere mening toegedaan, waar het zonder verdere uitleg akte nam van het feit dat de partijen het erover eens waren dat het brutoloon is dat moet worden in aanmerking genomen. Ook de Europese Commissie verklaarde dat, gezien de richtlijn geen betrekking heeft op sociale zekerheid of fiscaliteit, de vergelijking moet gemaakt worden op basis van het brutoloon²⁰⁷. Zij bevestigde dit recentelijk in haar Werkdocument²⁰⁸ over de tenuitvoerlegging van de Detacheringsrichtlijn dat samen met de Detacheringsrichtsnoeren²⁰⁹ werd gepubliceerd. De keuze voor het brutoloon heeft als gevolg dat bij detacheringen voor een periode korter dan een half jaar een in een lidstaat met lagere belastings- en socialebijdragedruk woonachtige gedetacheerde werknemer netto een hoger loon zal krijgen dan zijn collega uit het land waarnaar hij gedetacheerd wordt²¹⁰.

Het werkland mag bepalen in hoeverre bepaalde **vergoedingen of bonusregelingen** tot het minimumloon behoren²¹¹. In artikel 3,§7 van de Detacheringsrichtlijn wordt bovendien bepaald dat toeslagen in verband met de terbeschikkingstelling als een deel van het minimumloon moeten worden beschouwd. Enkel indien zij uitgekeerd worden als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfskosten en kosten voor voeding, mogen zij niet meegerekend worden bij de vaststelling van het minimumloon. De Wet van 5 maart 2002 bepaalt dat onder loonvoorwaarden wordt verstaan de *“lonen, voordelen en vergoedingen die verschuldigd zijn krachtens door de Koning overeenkomstig de wet van 5 december 1968²¹² betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten, met uitzondering van de bijdragen aan aanvullende bedrijfspensioenregelingen”*. De toeslagen die rechtstreeks verbonden zijn aan de terbeschikkingstelling worden beschouwd als deel uitmakend van de loonvoorwaarden, voor zover deze niet uitgekeerd worden als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfskosten en kosten voor voeding, overeenkomstig de bepalingen in de Detacheringsrichtlijn. In de Loonbeschermingswet worden de terugbetaling van kosten of de tegemoetkoming in kosten door de werkgever als loon aanvaard, afhankelijk van de aard van de kosten en wie deze kosten moet dragen. Het ten laste nemen van bepaalde privé-kosten van de werknemer wordt als een verkapte tegenprestatie beschouwd van de arbeid verricht in uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Tegemoetkomingen in of

²⁰⁵ In tegenstelling tot de overtuigende redenering van Advocaat-Generaal Alber in dezelfde zaak, die betoogde dat voor de vergelijking van de regelingen logischerwijs met het brutoloonbegrip diende te worden gewerkt. Conclusie van de Advocaat-Generaal bij H.v.J. 15 maart 2001, nr. C-165/98 (Mazzoleni), *Jur. H.v.J.* 2001, 2189.

²⁰⁶ H.v.J. 14 april 2005, nr. C-341/02 (Comm. t. Duitsland), *Jur. H.v.J.* 2005, 2733.

²⁰⁷ HOUWERZIJL, M., *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 97/71*, Kluwer, Deventer, 136.

²⁰⁸ Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the free provision of services, Brussel, 4 April 2006, SEC(2006) 439.

²⁰⁹ Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, Brussel, 2006, COM(2006) 159 definitief.

²¹⁰ HOUWERZIJL, M., *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 97/71*, Kluwer, Deventer, 136.

²¹¹ HOUWERZIJL, M., *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 97/71*, Kluwer, Deventer, 135.

²¹² Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, *BS* van 15 januari 1969.

tenlastenemingen van kosten die veroorzaakt zijn door de arbeidsomstandigheden of arbeidsvoorwaarden worden, als zij in beginsel ten laste vallen van de werknemer, als loon in de zin van de Loonbeschermingswet beschouwd. Zo wordt de vergoeding voor reiskosten als loon aanvaard. Hetzelfde geldt voor verplaatsingskosten om zich naar het werk te begeven. Kosten ten laste van de werkgever, bijvoorbeeld als gevolg van de hem opgelegde arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden, worden niet als loon in aanmerking genomen. Het zijn dus maar de tenlastenemingen en tegemoetkomingen in kosten die indirect het inkomen van de werknemer verhogen, die als loon kunnen in aanmerking genomen worden. In beginsel moet naar Belgisch recht de tegemoetkoming in of terugbetaling van kosten door de werkgever die ten laste vallen van de werknemer dus steeds als loon worden aanvaard²¹³. Door de uitsluiting die in de Wet van 5 maart 2002 werd opgenomen, worden reiskosten, verblijfskosten en kosten voor voeding reeds aan dit basisprincipe onttrokken. Het is echter de vraag wanneer men precies kan spreken van “toeslagen uitgekeerd als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten”. Uit de letterlijke bewoordingen van de Detacheringsrichtlijn zou men kunnen afleiden dat het hier enkel gaat om terugbetalingen van kosten die door de gedetacheerde werknemer werden gemaakt en niet om het door de werkgever voorzien van verblijf, voeding of vervoer. Dienaangaande moet verder worden onderzocht wat de Belgische wetgeving hierover zegt.

De absolute uitsluiting van door de buitenlandse werkgever verstrekte huisvesting of voeding als componenten van het minimumloon lijken op gespannen voet te staan met de mogelijkheid naar Belgisch recht om een gedeelte van het loon in natura uit te betalen. Volgens artikel 6 van de Loonbeschermingswet is dit mogelijk wanneer deze wijze van betaling gebruikelijk of wenselijk is wegens de aard van de betrokken bedrijfstak of het betrokken beroep. Dit gedeelte wordt schriftelijk geschat en ter kennis gebracht van de werknemer bij zijn indienstneming. Het mag echter niet hoger zijn dan een vijfde van het totale brutoloon en niet hoger dan twee vijfden wanneer de werkgever een huis of een appartement ter beschikking van de werknemer stelt. Huisvesting, brandstoffen, het genot van een grond, voedsel gebruikt op de plaats waar de arbeid wordt verricht, ..., zijn voorbeelden van loon in natura. Volgens de Belgische wetgeving kan dus onder bepaalde voorwaarden een deel van het loon in natura worden betaald. De vraag is echter of dit ook kan worden in aanmerking genomen als een deel van het minimumloon. Daarvoor moet worden onderzocht wat CAO nr. 43 van 2 mei 1988 betreffende de waarborg van een gemiddeld minimum maandinkomen²¹⁴, hierover voorziet. In het artikel 4 van deze CAO wordt bepaald dat de paritaire comité's in hun overeenkomsten de inhoud van het gemiddeld minimum maandinkomen kunnen vaststellen. Bij ontstentenis van een in paritair comité gesloten andersluidende collectieve arbeidsovereenkomst, heeft dat gemiddeld minimum maandinkomen betrekking op alle elementen van het loon die verband houden met de normale arbeidsprestaties waarop de werknemer rechtstreeks of onrechtstreeks ten laste van zijn werkgever recht heeft. Deze elementen omvatten onder meer het loon in geld of in natura, het vast of veranderlijk loon alsmede de premies en

²¹³ Van eekhoutte arbeidsrecht

²¹⁴ COLLECTIEVE ARBEIDSOVEREENKOMST NR. 43 VAN 2 MEI 1988 houdende wijziging en coördinatie van de COLLECTIEVE ARBEIDSOVEREENKOMSTEN NR. 21 VAN 15 MEI 1975 EN NR. 23 VAN 25 JULI 1975 betreffende de waarborg van een gemiddeld minimum maandinkomen, gewijzigd door de COLLECTIEVE ARBEIDSOVEREENKOMSTEN NR. 43 BIS VAN 16 MEI 1989, NR. 43 TER VAN 19 DECEMBER 1989, NR. 43 QUATER VAN 26 MAART 1991, NR. 43 QUINQUIES VAN 13 JULI 1993, NR. 43 SEXIES VAN 5 OKTOBER 1993, NR. 43 SEPTIES VAN 2 JULI 1996 en NR. 43 OCTIES VAN 23 NOVEMBER 1998, <http://www.cnt-nar.be/CAO/cao-43.doc>

voordelen waarop de werknemer recht heeft ten laste van de werkgever uit hoofde van zijn normale arbeidsprestaties. De vaststelling van het loon in natura moet overeenkomstig het voormelde artikel 6 van de Loonbeschermingswet geschieden. Afgezien van afwijkende sectorale CAO's is het volgens CAO nr. 43 toegelaten om het loon in natura mee te rekenen voor de bepaling van het minimumloon, indien alle voorwaarden van artikel 6 van de Loonbeschermingswet zijn vervuld. Aangezien de Detacheringsrichtlijn bepaalt dat het minimumloon wordt bepaald door de nationale wetgeving en / of praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld, kan ook voor de bepaling van het minimumloon in geval van detachering naar België het loon in natura (huisvesting, brandstoffen, voedsel, ...) in rekening worden genomen, mits echter aan de wettelijke voorwaarden is voldaan. Dit staat niet op gespannen voet met de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn en de Wet van 5 maart 2002, waarin wordt bepaald dat "toeslagen als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfskosten en kosten voor voeding" niet als een deel van het minimumloon worden beschouwd. Deze uitsluiting voor meerekening in het minimumloon heeft echter niet tot gevolg dat de betaling van het loon in natura niet in rekening mag genomen worden voor het minimumloon. Hier kan een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin voordelen in natura worden verstrekt en aan alle voorwaarden van artikel 6 van de Loonbeschermingswet is voldaan enerzijds en de situatie waarin een vergoeding wordt verstrekt als terugbetaling voor reiskosten, verblijfskosten en kosten voor voeding. In het eerste geval moeten de betrokken voordelen als loon in natura worden aanvaard, in het tweede geval worden zijn van het loonbegrip uitgesloten. Bovendien worden ook in CAO nr. 43 "de bedragen die de werkgever aan de werknemer betaalt ten einde zich te kwijten van zijn verplichting om arbeidsgereedschap of werkkleding te bezorgen of *om te zorgen voor kost en inwoning, wanneer de werknemer ver van zijn woning tewerkgesteld is*" uitgesloten van het minimumloonbegrip. Deze uitgesloten vergoeding lijken vergelijkbaar met de door de Detacheringsrichtlijn uitgesloten toeslagen. Wanneer echter aan de voorwaarden die worden omschreven in de Loonbeschermingswet voor de uitbetaling van loon in natura wordt voldaan, moeten de voordelen in natura als loon aanvaard worden.

Andere **toeslagen en bijlagen** die in een bepaalde lidstaat gevestigde werkgevers aan hun in een andere lidstaat ter beschikking gestelde werknemers geven en die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, komen in aanmerking als bestanddelen van het minimumloon, overeenkomstig de recente rechtspraak van het Hof van Justitie²¹⁵. Toeslagen en bijlagen die volgens de wetgeving of de nationale praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld, geen bestanddeel van het minimumloon zijn en een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, kunnen echter volgens het Hof niet als bestanddelen van het minimumloon worden beschouwd. Wanneer een werkgever in bijzondere omstandigheden verlangt dat een werknemer meer werk verricht of meer uren maakt, is het normaal dat de werknemer daarvoor een vergoeding ontvangt, zonder dat deze vergoeding in aanmerking wordt genomen voor de berekening van het minimumloon, aldus het Hof. Wil een lidstaat dus bepaalde bestanddelen van het minimumloon niet in aanmerking nemen, komt het erop aan te bewijzen dat de betrokken toeslag of bijslag invloed heeft op de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de vergoeding die hij daarvoor ontvangt. In hetzelfde arrest stelde het Hof vast dat de betrokken partijen het erover eens waren dat ingevolge

²¹⁵ H.v.J. 14 april 2005, nr. C-341/02 (Comm. t. Duitsland), *Jur. H.v.J.* 2005, 2733.

Artikel 3, lid 1, eerste alinea, sub c, vergoedingen voor overwerk niet als bestanddelen van het minimumloon in aanmerking moeten worden genomen. Het Hof neemt hiervan akte en betwist het akkoord van de betrokken partijen niet. Deze aanvaarding lijkt haaks te staan op de tekst van de Detacheringsrichtlijn, waarin onder de kern van dwingende bepalingen wordt verwezen naar bepalingen inzake “minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk”²¹⁶. De overweging in het genoemde arrest zou inderdaad fundamenteel onjuist zijn indien men onder de bepaling in de richtlijn verstaat dat vergoedingen voor overwerk moeten worden ingesloten bij de vaststelling van het minimumloon. Er mede van uitgaand dat het Hof geen foute interpretaties door partijen overneemt, moet men dan ook besluiten dat vergoedingen voor overwerk geen deel uitmaken van het minimumloon, maar ingevolge artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn uiteraard wel verplicht moeten worden nageleefd door de dienstverrichtende onderneming als bepaling opgesomd in de harde kern. Vergoedingen voor overwerk passen immers perfect onder de definitie van “toeslagen en bijslagen die een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt”. Als een werknemer overwerkt, moet hij voor deze extra prestatie een vergoeding krijgen zonder dat deze vergoeding wordt opgenomen voor de berekening van het minimumloon. Voordelen in het kader van weerverletzegels en getrouwheidszegels kunnen niet als onderdeel van het minimumloon worden aanvaard²¹⁷.

V.2.3.4 Niet-naleving van loon- en arbeidsvoorwaarden: flexibiliteit

Over de niet-naleving van de Belgische loons- en arbeidsvoorwaarden kan relatief kort gerapporteerd worden, aangezien de rest van het rapport doorspekt is met voorbeelden van fraudegevallen die tot extreme flexibiliteit leiden. In het kader van grensoverschrijdende tewerkstelling worden de Belgische arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden massaal met de voeten getreden en voor de T.S.W. is het dikwijls dweilen met de kraan open. Het gaat hierbij vooral om niet-naleving van de regels inzake het Belgische minimumloon, maar ook inzake arbeidsduur (vaak wordt 7 dagen per week gewerkt aan 10 uren per dag), feestdagen, gewaarborgd loon, premies die niet worden toegekend, vergoedingen die niet worden betaald, bijdragen aan het Fonds voor Bestaanszekerheid die niet worden betaald. Voor concrete voorbeelden ver Maar ook de naleving van de veiligheidsvoorschriften is vaak een probleem wanneer buitenlandse werknemers betrokken zijn, al is het maar omdat deze vaak geen van onze landstalen spreken. Buitenlandse werknemers worden vaak aan hun lot overgelaten op werven, zonder enige voorkennis van risico's, gevaarlijke producten of productieprocédés en vaak zonder beschermingsmiddelen. In sommige T.S.W.-districten wordt daardoor enkel de nadruk gelegd op de controle op de naleving van de loonsvoorwaarden en zijn controles op de naleving van andere arbeidsvoorwaarden vaak bijkomstig.

Op de eerste plaats moet bij de niet-naleving van onze toepasselijke wetgeving inzake arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden melding worden gemaakt van de niet-naleving uit onwetendheid. Hierbij gaat het vaak om bonafide bedrijven die in het kader van een dienstverrichting in België de wetgeving uit hun lidstaat van vestiging blijven toepassen in de overtuiging dat dit binnen de interne markt volledig geoorloofd is. Een minder aanvaardbare variant van deze vorm van niet-naleving leunt eerder tegen desinteresse aan,

²¹⁶ BLANPAIN gaat ervan uit dat dit vergoedingen voor overwerk als onderdeel van het minimumloon aanduidt. Cf. BLANPAIN, R., *Vrij verrichten van diensten en arbeidsrecht. Europese Unie en België*, Brugge, Vanden Broele, 2005, 97.

²¹⁷ H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (Arblade / Leloup), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

waarbij bedrijven simpelweg geen moeite doen om te weten te komen wat moet of niet mag of omdat ze niet direct iets teruggevonden hebben over toepasselijke wetgeving in België. Daarnaast wordt uiteraard in grote mate doelbewust grote flexibiliteit nagestreefd door niet-naleving van de Belgische loons- en arbeidsvoorwaarden. Dit creëert zeer vlug een door bonafide bedrijven niet te evenaren concurrentiepositie. Deze doorgedreven flexibiliteit is een fenomeen waarvan men met zekerheid mag zeggen dat het zich in alle regio's en in alle sectoren voordoet.

V.2.4 Tenuitvoerlegging

De Lid-Staten stellen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast om uiterlijk op 16 december 1999 aan deze richtlijn te voldoen. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis.

Wanneer de Lid-Staten deze bepalingen vaststellen, wordt in die bepalingen naar de onderhavige richtlijn verwezen of wordt hiernaar verwezen bij de officiële bekendmaking van die bepalingen. De regels voor deze verwijzing worden vastgesteld door de Lid-Staten.

De lidstaten dienden uiterlijk op 16 december 1999 in de nationale rechtsorde te hebben omgezet. De Wet van 5 maart 2002 trad echter pas in werking op 1 april 2002, dus goed twee jaar na het verstrijken van de omzettingstermijn. Dit was voornamelijk te wijten aan de afwachtende houding van de Belgische wetgever nadat de voor de materie uiterst belangrijke strafzaken Arblade en Leloup betreffende het opmaken en bijhouden van Belgische sociale documenten gebundeld voor het Hof van Justitie werden gebracht²¹⁸. De Belgische wetgever koos ervoor om de omzettingbepalingen en een nieuw vereenvoudigd socialedocumentenstelsel (zie verder) in dezelfde wet te vatten.

V.2.5 Heronderzoek door de Europese Commissie

Uiterlijk op 16 december 2001 onderwerpt de Commissie de wijze van toepassing van de richtlijn aan een nieuw onderzoek, teneinde zo nodig aan de Raad de vereiste wijzigingen voor te stellen.

Overeenkomstig deze bepaling, had de Europese Commissie de opdracht om vijf jaar na de aanneming van het voorstel, twee jaar na het verstrijken van de normale implementatietermijn dus, de toepassing van de richtlijn in de lidstaten te evalueren. De Commissie deed dit met haar Mededeling aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over de tenuitvoerlegging van Richtlijn 96/71 in de lidstaten²¹⁹. Zonder in detail in te gaan op de verschillende punten die in dit verslag werden aangehaald, was de voornaamste conclusie dat de omzetting van de richtlijn geen noemenswaardige juridische problemen had veroorzaakt, maar dat het veel minder goed gesteld was met de praktische toepassing van de bepalingen van de richtlijn. Waar het dus

²¹⁸ NUYTS, D. en SONNEVILLE, I., "De omzetting van de 'Detacheringsrichtlijn' 96/71/EG in België en de andere lidstaten van de EU", *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 22.

²¹⁹ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's betreffende de tenuitvoerlegging van Richtlijn 96/71/EG in de lidstaten, COM(2003) 458 definitief.

niet noodzakelijk werd geacht om een wijziging van de richtlijnbevestigingen door te voeren, was het ook voor de Commissie duidelijk dat er nog heel wat werk te verrichten was op het vlak van het toezicht op de naleving, informatieverstrekking over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden en administratieve samenwerking tussen de bevoegde nationale instanties. Deze drie belangrijke pijnpunten worden in een ander onderdeel uitvoerig besproken (zie verder).

V.3 DETACHERING EN UITZENDARBEID

Onder artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn, waarin de hardekernbepalingen worden opgesomd, werd onder puntje d) “voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven” opgenomen. Dit houdt in dat de Detacheringsrichtlijn ervoor zorgt dat, welk recht ook van toepassing is in een situatie van detachering in het kader van het vrij verkeer van diensten, de wetgeving op het ter beschikking stellen van personeel en inzake uitzendarbeid van het werklend zullen moeten worden nageleefd. De preambule van de richtlijn vermeldt bovendien expliciet dat de richtlijn, onverminderd andere bepalingen van het Gemeenschapsrecht, de lidstaten niet de verplichting oplegt om het bestaan van uitzendbureaus wettelijk te erkennen. Zij doet evenmin afbreuk aan de toepassing door de lidstaten van hun wetgeving betreffende de beschikbaarstelling van arbeidskrachten en uitzendbedrijven op bedrijven die niet op hun grondgebied zijn gevestigd, maar er in het kader van een dienstverrichting werkzaam zijn. Niets staat dus in de weg dat, wanneer een buitenlandse werknemer naar België wordt gedetacheerd, de Belgische wetgeving inzake het ter beschikking stellen van personeel in beginsel wordt toegepast zodra deze werknemer op het grondgebied wordt tewerkgesteld. Het ter beschikking stellen van personeel wordt geregeld in de Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers (hierna: Uitzendarbeidswet).

V.3.1 Terbeschikkingstelling van werknemers in België

V.3.1.1 Verbod van terbeschikkingstelling

Het uitgangspunt van de Belgische regelgeving inzake het ter beschikking stellen van personeel ligt vervat in artikel 31 Uitzendarbeidswet, waarin het ter beschikking stellen van werknemers (hierna ook: terbeschikkingstelling of TBS) in beginsel wordt verboden. Deze bepaling verbiedt de activiteit die door een natuurlijke persoon of een rechtspersoon wordt uitgeoefend om door hen in dienst genomen werknemers ter beschikking te stellen van derden die deze werknemers gebruiken en over hen enig gedeelte van het gezag uitoefenen dat normaal aan de werkgever toekomt. Sinds de wijziging van deze bepaling door de Programmawet van 12 augustus 2000 komen de volgende elementen echter niet meer in aanmerking om als uitoefening van gezag te worden gekwalificeerd in de zin van artikel 31:

- het naleven door de derde van de verplichtingen die op hem rusten inzake het welzijn op het werk;
- instructies die worden gegeven in uitvoering van de overeenkomst die hem met de werkgever verbindt:
 - inzake arbeids- en rusttijden

- inzake de uitvoering van het overeengekomen werk

Artikel 31 verbiedt de **activiteit van het ter beschikking stellen**. Dit betekent echter niet dat er van een herhaling van of een zekere continuïteit in het ter beschikking stellen sprake moet zijn. Van zodra een werkgever éénmalig een werknemer ter beschikking stelt van een gebruiker in strijd met de bepalingen van de Uitzendarbeidswet, treden de verbodsbepalingen en de daaraan verbonden sancties in werking²²⁰. Het verbod geldt zowel voor natuurlijke personen als voor rechtspersonen die werknemers ter beschikking stellen. Het geldt evenzeer voor een (voor de uitlener) bezoldigde als voor een onbezoldigde terbeschikkingstelling en ongeacht de duur van de TBS²²¹. Het verbod van TBS treedt echter niet in werking bij de loutere uitlening van personeel zonder gezagsdelegatie. Het verbod is enkel van toepassing op het TBS van werknemers en slaat nooit op zelfstandigen, tenzij het natuurlijk gaat om schijnzelfstandigheid²²². Indien deze kan worden aangetoond, kan in beginsel ook het verbod van terbeschikkingstelling worden ingeroepen. Het ter beschikking stellen van zelfstandigen valt echter wel onder de reglementering inzake private arbeidsbemiddeling (zie verder). Het verbod is evenmin van toepassing wanneer natuurlijke of rechtspersonen personen ter beschikking stellen die zij niet hebben aangeworven. Het verbod op TBS werd immers geformuleerd als “door hen in dienst genomen werknemers ter beschikking stellen”. Terbeschikkingstellers die de betrokken werknemers niet hebben aangeworven en die dus als loutere intermediairs optreden door tegen een bepaalde vergoeding personeel te leveren, zullen worden aangepakt als een verboden bureau voor private arbeidsbemiddeling in strijd met de bepalingen van de gewestreglementering met betrekking tot private arbeidsbemiddeling (zie verder). Het verbod slaat echter zowel op vaste werknemers die ter beschikking worden gesteld als op werknemers die werden aangeworven met het oog op terbeschikkingstelling²²³, zolang ze maar werden aangeworven door de werkgever-uitlener²²⁴.

Om te besluiten dat het over de in de wet geviseerde verboden activiteit gaat, moet de gebruiker van de werknemer enig **gedeelte van het gezag** over de werknemer uitoefenen, dat normaal enkel aan zijn werkgever toekomt. Het “gebruik maken van de werknemers” moet niet als een aparte voorwaarde voor de verboden TBS worden gezien, doch slechts als een concretisering van de uitoefening van (een gedeelte van) het gezag²²⁵. Deze uitoefening van

²²⁰ VAN HOOGENBEMT, H., “Internationale detachering en terbeschikkingstelling van werknemers”, in JORENS, Y. en VAN REGENMORTEL, A. (eds.), *Internationale detachering*, Die Keure, Bruges, 1993, 221; TILLEMANN, F., “Het sluipend gevaar van terbeschikkingstelling”, *Oriëntatie* 1997, 121 en ENGELS, C., “De terbeschikkingstelling van personeel in het kader van de Wet van 24 juli 1987”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 11, 202.

²²¹ TILLEMANN, F., *Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling van werknemers*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 142.

²²² Cf. ENGELS, C., “Terbeschikkingstelling van personeel”, *J.T.T.* 1999, nr. 743, 330-332.

²²³ (Ten onrechte) anders: Arbrb. Gent, 13 januari 1997, *A.J.T.* 1997-98, 242: “Het principiële verbod van terbeschikkingstelling van werknemers ten behoeve van gebruikers betreft enkel de arbeidsovereenkomst waarbij een werknemer in dienst wordt genomen om ter beschikking te worden gesteld van een derdegebruiker. Het verbod slaat niet op de terbeschikkingstelling van een vaste werknemer. Bij miskennen van de wettelijke voorschriften van het ter beschikking stellen van een vaste werknemer, is de sanctie niet het ontstaan van een tweede arbeidsovereenkomst met de gebruiker, maar een straf en de hoofdelijke gehoudenheid van de gebruiker voor de door de werkgever verschuldigde bedragen.

²²⁴ ENGELS, C., “De terbeschikkingstelling van personeel in het kader van de Wet van 24 juli 1987”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 11, 203.

²²⁵ ENGELS, C., “De terbeschikkingstelling van personeel in het kader van de Wet van 24 juli 1987”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 11, 202 en PLETS, I., “Uitlenen van personeel: mogelijkheden en beperkingen”, in RIGAUX, M. en HUMBLET, P., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001,. Anders: TILLEMANN, F., *Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling van werknemers*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 143. Hoewel niet helemaal anders, want in de uiteenzetting van de aparte

gezag over de ter beschikking gestelde werknemer is het centrale element bij kwalificatie van de activiteit bij de gebruiker onder de Uitzendarbeidswet, maar meteen ook het struikelblok in deze reglementering. Het is de gezagsverhouding die bestaat tussen de terbeschikkinggestelde werknemer en zijn werkgever en de eventuele gezagsverhouding tussen deze werknemer en de gebruiker die de grens tussen een toegelaten aanneming (“in volle onafhankelijkheid”) en een verboden terbeschikkingstelling (met gezagsdelegatie) vaststelt²²⁶. Deze grens is in zeer veel gevallen moeilijk te trekken²²⁷. De uitoefening van gezag dat aan de werkgever toekomt is op zich een moeilijk te evalueren en te controleren gegeven. In sommige gevallen zal er op geen enkel moment zelfs maar een zweem van gezagsverhouding kunnen vastgesteld worden, bijvoorbeeld wanneer bij een zuivere onderaanneming de gebruiker geenszins in de plaats treedt van de werkgever van de betrokken werknemers²²⁸. Anderzijds is het ook duidelijk dat, wanneer de gebruiker het volledige gezag over de werknemers uitoefent, dit a fortiori een verboden TBS inhoudt, aangezien deze reeds voorhanden is bij een gedeeltelijke overdracht van het gezag²²⁹. Het zijn de vaak voorkomende tussenvormen, waarbij het gezag over de werknemer duidelijk en vaak logischerwijs²³⁰ wordt gedeeld door werkgever en gebruiker, die de meeste kwalificatieproblemen stellen. Deze kwalificatie moet geval per geval worden verricht. In de eerste plaats kan veelal nuttige informatie worden gehaald uit de overeenkomst tussen de werkgever en de gebruiker. Hierin kan een gezagsoverdracht expliciet worden bedongen of wordt er duidelijk omschreven dat het gaat om een TBS van personeel. De bewoordingen van de overeenkomst of de expliciete kwalificatie zijn echter niet doorslaggevend, de effectieve

voorwaarde van ‘het gebruiken van de werknemers’ wordt verwezen naar het integreren in de werkzaamheden die door de gebruiker worden verricht in tegenstelling tot het geven van zeer algemene instructies.

²²⁶ PLETS, I., “Uitlenen van personeel: mogelijkheden en beperkingen”, in RIGAUX, M. en HUMBLET, P., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001.

²²⁷ Cf. voor de grens tussen onderaanneming en terbeschikkingstelling, Arbrb. Gent 24 november 1995, *Soc. Kron.* 1996, 296: “Tussen de vennootschap, eigendom van hun ouders, waar de eisers als bedienden waren ingeschreven, en de vennootschap waar zij werkelijk arbeid verrichtten en waarin zij deelgerechtigd waren, werd geen overeenkomst van onderaanneming gesloten. Er is ook niet aangetoond dat de bestaande arbeidsovereenkomsten in werkelijkheid werden beëindigd op het ogenblik dat de eisers voor die derde gingen arbeiden en dat zij dit feit door veinzing verborgen hebben gehouden. Er is integendeel sprake van een verboden terbeschikkingstelling” en Arbrb. Brussel 13 februari 1996, *Soc. Kron.* 1996, 299: “Wanneer een secretaresse, na door een uitzendbureau ter beschikking te zijn gesteld van een gebruiker, zelf haar vennootschap opricht om hetzelfde werk te verrichten in dienst van dezelfde gebruiker, is er een driehoeksverhouding voorhanden, enerzijds tussen de fysieke persoon en de vennootschap die zij heeft opgericht, en anderzijds tussen de twee vennootschappen. Er is bovendien een terbeschikkingstelling van een werknemer in dienst van een gebruiker, in omstandigheden waarvan de wettigheid zou kunnen worden betwist ten opzichte van de door de werknemer opgerichte vennootschap. Erkennen dat een band van ondergeschiktheid zou kunnen bestaan tussen twee handelsvennootschappen druist in tegen de grondslagen zelf van ons rechtssysteem. Het oprichten van een handelsvennootschap wordt vermoed gedaan te zijn door een vrij en onafhankelijk persoon”.

²²⁸ Cf. Kh. Charleroi, 24 juni 1992, *J.L.M.B.* 1992, 1281: “Bij een werk in regie stelt de onderaannemer zich ter beschikking van de hoofdaannemer die hem dag na dag het te verrichten werk aanduidt. Het betreft ofwel een onderaanneming, waarbij de onderaannemer zijn zelfstandigheid behoudt en de bevoegdheid heeft gezag uit te oefenen over zijn personeel, zelfs indien de hoofdaannemer rechtstreeks tussenkomt om de te gebruiken techniek en werkwijze te preciseren, ofwel een terbeschikkingstelling van personeel, waarbij de werknemers aangestelden worden van de hoofdaannemer en onder zijn rechtstreeks gezag een bepaald werk uitvoeren. In dit laatste geval moet de ‘leverancier’ voldoende gekwalificeerd personeel ter beschikking van de ‘gebruiker’ stellen, terwijl deze laatste een eventueel gebrek aan bekwaamheid snel moet opmerken, aangezien het personeel rechtstreeks onder zijn gezag werkt. De ondertekening zonder voorbehoud van een overzicht van geleverde prestaties houdt de aanvaarding in van de geleverde diensten, zowel wat betreft de kwaliteit als de hoeveelheid”.

²²⁹ TILLEMANN, F., “Het sluipend gevaar van terbeschikkingstelling”, *Oriëntatie* 1997, 122.

²³⁰ Bepaalde aanwijzingen of richtlijnen kunnen nodig zijn om een goede samenwerking tussen de partijen te verzekeren, een goede werking binnen de onderneming te bewerkstelligen en de gegeven opdracht tot een goed einde te brengen. Cf. ENGELS, C., *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, 71-72.

uitvoering ervan is dat wel. Verder zal elk geval op basis van de feitelijke omstandigheden moeten worden beoordeeld, t.t.z. aan de hand van een reeks door de rechtspraak gecreëerde indiciën die in hoofde van de gebruiker (t.o.v. de uitgeleende werknemers) kunnen worden vastgesteld:

- het rechtstreeks geven van richtlijnen, bevelen en instructies
- vermengen van de werknemers met de eigen werknemers voor dezelfde taak
- opstellen van hun uurroosters
- verschaffen van werkkledij
- betaling van verplaatsingskosten
- verschaffen van werktuigen
- controle van het werk
- verplichting tot bijwonen van vergaderingen
- verplichting tot rapporteren over hun werkzaamheden
- opleggen van sancties
- hen nota's verstrekken gericht aan "het personeel"
- bij hem indienen van ziektebriefjes
- hem toestemming vragen om vakantie te nemen
- etc ...²³¹

Uiteraard is geen enkel van deze elementen doorslaggevend, maar is een combinatie van verschillende aanwijzingen nodig om tot de conclusie te komen dat er een gezagsverhouding bestaat tussen de betrokken werknemers en de gebruikers. Door de **Programmawet van 2000** werden echter twee elementen als het ware uit deze beoordelingsradius weggenomen, waardoor de bruikbaarheid van dit stuk regelgeving zienderogen is afgenomen²³². Op de eerste plaats mag het naleven door de gebruiker van zijn verplichtingen inzake welzijn op het werk geen element zijn van een beoordeling van de gezagsverhouding. Aangezien hiermee het ongehinderd naleven door de gebruiker van andere wettelijke verplichtingen wordt bewerkstelligd, valt op deze ingreep weinig aan te merken. Maar daarnaast wordt het de gebruiker ook mogelijk gemaakt om, zonder dat dit mag leiden tot het vaststellen van een gezagsverhouding, instructies te geven inzake arbeids- en rusttijden alsook betreffende de uitvoering van het overeengekomen werk. Vooral het uitsluiten van de instructies inzake de uitvoering van het overeengekomen werk doet vraagtekens rijzen, aangezien de mogelijkheid voor de gebruiker om instructies te geven met betrekking tot de verschillende aspecten van de uitvoering van het werk al een vergaande vorm van gezagsuitoefening inhoudt. In het tweede lid wordt dus de meest typische gezagsdelegatie toegestaan, wat in combinatie met het

²³¹ TILLEMANS, F., *Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling van werknemers*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 143-144 en TILLEMANS, F., "Het sluipend gevaar van terbeschikkingstelling", *Oriëntatie* 1997, 123.

²³² Deze bepalingen hebben retroactieve werking. Cf. Brussel (12e k.) 30 maart 2001, *J.T.T.* 2001, 431: "Krachtens art. 181 Wet 12 augustus 2000 houdende sociale, budgettaire en andere bepalingen, tot wijziging van art. 31 Uitzendarbeidswet 1987, is het de gebruiker voortaan toegestaan de werknemer instructies te geven inzake onder meer de uitvoering van het overeengekomen werk, waarbij de oorspronkelijke werkgever echter zijn gezag behoudt over de inhoud van het geleverde werk, het ontslag en de schorsing van de uitvoering van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De gebruiker kan de werknemer dus voortaan instructies geven over de manier waarop het overeengekomen werk moet worden uitgevoerd, namelijk de aanpak, de middelen, het hulppersoneel, de organisatie, de werking van de gemengde ploegen. Voornoemd art. 181 sluit van het toepassingsgebied van art. 31 Uitzendarbeidswet 1987 gedragingen uit, die oorspronkelijk daarin begrepen waren. Volgens het beginsel dat bekrachtigd wordt door art. 2, lid 2 Sw. en 15 BUPO is het dus van toepassing op de feiten die werden gepleegd vóór de inwerkingtreding ervan".

onveranderde principiële verbod van het eerste lid op zijn minst zonderling is²³³. Het is dan de vraag welke soorten instructies dan nog tot de toepassing van het principiële verbod kunnen leiden²³⁴. ENGELS heeft het in deze over disciplinaire instructies of sancties of de deelname aan beslissingen met betrekking tot loonsverhogingen of promoties²³⁵. Volgens velen²³⁶ werd hierdoor de figuur van de verboden TBS bijna volledig uitgehold, gaat het eerder om een principiële toelating en werd het quasi onmogelijk om nog een gezagsverhouding tussen een werknemer en de gebruiker aan te tonen. In beginsel bleef het principiële verbod van terbeschikkingstelling na de wijziging in 2000 bestaan, maar de facto werd de deur opengezet voor tal van juridisch correcte en dus “ongrijpbare” vormen van TBS die onder de vroegere reglementering gemakkelijker onder het verbod konden worden gebracht. Dit is duidelijk een staaltje compromiswetgeving waar enerzijds de bestaande misbruiken en de voorgeschiedenis van de koppelbazerij²³⁷ in het achterhoofd werd gehouden, maar anderzijds ruime toegevingen werden gedaan om aan de dagelijkse realiteit tegemoet te komen en menige triangulaire arbeidsrelaties uit de verbodssfeer te halen. Bijna om het even welke uitoefening van gezag zal in de meeste gevallen niet meer leiden tot een TBS in strijd met de Uitzendarbeidswet. De onduidelijkheid en rechtsonzekerheid die het gevolg is van de bestaande bepalingen wordt voortreffelijk aangetoond door een arrest van het Brusselse Hof van Beroep van 2001. Hierin wordt beslist dat het nieuwe artikel 31 van de Uitzendarbeidswet de gebruiker voortaan toestaat de dienstverlener onderrichtingen te verstrekken omtrent de wijze van uitvoeren van het overeengekomen werk, maar de werkgever behoudt hoe dan ook zijn gezag over de inhoud van het geleverd werk, het ontslag en de opschorting van de arbeidsovereenkomst. De gebruiker mag dus “onderrichtingen geven over de uitvoering van het overeengekomen werk” maar heeft geen zeg over de “inhoud van het geleverd werk”, hetgeen duidelijk moeilijk met elkaar te verzoenen is. Door deze onduidelijkheid in de wet, zal de concrete invulling van het verbod op TBS vaak afhangen van de interpretatie van de gezagsoverdracht door de arbeidsinspectie en de rechter²³⁸.

V.3.1.2 Sancties voor verboden terbeschikkingstelling

²³³ SALEMBIER, B., “Triangulaire arbeidsverhoudingen en het verbod op terbeschikkingstelling van werknemers: enkele tendensen”, *R.W.* 2002-2003, 1453.

²³⁴ Bij een aanneming werd reeds door de rechtspraak aanvaard dat er bepaalde instructies konden worden gegeven, zolang het om algemene richtlijnen ging. Precieze instructies werden daarentegen niet aanvaard. Cf. Cass., 13 oktober 1957, *Arr. Cass.* 1958, 48. Reeds voor de wetwijziging van 2000 werd door de rechtspraak reeds flexibel omgesprongen met het verbod van TBS, cf. Brussel, 7 september 1994, *J.T.T.* 1996, 81: “Een terbeschikkingstelling is door de Uitzendarbeidswet slechts verboden wanneer de gebruiker op genoemde werknemers een deel van het gezag uitoefent dat normaal aan de werkgever toekomt. Het ter beschikking stellen van werknemers zonder dat de werkgever het gezag aan de gebruiker heeft gedelegeerd, is niet verboden door de wet, zoals blijkt a contrario uit art. 32, par. 1 Uitzendarbeidswet 1987. Deze terbeschikkingstelling kan gebeuren in het kader van een onderaannemingsovereenkomst, aannemingsovereenkomst die zich onderscheidt van een arbeidsovereenkomst, door het ontbreken van elke ondergeschiktheid, maar die zich aanpast aan de algemene richtlijnen door de opdrachtgever gegeven. Het bestaan van een band van ondergeschiktheid vereist geenszins een voortdurend toezicht van de werkgever maar wel een virtuele mogelijkheid daartoe. Deze mogelijkheid bestaat wel degelijk voor de onderaannemer die het administratief dossier van zijn personeel beheert”.

²³⁵ ENGELS, C., “De terbeschikkingstelling van personeel in het kader van de Wet van 24 juli 1987”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 11, 210.

²³⁶ ENGELS, C., “De terbeschikkingstelling van personeel in het kader van de Wet van 24 juli 1987”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 11, 203 en SALEMBIER, B., “Triangulaire arbeidsverhoudingen en het verbod op terbeschikkingstelling van werknemers: enkele tendensen”, *R.W.* 2002-2003, 1453.

²³⁷ SALEMBIER, B., “Triangulaire arbeidsverhoudingen en het verbod op terbeschikkingstelling van werknemers: enkele tendensen”, *R.W.* 2002-2003, 1452.

²³⁸ PLETS, I., “Uitlenen van personeel: mogelijkheden en beperkingen”, in RIGAUX, M. en HUMBLET, P., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 541.

Op de eerste plaats worden een aantal vergaande **burgerrechtelijke sancties** voorzien. Wanneer een gebruiker arbeid laat uitvoeren door werknemers die te zijner beschikking werden gesteld, worden die gebruiker en de betrokken werknemers beschouwd als verbonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vanaf het begin van de uitvoering van de arbeid. De werknemers kunnen evenwel de overeenkomst beëindigen zonder opzegging, noch vergoeding. Van dit recht kunnen zij gebruik maken tot op de datum waarop zij normaal niet meer ter beschikking van de gebruiker zouden zijn gesteld. De gebruiker en de persoon die werknemers ter beschikking stelt, zijn daarenboven hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de sociale bijdragen, lonen, vergoedingen²³⁹ en voordelen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst die ontstaat tussen de gebruiker en de ter beschikking gestelde werknemer. Ook al was de uitlener van de werknemers oorspronkelijk slechts met hen verbonden door een arbeidsovereenkomst van bepaalde duur, zal hij door de verboden TBS dus plotseling moeten instaan voor de gevolgen van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur.

Het lijkt overeenkomstig de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake de geldigheid van overeenkomsten ook voor de hand te liggen dat bij een verboden TBS de gebeurlijke **overeenkomst tussen de uitlenende werkgever en de inlenende gebruiker** nietig is²⁴⁰. In artikel 1133 B.W. wordt bepaald dat de oorzaak van een overeenkomst ongeoorloofd is, wanneer zij door de wet verboden is of wanneer zij strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde. Aangezien het verbod op terbeschikkingstelling in artikel 31 van de Uitzendarbeidswet ontegensprekelijk een bepaling van openbare orde is, zal elke overeenkomst die hiermee strijdig is, strijdig zijn met de openbare orde en dus een ongeoorloofde oorzaak hebben. Uit artikel 1131 B.W. volgt dat een overeenkomst die werd aangegaan uit een ongeoorloofde oorzaak geen gevolg kan hebben. Aangezien de overeenkomst tussen de gebruiker en de uitlener derhalve nietig is, wordt de uitlener van de werknemers met een bijkomende sanctie geconfronteerd. Hij zal immers op geen enkele manier de betaling van de facturen ingevolge de overeenkomst met de gebruiker in rechte kunnen eisen.

In de Uitzendarbeidswet werd het verbod op TBS ook “**strafrechtelijk beteugeld**”. Al wie werknemers ter beschikking van gebruikers stelt in strijd met de bepalingen van de artikelen 31 en 32 van de Uitzendarbeidswet, alsmede zijn aangestelden of lasthebbers worden gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot één maand en met een geldboete van 26 tot 500 frank of met één van die straffen alleen. De geldboete wordt zoveel maal toegepast als er werknemers zijn in wier hoofde de bedoelde bepalingen werden overtreden. Het bedrag van de geldboete mag evenwel niet hoger zijn dan 50 000 frank. Bij herhaling binnen het jaar na een vorige veroordeling kan de straf op het dubbel van het maximum worden gebracht. De gebruiker is burgerrechtelijk aansprakelijk voor de betaling van de geldboeten waartoe zijn aangestelden of lasthebbers zijn veroordeeld.

V.3.1.3 Internationale detachering en verboden terbeschikkingstelling

²³⁹ Deze vergoedingen slaan onder meer op de eventueel te betalen opzeggingsvergoedingen.

²⁴⁰ TILLEMANS, F., *Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling van werknemers*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 145.

Overeenkomstig de Wet van 5 maart 2002 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 wettelijke, bestuursrechtelijke of conventionele bepalingen die strafrechtelijk beteugeld worden. Het verbod van terbeschikkingstelling in artikel 31 van de Uitzendarbeidswet is een dergelijke strafrechtelijk beteugelde wettelijke bepaling. Ten andere werden de “voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven” expliciet tot de harde kern van dwingende bepalingen, zoals omschreven door de Detacheringsrichtlijn, gerekend. Er zal dus geen voorafgaand onderzoek moeten gebeuren of de Uitzendarbeidswet als ‘wet van politie en veiligheid’²⁴¹ toepassing krijgt en of het geval een voldoende nauwe band vertoont met België (cf. door “gewoonlijke tewerkstelling”) overeenkomstig de bepalingen van het EVO-verdrag (zie eerder). Dit betekent dat een werkgever die ter beschikking gestelde werknemers in België tewerkstelt alsook de gebruikers van deze werknemers in beginsel het gevaar lopen om in het vaarwater van het verbod te komen. Van zodra een werkgever éénmalig een werknemer ter beschikking stelt van een gebruiker in strijd met de bepalingen van de Uitzendarbeidswet, treden de verbodsbepalingen en de daaraan verbonden sancties dus in werking. Om te besluiten dat het over de in de wet geviseerde verboden activiteit gaat, moet de gebruiker van de werknemer echter enig gedeelte van het gezag over de werknemer uitoefenen, dat normaal enkel aan zijn werkgever toekomt.

Indien het werkgeversgezag exclusief bij de buitenlandse werkgever blijft, kunnen de bepalingen van de Uitzendarbeidswet geen enkel gevaar inhouden voor de internationale detachingsconstructie. De gebruiker zal zich in dit geval beperken tot zeer algemene instructies aan de ter beschikking gestelde werknemers en maakt op geen enkel ogenblik aanspraak op een deel van het werkgeversgezag²⁴². In de praktijk loopt dit nogal veel anders. Zoals reeds gezegd is bij bepaalde vormen van detachering de intensiteit van de gezagsrelatie verschillend. Vaak is het zo dat de ontvangende werkgever, soms alleen al uit praktische overwegingen (zie boven), duidelijk een gedeelte van het werkgeversgezag overneemt²⁴³, vaak gedoogd door de buitenlandse werkgever. Zo worden de bepalingen van de Uitzendarbeidswet van toepassing op deze grensoverschrijdende terbeschikkingstelling en kan een internationale detachering naar België als een verboden TBS worden gekwalificeerd. Indien dit het geval is, moeten de eraan verbonden burgerrechtelijke en strafrechtelijke sancties worden toegepast. De gedetacheerde werknemer wordt geacht verbonden te zijn met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur met de Belgische gebruiker. De Belgische gebruiker en de buitenlandse werkgever zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de lonen, sociale bijdragen, vergoedingen en voordelen en de eventuele overeenkomst tussen de inlenende gebruiker en de uitzendende werkgever is nietig, waardoor de buitenlandse werkgever in rechte geen betaling meer kan eisen van de gebruiker.

²⁴¹ De Uitzendarbeidswet wordt in de rechtspraak erkend als een wet van politie en veiligheid. Cf. Arbh. Antwerpen (3e k.) 7 februari 2002, *R.H.A.* 2002, afl. 1, 9.

²⁴² Cf. Arbrb. Antwerpen 21 november 1989, *J.T.T.* 1990, 133: “Wanneer een werknemer in het kader van een tijdelijke detachering door een Amerikaanse werkgever prestaties verricht voor een Belgische onderneming, zonder dat bewezen wordt dat deze prestaties ook onder het gezag van deze laatste onderneming worden uitgeoefend, kan de Belgische onderneming niet als werkgever van de betrokkene worden beschouwd”.

²⁴³ TILLEMANS, F., “Het sluipend gevaar van terbeschikkingstelling”, *Oriëntatie* 1997, 125.

De vraag rijst hier hoe deze in de Belgische arbeidswetgeving ingeschreven burgerrechtelijke sanctie zich verhoudt tot het Europees recht en meer bepaald Verordening 1408/71. Door de toepassing van de burgerrechtelijke sanctie in de Uitzendarbeidswet wordt de gebruiker van de terbeschikkinggestelde werknemers immers met de gedetacheerde werknemer verbonden door een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur en is hij hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de socialezekerheidsbijdragen van de betrokken werknemer. Aangezien de Belgische gebruiker met de werknemer door een arbeidsovereenkomst verbonden is, doelt de sanctie hier op de daardoor aan de Belgische R.S.Z. verschuldigde sociale bijdragen. Hiermee wordt echter het socialezekerheidsstatuut van de betrokken gedetacheerde werknemers genegeerd en wordt (mogelijks) een tweede maal betaling van socialezekerheidsbijdragen voor deze werknemer gevraagd door België, terwijl deze reeds worden betaald door zijn oorspronkelijke werkgever in de lidstaat waar hij gewoonlijk wordt tewerkgesteld. Zo wordt een inbreuk gemaakt op het basisbeginsel in Verordening 1408/71 dat werknemers slechts bij één socialezekerheidsregeling zijn aangesloten en slechts aan één socialezekerheidsstelsel bijdragen moeten betalen. Bovendien lijkt, gelet op de huidige stand van de rechtspraak van het Hof inzake de bewijskracht van E101-formulieren²⁴⁴, de toepassing van deze burgerrechtelijke sanctie uitgesloten indien de gedetacheerde werknemer over een geldig E101-formulier beschikt. Hierdoor wordt immers door de lidstaat van herkomst van de werknemers geattesteerd dat de organische band tussen de uitgezonden werknemer en de werkgever die hem detacheert gedurende de periode van detachering blijft bestaan. Deze juridische werkelijkheid kan in de lidstaat van ontvangst noch door de bevoegde socialezekerheidsinstanties noch door enige ander overheidsorgaan worden weerlegd. De sancties in het kader van de verboden terbeschikkingstelling kunnen echter pas worden toegepast wanneer aan de verschillende voorwaarden voor de inwerkingtreding van het verbod is voldaan. De centrale voorwaarde hierbij is dat er een gezagsdelegatie kan worden aangetoond van de oorspronkelijke werkgever naar de gebruiker van de gedetacheerde werknemer. Door deze vaststelling van gezagsdelegatie in de sfeer van het arbeidsrecht en de eraan verbonden gevolgen in rechte, wordt echter in één beweging ook het voortbestaan van de organische band tussen de gedetacheerde werknemer en zijn buitenlandse werkgever in twijfel getrokken in de Belgische rechtsorde. En dit dan in tegenstelling tot de geattesteerde werkelijkheid van het E101-formulier. Deze botsing van de in Belgisch arbeidsrecht voorziene regeling inzake verboden terbeschikkingstelling en de Europese regels inzake de coördinatie van socialezekerheidsstelsels kan enkel worden vermeden indien men zou aannemen dat de feitelijke werkelijkheid waarop een beroep wordt gedaan in de arbeidsrechtelijke sfeer volledig mag worden losgekoppeld van de geattesteerde en juridische werkelijkheid die in het leven wordt geroepen door het bezit van een E101-formulier. Indien men m.a.w. zou aanvaarden dat in twee verschillende rechtstakken binnen dezelfde nationale rechtsorde, m.n. het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht, haaks op elkaar staande rechtsgevolgen mogen worden getrokken uit een concrete rechtsbetrekking, dan kan het arbeidsrechtelijk verbod op terbeschikkingstelling zonder twijfel worden toegepast op een socialezekerheidsrechtelijk gezien perfect legale detachering. Juridisch is dit echter een verwrongen redenering. De oplossing lijkt veeleer in de primauteit van het Europees recht te liggen. Het is daardoor niet mogelijk om, bij toepassing van nationaal arbeidsrecht, de Europese coördinatieregels inzake sociale zekerheid opzij te zetten. Er moet dus voorrang worden gegeven aan de toepassing van één socialezekerheidsregeling in het geval van grensoverschrijdende detachering, hetgeen impliceert dat de door de E101 vastgestelde

²⁴⁴ H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883; H.v.J. 30 maart 2000, nr. C-178/97 (Banks), *Jur. H.v.J.* 2000, 2005 en H.v.J. 26 januari 2006, nr. C-2/05 (Herbosch Kiere), *Jur. H.v.J.* 2006, nng.

werkelijkheid moet worden geëerbiedigd in de nationale rechtsorde van de ontvangende lidstaat.

Deze redenering werd ook gevolgd door het Hof van Cassatie in de zaak R.S.Z. t. Frangema Staal²⁴⁵. In dit arrest betrof het een Belgische firma die voor bepaalde werkzaamheden beroep deed op een Ierse onderneming, die daarvoor 9 van haar werknemers naar België detacheerde. De aannemingsovereenkomst tussen de Belgische en Ierse firma werd mondeling aangegaan en ook de arbeidsovereenkomst tussen de Ierse werknemers en hun oorspronkelijke werkgever stond niet op papier. Elke Ierse werknemer beschikte echter over een E101-formulier als bewijs van hun onderwerping aan de Ierse socialezekerheidsregeling. Op de werf verrichtten de Ieren hun werkzaamheden tussen de werknemers van de Belgische firma en kwamen alle instructies die verband hielden met uitvoering ervan van de Belgische gebruiker, zo werd door I.S.W. vastgesteld. Deze laatste stelde de R.S.Z. op de hoogte van de aldus vastgestelde verboden terbeschikkingstelling, waarop de Belgische socialezekerheidsinstelling de achterstallige socialezekerheidsbijdragen voor de Ierse werknemers van de Belgische gebruiker vorderde. De Belgische gebruiker betwiste deze invordering in rechte en de zaak ging tot in cassatie. Het Hof van Cassatie begint zijn redenering met een verwijzing naar de primauteit van het Europees recht om vast te stellen dat dit nooit door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast. Meteen beslist het Hof dan ook dat een beweerde inbreuk op artikel 31 van de Uitzendarbeidswet niet kan afdoen aan de werking van Verordening 1408/71. Na een toelichting van de detachingsregel in deze Verordening (zie hoger) komt het Hof tot de conclusie dat geen toepassing kan worden gemaakt van de burgerrechtelijke sanctie van artikel 31, §4 (betaling van sociale bijdragen aan de Belgische socialezekerheidsregeling) vermits dit zou leiden tot het eveneens toepassen van de Belgische socialezekerheidswetgeving, hetgeen in strijd is met de werking van Verordening 1408/71. In een tweede deel van het arrest benadrukt het Hof van Cassatie de juridische waarde van het E101-formulier met verwijzing naar artikel 11 van Verordening 574/72 en naar het arrest Fitzwilliam van het Hof van Justitie en komt daar, drie jaar vóór het arrest Herbosch Kiere, tot de conclusie dat de rechter van de lidstaat van tewerkstelling net als alle andere overheidsorganen van die lidstaat niet bevoegd is om de geldigheid en waarachtigheid van het E101-formulier te beoordelen. Deze rechtspraak maakt dus duidelijk dat de burgerrechtelijke sanctie van de aansprakelijkheid voor de betaling van de socialezekerheidsbijdragen aan de R.S.Z. in het geval van een verboden terbeschikkingstelling niet meer kan worden toegepast wanneer de betrokken gedetacheerde werknemers over een geldig E101-formulier beschikken. De sanctie op zich werd niet strijdig bevonden met Europees recht, maar zij wordt het pas wanneer zij in het vaarwater komt van de voorrang genietende socialezekerheidsverordening 1408/71²⁴⁶. Vraag is of de andere sancties, zoals de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor de lonen, vergoedingen en voordelen en de strafrechtelijke sancties nog kunnen worden toegepast. Hoewel deze niet in het vaarwater komen van Verordening 1408/71, staat hun toepassing wel gelijk nog steeds gelijk met de ontkenning van de door de E101 geattesteerde werkelijkheid van het behoud van een organische band tussen de gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgever. Aangezien deze sancties echter geen strijdigheid opleveren met Europese regelgeving zoals dat het geval is met de aansprakelijkheid voor sociale bijdragen, kunnen

²⁴⁵ Cass. 2 juni 2003, *Pas.* 2003, 1099.

²⁴⁶ DE BACKER, D., "De wisselwerking tussen 'terbeschikkingstelling' en 'detachering' in een internationaal gekleurde context", *Expat News* 2003, No. 10, 9.

zij verder worden toegepast, ook in het geval van een onder Verordening 1408/71 geldige detachering.

Ook in gevallen van grensoverschrijdende tewerkstelling wordt men uiteraard geconfronteerd met de “verlaagde bruikbaarheid” door de wetwijziging in 2000. Het is zeer moeilijk geworden om nog aan te tonen dat er effectief sprake is van een gezagsdelegatie van de buitenlandse werkgever naar de Belgische gebruiker (zie hoger). Door deze wetwijziging mag de gebruiker zoals reeds uiteengezet instructies geven aangaande het overeengekomen werk. Op die manier werd het scherpe contrast tussen de arbeidsrechtelijke verboden terbeschikkingstelling en de socialezekerheidsrechtelijke grensoverschrijdende detachering heel wat afgezwakt, maar ook het bewijs door de inspectiediensten van een grensoverschrijdende verboden terbeschikkingstelling werd daarmee fel bemoeilijkt. Het grootste nadeel hierbij is natuurlijk dat daardoor een zeer handig wapen van de inspectiediensten, nl. de inning van de socialezekerheidsbijdragen bij de Belgische gebruiker in plaats van inning uit het buitenland, werd afgenomen²⁴⁷. Het verbod van terbeschikkingstelling kan niet worden toegepast op detachering vanuit België naar een buitenlandse werkgever, aangezien de territoriale werking van deze wet tot het Belgische grondgebied beperkt blijft²⁴⁸.

V.3.1.4 Internationale detachering en verboden terbeschikkingstelling in de praktijk

Over de bruikbaarheid van de verboden terbeschikkingstelling in de praktijk zijn de meningen duidelijk verdeeld en bestaan er geen eenduidige richtlijnen voor de controleurs. Het hangt dus vaak af van de persoonlijke opinie van het directiehoofd van de betrokken dienst of deze reglementering wordt gecontroleerd. Door sommigen wordt deze wetgeving in haar huidige stand als een lege doos beschouwd. Daar wordt sporadisch nog eens met een dossier geprobeerd op aandringen van een controleur en deze keuze wordt gerespecteerd, maar het wordt niet aangeraden. Het werd eerst aanzien als een instrument om de detacheringsbureau's tegen te houden om hun activiteit als verboden terbeschikkingstellingen te kwalificeren, maar toen dat is niet gelukt werd de hoop opgegeven. Het hoofdargument is uiteraard dat het bewijs van een gezagsrelatie tussen een gebruiker en een werknemer zeer moeilijk tot onmogelijk is geworden. Op een werf komen de instructies vaak van een ploegbaas. Het feit dat er samen rustpauzes worden genomen is geen element meer om het gezag aan te tonen en de enige doorslaggevende elementen die men voor ogen heeft zijn aanwerving of ontslag. Men merkt bovendien dat ook het arbeidsauditoraat vaak geen raad weet in geval van grensoverschrijdende terbeschikkingstelling, waardoor de motivatie om daarvan P.V. op te stellen alleen maar verlaagt. Bovendien worden de onderzoeken in dit kader (vaak uitgebreide en intensieve verhoren) als te tijdrovend en energieopslopend beschouwd gelet op de resultaten die kunnen worden bereikt. In andere districten laat men controleurs ook vrij om het nog te proberen, maar moeten zij met sterke bewijzen komen aandraven vooraleer ze de volle steun krijgen. Enkel in gevallen waar het overduidelijk en onomstotelijk om verboden terbeschikkingstelling gaat en de gebruiker de betrokken werknemers als

²⁴⁷ DE PAUW, B., “Internationale detachering vs. Terbeschikkingstelling: een tussenstand in deze titelkamp”, *Expat News* 2002, No. 7/8, 8.

²⁴⁸ Arbh. Antwerpen (3e k.) 20 juni 2002, *R.H.A.* 2003, afl. 3, 215: “Tevergeefs wordt in deze zaak een beroep gedaan op de bepalingen van de Wet van 27 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, om een hoofdelijke aansprakelijkheid te rechtvaardigen. De territoriale werking van die wet is tot België beperkt. Ze is derhalve niet toepasselijk op de terbeschikkingstelling van een werknemer aan een buitenlandse werkgever”.

uitzendkrachten gebruikt, wordt daar nog een P.V. voor opgesteld. Vervolging op basis van een verboden terbeschikkingstelling is in bepaalde regio's bijvoorbeeld uitgesloten, zelfs in de flagrante gevallen. Ook indien alle bewijsmateriaal voorhanden is, wordt dit niet correctioneel vervolgd wegens geen interesse vanwege het arbeidsauditoraat.

Anderen zijn van mening dat men op dit vlak veel te vlug tot "onbruikbaarheid" besluit en dringen aan op een herwaardering van deze wetgeving als waardevol element in de controle op buitenlandse ondernemingen. Er zijn een heel aantal controleurs die weigeren een terbeschikkingstelling vast te stellen omdat "het niet meer te bewijzen is", maar dat wordt als te gemakkelijk verworpen gelet op de uitspraak van het Hof van Beroep van Antwerpen²⁴⁹. Als doorslaggevende elementen om een gezagsrelatie aan te tonen worden genoemd: verlof aanvragen, ziekte mededelen, de ontslagbevoegdheid en het bepalen van de werkplanning. Loonbetaling is vaak niet doorslaggevend, want dan argumenteert de gebruiker dat hij de opdracht had gekregen van de werkgever om het loon te betalen en hij deze betaling mag aftrekken van de factuur. Er moet na de wetswijziging van 2000 uiteraard dieper gegraven worden. Een oppervlakkig verhoor is sindsdien uitgesloten. Bij internationale dossiers geldt dit evenzeer. Er moeten lange verhoren worden afgenomen, omdat er meestal geen geschikte documenten aanwezig zijn. Er moet worden gepolst naar wie de bevelen geeft aangaande tal van zaken, de ploegbazen van de gebruiker moeten zeker worden verhoord, boekhouders moeten worden verhoord, er moet gecontroleerd worden op aanbiedingen door tussenpersonen, facturen en bijlagen moeten worden opgevraagd, alsook prestaties, tikkaarten, verklaringen van de zaakvoerders over contracten, samenwerkingsverbanden, uitvoering van de samenwerking in de praktijk. Mits een inspanning wordt dit echter nog steeds als een haalbare strategie beschouwd. Maar door het feit dat men bij het vaststellen van een verboden terbeschikkingstelling toch geen sociale bijdragen kan eisen in geval van aanwezigheid van E101-formulieren, wordt het natuurlijk ook voor de "believers" een stuk moeilijker om medewerkers hiervan te overtuigen.

Hoe dan ook wordt deze wetgeving, waar zij nog wordt toegepast, slechts nog selectief aangewend en meer bepaald in gevallen waar de terbeschikkingstelling tegen pure koppelbazerij aanleunt of gepaard gaat men andere fraudevormen. Bij een correcte onderaanneming in België zal artikel 31 niet aangewend worden, maar zal men dit artikel pas bij de "aanpak van de onderneming" betrekken wanneer duidelijk wordt dat men effectief personeel heeft geronseld dat wordt ter beschikking gesteld van Belgische ondernemingen of wanneer er bijvoorbeeld R.S.Z.-schulden, fiscale schulden of loonachterstallen worden vastgesteld. Wanneer een Belgische aannemer een gedeelte van het gezag overneemt van een Poolse onderaannemer die zijn personeel naar België detacheert zal men de overdracht van een groot deel van het werkgeversgezag aanvaarden indien anders geen onregelmatigheden worden aangetroffen. Hierdoor wordt de verboden TBS selectief en niet naar de letter toegepast. Dit geldt zeker in het geval van controles op buitenlandse werkgevers. Als er enige zekerheid bestaat dat alles min of meer correct betaald wordt, zal de verboden TBS niet worden ingeroepen. Omdat men meestal niet te weten kan komen of er in de lidstaat van herkomst sociale en fiscale bijdragen en correcte lonen worden betaald, wordt eerder een beroep gedaan op verboden TBS als bijkomende stok achter de deur. Als men de indruk krijgt dat er sprake is van uitbuiting van werknemers, zal men alles in het werk stellen om de Belgische gebruiker aan te pakken. Daarom is de verboden TBS lang geen doel op zich, maar een handig wapen om excessen aan te pakken. In deze leunt de praktijk van de inspectiediensten nauwer aan bij de realiteit dan de huidige stand van de wetgeving en wordt

²⁴⁹ Antwerpen, 21 oktober 2004, *R.W.* 2004-2005, afl. 39, 1556.

geen heksenjacht georganiseerd op het uitlenen van personeel tussen ondernemingen, hoewel deze naar de letter van de wet ook als verboden terbeschikkingstellingen zouden moeten worden opgespoord en gesanctioneerd. Maar er is in deze materie duidelijk geen eenvormigheid binnen de verschillende districten en er komt geen eenduidig signaal vanuit het hoofdbestuur.

V.3.2 Detachering in het kader van uitzendarbeid

V.3.2.1 Uitzendarbeid

Naast de in artikel 32 Uitzendarbeidswet voorziene mogelijkheden²⁵⁰, die hier niet zullen worden geanalyseerd²⁵¹, om onder stricte voorwaarden toch werknemers ter beschikking te stellen (vaste werknemers / TBS voor beperkte tijd / voorafgaandelijke toestemming van I.S.W. / voorafgaandelijke toestemming van vakbondsafvaardiging), is de meest gekend mogelijkheid om personeel ter beschikking te stellen deze van de **gereguleerde uitzendarbeid**²⁵². De terbeschikkingstelling van werknemers in het kader van de reglementering van de uitzendarbeid wordt eveneens geregeld door de Uitzendarbeidswet van 24 juli 1987. Voor de doelstelling van dit rapport is het overbodig in te gaan op de verschillende bepalingen inzake de arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid en de overeenkomst gesloten tussen het uitzendbureau en de gebruiker. De aandacht zal gaan naar de erkenningsreglementering van uitzendkantoren en in het bijzonder naar de erkenning van buitenlandse bureaus, omdat deze vaak als uitzendende onderneming zijn betrokken bij de grensoverschrijdende detachering van werknemers, in dit geval uitzendkrachten die door buitenlandse uitzendbureaus worden aangeworven en naar andere lidstaten worden gestuurd om ter beschikking te worden gesteld van een aldaar gevestigde gebruiker. Het hoeft echter geen betoog dat, zoals hierboven reeds werd vastgesteld, de reglementering van de uitzendarbeid in de Uitzendarbeidswet ingevolge de Detacheringsrichtlijn en de Wet van 5 maart 2002 moet worden nageleefd in het kader van een grensoverschrijdende detachering van uitzendkrachten in het kader van het vrij verkeer van diensten. Dit wordt bevestigd en bekrachtigd in artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn, waarin de voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven in de kern van dwingende bepalingen betreffende arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden werden opgenomen. In het geval dat een grensoverschrijdende detachering van werknemers naar België niet onder het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn noch onder de Belgische omzettingbepalingen zou vallen, zal bovendien rekening moeten gehouden worden met het

²⁵⁰ Wanneer niet aan alle voorwaarden van artikel 32 is voldaan, gaat het om een verboden terbeschikkingstelling in de zin van artikel 31 van de Uitzendarbeidswet. Cf. Arbrb. Brussel, 19 januari 1995, AR. 33 539/93, niet gepubliceerd, vermeld in ENGELS, C., “De terbeschikkingstelling van personeel in het kader van de Wet van 24 juli 1987”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 11, 206.

²⁵¹ Voor een analyse van de in artikel 32 Uitzendarbeidswet toegelaten terbeschikkingstelling van werknemers verwijzen wij naar ENGELS, C., “De terbeschikkingstelling van personeel in het kader van de Wet van 24 juli 1987”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 11, 201-219.

²⁵² Tijdelijke arbeid werd in België en in vele andere Europese landen voor zeer lange tijd als een uitzonderlijke van de normale arbeidsrelatie afwijkende vorm van tewerkstelling beschouwd. Sinds het einde van de jaren 1980 werd deze arbeidsverhouding meer aanvaard en raakte ze ingeburgerd als een efficiënte manier om vraag en aanbod op de arbeidsmarkt aan elkaar te koppelen, zij het nog steeds mits naleving van stricte wettelijke vereisten. BLANPAIN, R. (ed.), *Private Employment Agencies – The Impact of ILO Convention 181 (1997) and the Judgment of the European Court of Justice of 11 December 1997*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, 184-185.

feit dat de Uitzendarbeidswet als een ‘wet van politie en veiligheid’ werd gekwalificeerd (zie hoger).

Naast deze principiële toepasselijkheid van de Belgische wetgeving inzake uitzendarbeid, zal echter eveneens rekening moeten gehouden worden met de fundamentele principes van Europees Gemeenschapsrecht en meer in het bijzonder met de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie vloeit immers voort dat, wanneer een dienstverrichter die is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie, deze bij het verrichten van diensten in een andere lidstaat geen voorwaarden mag worden opgelegd door de lidstaat van bestemming, indien het algemeen belang dat door deze maatregelen wordt nagestreefd reeds wordt gewaarborgd door de wetgeving van de lidstaat waarin de dienstverrichter is gevestigd²⁵³. Bij de naleving van de Belgische reglementering inzake uitzendarbeid, zal bij de toepassing van het Belgische recht dus moeten worden vermeden dat dienstverrichtende buitenlandse uitzendkantoren met dergelijke ‘double burden’ worden geconfronteerd. Indien bijvoorbeeld een buitenlandse “arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid” een aan de Belgische gelijkwaardige bescherming biedt, zal deze moeten aanvaard worden door de Belgische inspectiediensten en kan niet worden geëist dat een tweede arbeidsovereenkomst conform de Belgische reglementering wordt opgesteld.

Voor de toepassing van de Uitzendarbeidswet, wordt onder het begrip “**uitzendbureau**” verstaan de onderneming waarvan de activiteit erin bestaat uitzendkrachten in dienst te nemen om hen ter beschikking van gebruikers te stellen met het oog op de uitvoering van door de Uitzendarbeidswet toegelaten tijdelijke arbeid. Dergelijke **tijdelijke arbeid** is de activiteit die op grond van een arbeidsovereenkomst wordt uitgeoefend en tot doel heeft in de vervanging van een vaste werknemer te voorzien of te beantwoorden aan een tijdelijke vermeerdering van werk of te zorgen voor de uitvoering van een uitzonderlijk werk. De vervanging van een vaste werknemer kan slechts in een bepaald aantal gevallen plaatsvinden. Het kan primo gaan om de tijdelijke vervanging van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst is geschorst, behoudens bij gebrek aan werk wegens economische oorzaken of bij slechte weersomstandigheden. Secundo gaat het om de tijdelijke vervanging van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst is beëindigd. Ten derde kan worden voorzien in de tijdelijke vervanging van een persoon wiens rechtspositie eenzijdig door de overheid is geregeld en die zijn functie niet of slechts deeltijds uitoefent. Tenslotte behoort ook de tijdelijke vervanging van een werknemer die zijn arbeidsprestaties heeft verminderd met 1/5, 1/4, 1/3 of 1/2 van het normaal aantal uren van een voltijdse betrekking, voor zover de wijziging van de arbeidsvoorwaarden niet voor een onbepaalde tijd werd gesloten. In geval van tijdelijke vervanging van een vaste werknemer dient de tijdelijke werknemer tot dezelfde beroepscategorie te behoren. Naast het geval van de tijdelijke vervanging van een vaste werknemer kan ook een beroep worden gedaan op tijdelijke arbeid om te zorgen voor de uitvoering van een uitzonderlijk werk, i.e. de werkzaamheden bepaald in een collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in de Nationale Arbeidsraad en door de Koning algemeen verbindend verklaard of bepaald door de Koning wanneer de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités niet van toepassing is.

De “**uitzendkracht**” is de werknemer die zich door een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid verbindt om ter beschikking van één of meer gebruikers te worden gesteld. Uitzendbureau’s mogen alleen dan uitzendkrachten ter beschikking van gebruikers stellen en

²⁵³ H.v.J. 17 december 1981, nr. C-279/80 (Webb), *Jur. H.v.J.* 1981, 3305.

deze mogen alleen dan uitzendkrachten tewerkstellen wanneer het gaat om de uitvoering van de hierboven bedoelde vormen van tijdelijke arbeid. De Koning kan de tewerkstelling van uitzendkrachten verbieden in de beroepscategorieën van werknemers en de bedrijfstakken die Hij bepaalt, op voorstel van het paritair comité waaronder de gebruikende ondernemingen ressorteren of van de Nationale Arbeidsraad indien geen paritair comité werd opgericht of indien het bestaande paritair comité niet werkt of indien het gaat om verschillende bedrijfstakken. Tot eind 2001 was uitzendarbeid verboden voor alle bedrijven die onder paritair comité 124 voor het bouwbedrijf vielen²⁵⁴. Andere relevante bepalingen uit de Uitzendarbeidswet zijn het vereiste van gelijk loon voor gelijk werk, waarbij het loon van de uitzendkracht in beginsel niet lager mag zijn dan datgene waarop hij recht zou hebben gehad indien hij onder dezelfde voorwaarden als vast werknemer door de gebruiker was in dienst genomen. Daarnaast is een uitzendkantoor, wanneer het een uitzendkracht ter beschikking stelt van een gebruiker die onderworpen is aan een fonds voor bestaanszekerheid, verplicht de aan dat fonds verschuldigde bijdragen te betalen, voor zover een collectieve arbeidsovereenkomst van het paritair comité waaronder de gebruiker ressorteert, het toepassingsgebied van dat fonds heeft uitgebreid tot de uitzendkrachten tewerkgesteld door een onderworpen gebruiker.

V.3.2.2 Erkenning van uitzendkantoren

V.3.2.2.1 Erkenning van in België gevestigde uitzendkantoren

De regelgeving betreffende uitzendarbeid is nog steeds een federale bevoegdheid. Door de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen werd de erkenning van uitzendbureau's²⁵⁵ als behorende tot de **Gewestbevoegdheid** voor "arbeidsbemiddeling" echter geregionaliseerd²⁵⁶. De erkenning van uitzendkantoren werd voor het Vlaamse, Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest geregeld in respectievelijk het Decreet van het Vlaams Parlement van 13 april 1999²⁵⁷, het Decreet van de Waalse Gewestraad van 13 maart 2003²⁵⁸ en in de Ordonnantie van de Brussels Hoofdstedelijke Raad van 26 juni 2003²⁵⁹. De voor dit onderzoek relevante hoofdlijnen van de reglementering van uitzendbureaus in het Vlaamse Gewest, nl. de reglementering van uitzendkantoren die in land zijn gevestigd, worden hieronder bij wijze van voorbeeld uiteengezet. Deze reglementering is uiteraard ook van toepassing op de activiteiten van buitenlandse uitzendkantoren die door hen aangenomen

²⁵⁴ Het interprofessioneel akkoord van 2001-2002 veranderde dit. De sociale partners dienden vóór 31 december 2001 een alternatief stelsel uit te werken voor toegelaten uitzendarbeid in de bouw. Met de CAO van 22 november 2001 betreffende de voorwaarden en de modaliteiten van de uitzendarbeid in de bouwsector werd uitzendarbeid vanaf januari 2002 onder bepaalde voorwaarden mogelijk in de bouwsector, waardoor het bijna 30-jarige verbod werd opgeheven. Sindsdien is uitzendarbeid in de bouw toegelaten bij vervanging van een arbeidsongeschikte vaste arbeider die met een arbeidsovereenkomst met een bouwonderneming is verbonden alsook bij een tijdelijke vermeerdering van het werkvolume. CAO van het Paritair Comité voor het Bouwbedrijf van 22 november 2001 betreffende de vaststelling van de voorwaarden en modaliteiten van de uitzendarbeid in het Bouwbedrijf.

²⁵⁵ Voor de historische achtergrond van deze bepalingen verwijzen wij naar TILLEMANS, F., *Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling van werknemers*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 37-43.

²⁵⁶ Artikel 6, §1, IX van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen

²⁵⁷ Decreet van het Vlaams Parlement van 13 april 1999 met betrekking tot de private arbeidsbemiddeling in het Vlaamse Gewest, *BS* van 5 juni 1999.

²⁵⁸ Decreet van de Waalse Gewestraad van 13 maart 2003 betreffende de erkenning van arbeidsbemiddelingsbureau's, *BS* van 31 maart 2003.

²⁵⁹ Ordonnantie van de Brussels Hoofdstedelijke Raad van 26 juni 2003 betreffende het gemengd beheer van de arbeidsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* van 29 juli 2003.

werknemers uitzenden naar de Belgische arbeidsmarkt, één van de vormen van terbeschikkingstelling die wordt omschreven door de Detacheringsrichtlijn. Ingevolge de Wet van 5 maart 2002 zijn deze strafrechtelijk beteugelde bepalingen uiteraard van toepassing van zodra er een arbeidsprestatie wordt verricht op het Belgisch grondgebied.

Op de eerste plaats worden in het Decreet een aantal begrippen verduidelijkt voor de toepassing ervan. Zo slaat **private arbeidsbemiddeling** op de activiteiten uitgeoefend door een tussenpersoon, die erop gericht zijn werknemers bij te staan bij het zoeken van een nieuwe tewerkstelling of werkgevers te helpen bij het zoeken van werknemers. Bovendien slaat het ook op het in dienst nemen van werknemers om hen ter beschikking te stellen met het oog op de uitvoering van een bij of krachtens de wet toegelaten tijdelijke arbeid (zie hierboven). Uitzendbureaus zijn de rechts- of natuurlijke personen die, onder welke naam dan ook, deze activiteiten uitvoeren. Opmerkelijk is dat voor de toepassing van het decreet onder het begrip “werknemer” niet alleen ook werkzoekende wordt begrepen, maar tevens “**zelfstandige**”. Het verbod van terbeschikkingstelling van artikel 31 van de Uitzendarbeidswet is enkel van toepassing op werknemers en niet op zelfstandigen, aangezien over zelfstandigen per definitie geen gezag wordt uitgeoefend. Dit is dus anders in de reglementering betreffende private arbeidsbemiddeling. In het Decreet wordt uitgegaan van een gelijkstelling tussen werknemers en zelfstandigen²⁶⁰. Dit betekent dat de terbeschikkingstelling van zelfstandigen weliswaar nooit als een verboden terbeschikkingstelling kan worden gekwalificeerd, maar wel onder de bepalingen inzake verboden private arbeidsbemiddeling kunnen vallen. Indien dus een zelfstandige in strijd met deze bepalingen door een tussenpersoon wordt ter beschikking gesteld, kan dergelijke activiteit worden gevat via de decretale bepalingen inzake verboden private arbeidsbemiddeling. Het Decreet zal ook toepassing vinden in het geval van een verboden terbeschikkingstelling zoals in artikel 31 van de Uitzendarbeidswet wordt omschreven, maar waarbij de voorwaarde dat de ter beschikking gestelde werknemer moet aangeworven zijn door de uitlener niet voldaan is. Utleners die de betrokken werknemers niet hebben aangeworven en die dus als loutere intermediairs optreden door tegen een bepaalde vergoeding personeel te leveren, zullen worden aangepakt als een verboden bureau voor private arbeidsbemiddeling in strijd met de bepalingen van de gewestreglementering met betrekking tot private arbeidsbemiddeling. Omgekeerd geldt natuurlijk hetzelfde, in die zin dat de sancties van artikel 31 van de Uitzendarbeidswet niet kunnen worden toegepast bij miskenning van de reglementering inzake uitzendarbeid²⁶¹.

Elk bureau dient vooraf te worden erkend overeenkomstig de procedure en voorwaarden die worden bepaald door de Vlaamse regering na advies van de SERV. Ook wie of met het oog op bemiddelingsactiviteiten wil adverteren of reclame maken dient voorafgaand een **erkenning** te krijgen. De erkenning kan aangevraagd worden door een handelsvennootschap, een vereniging zonder winstoogmerk of een natuurlijke persoon. De aanvrager dient duidelijk aan te geven of hij de erkenning in zijn eigen naam of voor rekening van een rechtspersoon indient. Een bureau dat uitzendactiviteiten wenst uit te oefenen, dient verplicht te zijn opgericht in de vorm van een handelsvennootschap. De erkenning wordt verleend door de Vlaamse minister die het tewerkstellingsbeleid onder zijn bevoegdheid

²⁶⁰ ENGELS, C., “De terbeschikkingstelling van personeel in het kader van de Wet van 24 juli 1987”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 11, 202.

²⁶¹ Arbrb. Luik (4e k.) 27 mei 2002, *J.T.T.* 2003, afl. 847, 50: “Miskening van de bepalingen m.b.t. uitzendarbeid kan niet worden gesanctioneerd door een hoofdelijke aansprakelijkheid van het uitzendbureau aangezien deze sanctie niet geldt bij niet toegelaten uitzendarbeid, maar enkel in het geval van een verboden terbeschikkingstelling dat geregeld is in hoofdstuk III Uitzendarbeidswet 1987”.

heeft, na advies van de adviescommissie. Deze erkenning wordt in principe verleend voor een periode van onbepaalde duur. De minister kan echter, na eenparig advies van de adviescommissie, beslissen dat de erkenning slechts voor een periode van bepaalde duur van minimaal één jaar en maximaal vier jaar wordt toegekend, indien er twijfel zou bestaan omtrent het voldoen aan de erkenningsvoorwaarden. Na verloop van de erkenning voor bepaalde duur, wordt de erkenning dan automatisch omgezet in een erkenning van onbepaalde duur, tenzij de adviescommissie ten laatste drie maanden voor het verstrijken van de erkenning voor bepaalde duur het betrokken bureau uitnodigt voor een hoorzitting in het kader van een nieuwe erkenning voor bepaalde duur, de intrekking van de erkenning of de vervanging van de lopende erkenning door een erkenning voor de duur van zes maanden tijdens welke het bureau het bewijs moet leveren dat opnieuw voldaan wordt aan de erkenningsvoorwaarden. Een erkenning kan steeds worden ingetrokken of omgezet in een erkenning voor beperkte duur, wanneer de wettelijke verplichtingen niet worden nageleefd.

Om een erkenning te verkrijgen teneinde bemiddelings- en uitzendactiviteiten te ontplooiën in het Vlaamse Gewest moet de aanvrager een hele reeks **algemene en specifieke voorwaarden** voldoen. De algemene voorwaarden hebben betrekking op de rechten van de werkzoekende (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de werkzoekende, recht op vertrouwelijke behandeling van gegevens van de werknemer en de opdrachtgevende werkgever, inzage- en teruggaverecht met betrekking tot gegevens van de werknemer en de opdrachtgevende werkgever, recht op objectieve, respectvolle en niet-discriminerende behandeling, kosteloosheid voor de werknemer, informatieverplichtingen, verbod van ongeoorloofde activiteiten, geen betrokkenheid bij staking en lock-out, naleven van de reglementering inzake de tewerkstelling van vreemde arbeidskrachten, verbod van fictieve vacatures, naleven van de gedragscodes en transparantie tussenpersoon-werkgever), de kwaliteit van de dienstverlening (minimum aan professionele deskundigheid) en het bonafide karakter van het uitzendkantoor (niet betrokken bij faillissementen, geen ernstige of herhaalde inbreuken op bepaalde sociale, fiscale en economische reglementeringen, verantwoordelijken hebben het genot van hun politieke en burgerrechten, regelmatige oprichting van het bureau en arbeidsbemiddeling in statutair doel, voldoen aan de verplichtingen opgelegd door de sociale en fiscale wetgeving). Op het in dienst nemen van werknemers, om hen ter beschikking te stellen met het oog op de uitvoering van toegelaten tijdelijke arbeid zijn bijkomende voorwaarden van toepassing. Het bureau moet regelmatig opgericht zijn in de vorm van een handelsvennootschap, een volledig volstort kapitaal van ten minste 1.250.000 frank bezitten, geen achterstallige bijdragen verschuldigd zijn zoals belastingen, sociale bijdragen of bijdragen te innen door of voor rekening van Fondsen voor Bestaanszekerheid. Bovendien mag het uitzendkantoor niet in ernstige overtreding zijn van de wettelijke of reglementaire bepalingen in verband met uitzendarbeid en is het verboden om bij exclusiviteit personen ter beschikking te stellen van één gebruikende onderneming. Voor de onderscheiden vormen van arbeidsbemiddeling gelden nog andere specifieke voorwaarden (maximum commissieloon, gedragscodes²⁶², ...).

De naleving van de bovenstaande reglementering is uiteraard niet alleen gericht op het verkrijgen van een erkenning, maar ook op het behoud ervan. Een erkenning kan immers altijd worden **ingetrokken** of omgezet in een erkenning voor beperkte duur (tijdens welke het bureau het bewijs moet leveren dat opnieuw voldaan wordt aan de erkenningsvoorwaarden),

²⁶² Er bestaat een algemene gedragscode, een gedragscode voor outplacementactiviteiten en een gedragscode voor uitzendactiviteiten. Volgens de algemene gedragscode moet een bureau bijvoorbeeld voldoende informatie verstrekken aan de kandidaten over de openstaande arbeidsplaats. Bij arbeidsbemiddeling van werknemers in het buitenland moet deze informatie ook worden verstrekt in hun eigen taal of in een taal die zij begrijpen.

wanneer de wettelijke verplichtingen niet worden nageleefd. Bovendien worden **strafrechtelijke sancties** voorzien bij niet-naleving. Overeenkomstig de bepalingen van het Decreet van 13 april 1999 kan de erkenning worden ingetrokken wanneer het bureau de bepalingen van het decreet overtreedt of wanneer de aanvrager of de verantwoordelijken van het bureau, door het decreet bepaalde onherroepelijke veroordeling heeft opgelopen, zoals bijvoorbeeld een veroordeling wegens valsheid in geschrifte. De erkenning kan eveneens worden ingetrokken wanneer zij is gebeurd op basis van verklaringen die vals, onvolledig of onjuist worden bevonden. Bovendien kan een bureau zijn erkenning verliezen wanneer het heeft samengewerkt met Belgische of buitenlandse bureaus die niet over een geldige registratie of erkenning beschikken, wanneer het de reglementering inzake de tewerkstelling van vreemde arbeidskrachten overtreedt of als voorwaarde stelt dat de bemiddelde personen het bureau bij iedere nieuwe bemiddeling zal laten optreden. Tenslotte kan tot intrekking worden overgegaan wanneer het bureau toelaat dat in het bureau activiteiten worden uitgeoefend door bureaus of door werknemers van bureaus waarvan de erkenning werd ingetrokken of geschrapt of wanneer het als voorwaarde voor de plaatsing, de verplichting oplegt aankopen of uitgaven te doen in een drankgelegenheid, een hotel of een logement of in enig andere handelszaak of onderneming. Vanaf de dag waarop de intrekking van kracht wordt, mag het bureau geen nieuwe overeenkomsten meer afsluiten. Bovendien staat een gevangenisstraf van acht dagen tot één jaar en een geldboete van 100 tot 5000 frank of één van deze straffen alleen op de exploitatie van een uitzendbureau zonder regelmatige erkenning, maar ook op het wetens en willens beroep doen op een bureau waarvan de exploitant niet in het bezit is van een regelmatige erkenning. Deze straf kan ook worden opgelegd indien de exploitant buiten de wettelijk bepaalde perken commissieloon of andere bijdrages of gelden int of vordert, de voormelde gedragscodes overtreedt en bij de uitoefening van activiteiten die leiden tot een tewerkstelling die strijdig is met de openbare orde of waarvan het bureau duidelijk kan vaststellen dat zij een inbreuk inhouden op de sociale of fiscale wetgeving. In geval van herhaling kan deze straf op het dubbel van het maximum worden gebracht.

V.3.2.2.2 Erkenning van buitenlandse uitzendkantoren

Net als uitzendkantoren die hun maatschappelijke zetel of kantoor in het Brussels Hoofdstedelijk of het Waalse Gewest hebben, moeten **buitenlandse kantoren die hun maatschappelijke zetel binnen de Europese Unie hebben** of als natuurlijke persoon er kantoor houden en in het Vlaamse Gewest de bovengenoemde activiteiten (hulp aan zoekende werkgevers en werknemers, i.e. bemiddeling / indienstnemen van werknemers om hen ter beschikking te stellen, i.e. uitzendactiviteiten) uitoefenen, aantonen dat zij in hun lidstaat van vestiging aan gelijkwaardige voorwaarden als vermeld in het decreet voldoen. Als een buitenlands bureau met maatschappelijke zetel binnen de Europese Unie een aanvraag tot erkenning indient, moet deze vergezeld zijn van de documenten waaruit blijkt dat het bureau voldoet aan gelijkwaardige voorwaarden zoals in het decreet wordt vermeld. Tijdens de duur van de erkenning moet het betrokken bureau uiteraard aan deze voorwaarden blijven voldoen. Indien de minister tot de conclusie komt dat deze voorwaarden niet gelijkwaardig zijn, legt hij, na advies van de adviescommissie, een deel of het geheel van de voorwaarden op die in het Vlaamse decreet worden gesteld. Bureaus die hun zetel of kantoor buiten de EU houden, moeten hoe dan ook aan alle voorwaarden van het decreet voldoen.

De bepaling dat aan bureaus die in een andere lidstaat van de EU zijn gevestigd de mogelijkheid moeten krijgen om aan te tonen dat zij aan gelijkwaardige voorwaarden voldoen in hun lidstaat van vestiging is het gevolg van relatief oude rechtspraak van het Hof van

Justitie. In de **zaak Webb**²⁶³ werd door de Hoge Raad der Nederlanden een prejudiciële vraag gesteld in het kader van een strafzaak tegen de directeur van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap naar Engels recht die houder was van een Britse vergunning voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Deze vennootschap hield zich onder meer bezig met het uitzenden van personeel naar Nederland, maar deed dit zonder in het bezit te zijn van een vergunning van de Nederlandse minister van sociale zaken, hetgeen voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op de Nederlandse markt vereist was. Deze vergunningsplicht werd door het Hof van Justitie getoetst aan het vrij verrichten van diensten van artikel 49 EG. Op de eerste plaats stelde het Hof vast dat het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten onmiskenbaar beroepswerkzaamheden waren die als diensten in de zin van het EG-verdrag dienden te worden beschouwd. Het feit dat deze activiteiten een bijzondere aard hadden in de mate dat bepalingen inzake sociale politiek en inzake het vrij verkeer van personen erop van toepassing konden zijn, kon hen volgens het Hof niet onttrekken aan de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten. Private arbeidsbemiddeling is dus een dienst in de zin van het EG-verdrag.

Daarnaast gaf het Hof het antwoord op de vraag of het vrij verkeer van diensten een lidstaat verbiedt om van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen een vergunning te verlangen voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op zijn grondgebied, wanneer die onderneming reeds in het bezit is van een vergunning of erkenning in de lidstaat waar zij is gevestigd. Op de eerste plaats stelde het Hof vast dat de gelijke behandeling van dienstverrichters in de lidstaat van bestemming geenszins betekende dat alle nationale wettelijke bepalingen die voor de onderdanen van die lidstaat gelden en gericht zijn op daar duurzaam actieve ondernemingen, ook ten volle kunnen worden toegepast op werkzaamheden van tijdelijke aard uitgeoefend door dienstverrichters gevestigd in een andere lidstaat. Het Hof erkent evenwel meteen dat, gelet op de bijzondere aard van sommige diensten, bepaalde specifieke eisen moeten kunnen worden gesteld aan de betrokken dienstverrichters. Deze eisen moeten echter hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang, non-discriminatoire worden toegepast en kunnen slechts worden opgelegd voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in zijn lidstaat van vestiging. Met betrekking tot het ter beschikking stellen van arbeidskrachten benadrukte het Hof dat dit een terrein vormt dat zeer gevoelig ligt op het vlak van naleving van beroepsregels en vanuit sociaal oogpunt, aangezien door de uitoefening van deze activiteit zowel de verhoudingen op de arbeidsmarkt als de rechtmatige belangen van de betrokken werknemers rechtstreeks worden beïnvloed. Daarom aanvaardde het Hof een nationaal stelsel van vergunningen voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als een met het Gemeenschapsrecht verenigbare en perfect legitieme beleidskeuze in het algemeen belang. Deze vergunningen aan buitenlandse dienstverrichters mochten naar dezelfde maatstaven als voor de eigen onderdanen worden toegekend. Cruciaal hierbij is echter de voorwaarde die het Hof hier meteen aan koppelde. Het Hof stelde immers dat, wanneer de voorwaarden die voor de afgifte van dergelijke vergunning aan een dienstverrichter worden gesteld een onnodige herhaling zouden opleveren vergeleken met de bewijsstukken en waarborgen die in zijn lidstaat van vestiging werden geëist, deze maatregel zijn doel volledig voorbij zou schieten. Daarom kwam het Hof tot de conclusie dat de lidstaten buitenlandse terbeschikkingstellers van arbeidskrachten weliswaar een vergunningsplicht kunnen opleggen, maar dat zij bij het onderzoek van de aanvraag en de afgifte van de vergunning of erkenning enerzijds geen enkel onderscheid mogen maken op grond van de nationaliteit of de plaats van vestiging van de dienstverrichter en anderzijds rekening moeten houden met de bewijsstukken en waarborgen

²⁶³ H.v.J. 17 december 1981, nr. C-279/80 (Webb), *Jur. H.v.J.* 1981, 3305.

die de dienstverrichter reeds heeft verschaft voor de uitoefening van zijn werkzaamheden in zijn lidstaat van vestiging.

Deze rechtspraak heeft dus voor gevolg dat, indien een in de EU gevestigd uitzendkantoor zijn activiteiten op Belgisch grondgebied wil uitoefenen, dit over een erkenning zal moeten beschikken overeenkomstig de bepalingen van het Decreet van het Vlaams Parlement van 13 april 1999, het Decreet van de Waalse Gewestraad van 13 maart 2003 of de Ordonnantie van de Brussels Hoofdstedelijke Raad van 26 juni 2003. Bij de aanvraag en afgifte zal echter rekening moeten worden gehouden met de wetgeving inzake het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de lidstaat van vestiging van het betrokken bureau. Vandaar dat het bureau de mogelijkheid moet krijgen om aan te tonen dat het aan gelijkwaardige voorwaarden voldoet als deze die in het betrokken Gewest worden gesteld. Dit doet natuurlijk niet af aan het feit dat, waar de buitenlandse wetgeving in vergelijking met de betrokken gewestbepalingen tekortschiet, bijkomende voorwaarden kunnen worden gesteld aan de aanvrager. Uiteraard zullen deze bijkomende maatregelen ook hun rechtvaardiging moeten vinden in een dwingende reden van algemeen belang, non-discriminatoire moeten worden toegepast, pertinent en proportioneel moeten zijn. Zoniet zou alsnog het vrij verkeer van diensten ongerechtvaardigd worden belemmerd. Welke voorwaarden nog aan een in de EU gevestigd uitzendkantoor of tussenpersoon kunnen worden gesteld, zal dus in grote mate afhangen van het beschermingsniveau in het algemeen belang dat wordt bereikt door de wetgeving in de lidstaat van oorsprong.

In het kader van de **activiteiten van buitenlandse bureaus op de Belgische arbeidsmarkt** springen enkele interne voorwaarden in het oog. Zo mag het bureau zich niet inlaten met ongeoorloofde activiteiten, i.e. activiteiten die leiden tot een tewerkstelling die strijdig is met de openbare orde of waarvan het bureau duidelijk kan vaststellen dat zij een inbreuk inhouden op de sociale of fiscale wetgeving. Het bureau mag geen medewerking verlenen aan bemiddelingsactiviteiten die aanleiding geven tot illegale feiten, zoals bijvoorbeeld mensenhandel. Wat de bemiddeling van werknemers van vreemde nationaliteit betreft, zal de Belgische reglementering inzake de tewerkstelling van vreemde arbeidskrachten moeten worden gerespecteerd. Het bureau zal dus maar mogen bemiddelen indien de nodige arbeidsvergunningen en –kaarten worden aangevraagd. Uiteraard zal hier rekening moeten worden gehouden met de uitzonderingen in de wetgeving betreffende de tewerkstelling van vreemde arbeidskrachten ingevolge de toepassing van het Europees Gemeenschapsrecht. We denken hierbij aan de vrijstelling van de arbeidskaartverplichting voor onderdanen van E.E.R.-lidstaten, maar ook aan de bijzondere bepalingen voor **onderdanen van niet E.E.R.-lidstaten die in het kader van een dienstverrichting tijdelijk in België worden tewerkgesteld**. Overeenkomstig deze bepalingen zullen werknemers, die geen onderdaan zijn van een Lidstaat van de Europese Economische Ruimte, die tewerkgesteld zijn door een in een Lidstaat van de Europese Economische Ruimte gevestigde werkgever die zich naar België begeeft voor het verrichten van diensten, van de arbeidskaartverplichting worden vrijgesteld op voorwaarde dat deze werknemers, in de Lidstaat van de Europese Economische Ruimte waar zij verblijven, beschikken over een recht op verblijf of een verblijfsvergunning van meer dan drie maanden, zij op wettige wijze in de Lidstaat waar zij verblijven tewerkgesteld zijn en deze vergunning ten minste geldig is voor de duur van het in België uit te voeren werk. Zij moeten in het bezit zijn van een regelmatige arbeidsovereenkomst en sedert ten minste zes maanden ononderbroken in dienst zijn bij het uitzendkantoor. De voorwaarde dat deze werknemers sedert ten minste zes maanden ononderbroken in dienst zijn bij de in een andere lidstaat gevestigde onderneming staat echter onder druk van het Gemeenschapsrecht (zie hoger). Deze werknemers moeten bovendien over een paspoort en

een verblijfsvergunning beschikken, geldig tot het einde van de dienstverlening vermeerderd met een periode van drie maanden, teneinde hun terugkeer naar hun land van oorsprong of verblijf te verzekeren. Deze vrijstelling is echter niet van toepassing in het geval het gaat om een dienstverlening door een uitzendkantoor. Waar men zou kunnen verwachten dat een uitzendkantoor als werkgever-dienstverrichter eveneens in een andere lidstaat werknemers zou kunnen ter beschikking stellen indien de wetgeving van de lidstaat van vestiging van het bureau wordt nageleefd, werd dit ontkend door het Hof van Justitie in de zaak *Rush Portuguesa*. In dit arrest moest het Hof zich, net als in *Vander Elst*²⁶⁴, uitspreken over een werkvergunningsplicht voor onderdanen van derde landen die in het kader van een dienstverrichting door hun E.E.R.-werkgever in een andere lidstaat worden tewerkgesteld. Hoofddlijn van deze rechtspraak was dat dergelijke werkvergunning niet kan worden verlangd in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, aangezien het slechts om een tijdelijke verplaatsing van werknemers gaat en die werknemers geen toegang zoeken tot de arbeidsmarkt. Volgens het Hof lag dit anders voor uitzendkantoren: *“Inzonderheid moet worden erkend, ..., dat een onderneming die arbeidskrachten ter beschikking stelt, weliswaar dienstverrichter is in de zin van het Verdrag, maar werkzaamheden die juist tot doel hebben, werknemers toegang te geven tot de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat”*. Deze argumentatie van het Hof lijkt echter niet helemaal solide. De redenering van het Hof begint met een verwijzing naar de overgangsmaatregelen ten aanzien van het vrij verkeer van werknemers na de toetreding van Portugal. De hoofdreden hiervoor was om ernstige verstoringen op de arbeidsmarkt van de lidstaten te vermijden. Precies daarom komt het Hof tot de conclusie dat het tewerkstellen van werknemers in het kader van een dienstverrichting slechts tijdelijk en dus ongevaarlijk is voor de arbeidsmarkt van de lidstaten. Waarom het Hof uitzendkantoren als dienstverleners van deze redenering uitsluit, is minder duidelijk. Hoewel het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan gebruikers inderdaad tijdelijk arbeidskrachten op de markt van de lidstaat van bestemming brengt, net als bij een dienstverrichting door een andere onderneming, is hier evenmin sprake van een toegang tot de arbeidsmarkt. Indien de uitzendkracht kan worden beschouwd als werknemer van het uitzendbureau en de uitzendarbeid van korte duur is lijken de activiteiten van uitzendkantoren perfect onder de redenering voor andere dienstverrichtende ondernemingen te passen. Indien een uitzendkantoor dus tijdelijk of occasioneel, geheel naar de definitie van wat een dienstverrichting onderscheidt van een vestiging, diensten verricht door personeel ter beschikking te stellen, zouden zij evenzeer van dergelijk vrijstelling moeten kunnen genieten. Het wordt natuurlijk anders indien het ter beschikking stellen van het personeel op die manier wordt uitgeoefend dat zij niet meer onder de definitie van dienstverlening kan vallen. In dat geval zou men kunnen eisen dat het optredende bureau aan de arbeidsvergunningsplicht voldoet. Het Hof heeft immers eveneens in *Rush Portuguesa* en in latere zaken²⁶⁵ geoordeeld dat een lidstaat kan nagaan of een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die op zijn grondgebied werknemers die onderdaan zijn van een derde land ter beschikking stelt, de vrijheid van dienstverrichting niet voor een ander doel dan de betrokken dienst gebruikt. Dit kan bijvoorbeeld zijn om personeel te laten overkomen teneinde het op de nationale arbeidsmarkt aan werk te helpen. Zolang een buitenlands uitzendkantoor zich niet bezondigt aan het effectief toegang tot de arbeidsmarkt verschaffen, zouden zij op gelijke wijze van het vrij verkeer van diensten gebruik moeten kunnen maken. Hoe dan ook moeten, ingevolge deze rechtspraak, uitzendkantoren die niet-E.E.R.-onderdanen ter beschikking stellen aan de Belgische arbeidsvergunningsplicht voldoen. Hetzelfde geldt voor de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten uit de nieuwe lidstaten gedurende de periode van overgangsmaatregelen.

²⁶⁴ H.v.J. 9 augustus 1994, nr. C-43/93 (*Vander Elst*), *Jur. H.v.J.* 1994, 3803.

²⁶⁵ H.v.J. 21 oktober 2004, nr. C-445/03 (Comm. t. Luxemburg), *Jur. H.v.J.* 2004, nng en H.v.J. 19 januari 2006, nr. C-244/04 (Comm. t. Duitsland), *Jur. H.v.J.* 2006, nng.

Ook de voorwaarden inzake de persoonlijke integriteit van de gemachtigden waardoor zij niet mogen betrokken geweest zijn bij faillissementen of geen ernstige of herhaalde inbreuken op bepaalde sociale, fiscale en economische reglementeringen op hun palmares mogen hebben, moeten worden voldaan door buitenlandse tussenpersonen. Tenslotte moet het bureau te allen tijde voldoen aan de verplichtingen die de sociale en fiscale wetgeving oplegt. Het bureau dat zijn maatschappelijke zetel buiten het Vlaams Gewest heeft of daarbuiten als natuurlijk persoon kantoor houdt, moet een adres in het Vlaams Gewest aanduiden waar de documenten en stukken die nodig zijn voor het sociaalrechtelijk toezicht ter beschikking worden gesteld.

Tenslotte moet nog worden opgemerkt dat buitenlandse uitzendkantoren niet alleen gebruik kunnen maken van het vrij verkeer van diensten om hun activiteiten op de Belgische arbeidsmarkt uit te oefenen. Ondernemingen kunnen er ook voor kiezen zich **permanent in België te vestigen** of van het secundair vestigingsrecht gebruik te maken door de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen. In dat geval moeten zij zich in beginsel voegen naar de wetgeving van de lidstaat van bestemming. Buitenlandse uitzendkantoren zullen dus aan alle voorwaarden moeten voldoen om een erkenning te krijgen voor activiteiten op het grondgebied van de verschillende gewesten in België. Daar houdt de invloed van het Europees recht echter niet op. Ook inzake het recht op vestiging werd immers door de rechtspraak van het Hof van Justitie het loutere non-discriminatiebeginsel verlaten. De rechtspraak over het vestigingsrecht heeft zich immers ontwikkeld van een bescherming van buitenlandse dienstverleners tegen discriminatoire maatregelen²⁶⁶ naar de mogelijkheid van dienstverrichters om ook non-discriminatoire regels aan te vechten in de lidstaat waarin zij zijn gevestigd, zelfs indien dit de voornaamste of zelfs de enige regels zijn die zij moeten naleven²⁶⁷. Soms is het grensoverschrijdende aspect in deze zaken ver zoek en staat het recht op vestiging eerder borg voor het recht om dienstenactiviteiten uit te oefenen zonder daarbij gehinderd te worden door disproportionele wetgeving dan voor het recht van dienstverleners om zich binnen de EU te verplaatsen²⁶⁸. Dit brengt met zich mee dat alle disproportionele vereisten in de nationale wetgeving ten aanzien van de toegang tot en de uitoefening van dienstenactiviteiten moeten verdwijnen, zowel voor eigen onderdanen als voor buitenlandse dienstverleners.

Dergelijke uitzuivering is precies de oefening die ook door de **dienstenrichtlijn** werd opgelegd. Hoewel de dienstenrichtlijn geen letterlijke vertaling is van de verplichtingen die uit het Verdrag voortvloeien en op sommige punten verstrekkender gevolgen heeft, kan men er niet omheen dat de bepalingen van de dienstenrichtlijn zeer dicht in de buurt komen van wat door het Verdrag van de lidstaten wordt verlangd voor de daadwerkelijke totstandkoming van een interne markt voor diensten. Niettegenstaande uitzendactiviteiten uit het toepassingsgebied van de op heden hangende versie van het voorstel werden uitgesloten, zijn de bepalingen in het voorstel met betrekking tot het recht op vestiging een goede aanwijzing van wat van de lidstaten wordt verwacht om hun systeem voor de erkenning van uitzendkantoren EU-conform te maken. Om de vrijheid van vestiging van dienstverrichters gemakkelijker te maken, voorziet de richtlijn op de eerste plaats in een administratieve vereenvoudiging. De lidstaten moeten de procedures en formaliteiten voor de toegang tot en de uitoefening van dienstenactiviteiten vereenvoudigen door bijvoorbeeld attesten of certificaten uit de lidstaat van oorsprong te aanvaarden en voor de afwikkeling ervan een

²⁶⁶ H.v.J. nr. C-221/85 (Commissie t. België), 12 februari 1987, *Jur.* 1987, I-719.

²⁶⁷ H.v.J. nr. C-55/94 (Gebhard), 30 november 1995, *Jur.* 1995, I-4165 en H.v.J. nr. C-405/98 (Gourmet), 8 maart 2001, *Jur.* 2001, I-1795.

²⁶⁸ E. SPAVENTA, "From Gebhard to Carpenter: Towards a (Non-) Economic European Constitution", *C.M.L.Rev.* 2004, 772.

centraal contactpunt – het één loket – instellen. Bij dit centrale contactpunt moeten zowel de dienstverrichter als de afnemer snel bepaalde informatie kunnen bekomen en alle procedures en formaliteiten moeten bij voorkeur elektronisch kunnen worden afgehandeld. Daarnaast moeten vergunningsstelsels voor de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit grondig worden hervormd²⁶⁹. De lidstaten moeten erop toezien dat zij geen discriminerende werking hebben, objectief gerechtvaardigd zijn door een dwingende reden van algemeen belang en niet verder gaan dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken. Ook de vergunningsvoorwaarden, de vergunningsduur en de vergunningsprocedures dienen onder de loep te worden genomen. Gelet op de extensieve reglementering inzake de erkenning van uitzendkantoren, is het allerminst onmogelijk dat bij dergelijke screening een aantal voorwaarden de Europeesrechtelijke toets niet zouden doorstaan.

V.3.2.2.3 Nederlandse bemiddelaars

Het feit of een buitenlandse uitzendkantoor hier al dan niet eenvoudig een erkenning kan verkrijgen, hangt uiteraard af van het vergunningsregime van de lidstaat waar de onderneming gevestigd is. Voor **Nederlandse uitzendkantoren** is de situatie relatief duidelijk. In Nederland werd de vergunningsplicht afgeschaft en dus moeten Nederlandse kantoren, willen zij op het Belgische grondgebied actief zijn, alle gewestelijke erkenningsvoorwaarden naleven die ook moeten worden nageleefd door in België gevestigde kantoren. In Nederland heeft men immers op het einde van de jaren 1990 gekozen voor een hervorming van de wetgeving op de private arbeidsbemiddeling, gedreven door de doelstelling om overheidsbemoeienis tot een absoluut minimum te beperken, het nadelig effect op de arbeidsmarkt van teveel beperkingen op de markt voor allocatieve diensten weg te werken en door de achterliggende gedachte dat regelingen die nauwelijks te controleren of te handhaven zijn, niet moeten in stand gehouden worden. Daarom wou men de vergunningsplicht voor intermediairs het liefst afschaffen, maar de Nederlandse wetgever werd daarin gehinderd door het ook door Nederland geratificeerde IAO-Verdrag nr. 96 dat betrekking heeft op bureaus voor arbeidsbemiddeling waaronder Nederland zich had verbonden tot het handhaven van een vergunningsreglementering voor private arbeidsbemiddeling. Vooraleer tot een liberalisering van allocatieve diensten over te gaan, werd de rechtspositie van uitzendkrachten echter verbeterd door wijzigingen aan de regeling voor de uitzendovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek, ingevoerd door de Wet flexibiliteit en zekerheid. In de nieuwe “Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs”, die op 1 juli 1998 in werking is getreden, bleef de vergunningsplicht dus bestaan. Met de ratificatie van het nieuwe IAO-verdrag nr. 181 betreffende particuliere bureau voor arbeidsbemiddeling verviel de gebondenheid aan IAO-verdrag nr. 96 en werd de vergunningsplicht afgeschaft met ingang van 1 september 2003. Dit betekent dat sinds die datum elke ondernemer arbeidskrachten kan ter beschikking stellen zonder een vergunning en dus zonder aan een opsomming van erkenningsvoorwaarden te moeten voldoen. Wel werden een aantal gedragsnormen vastgelegd waaraan de bemiddelaars zich moeten houden, zoals het loonverhoudingsvoorschrift (uitzendkrachten hebben in beginsel recht op hetzelfde loon en dezelfde vergoedingen als het personeel van de gebruikende onderneming dat hetzelfde of vergelijkbaar werk verricht), het verbod om van de arbeidskracht een tegenprestatie te bedingen, het onderkruiperverbod (verbod van arbeidsbemiddeling in een onderneming waar een sociaal conflict heerst) en een informatieverplichting over de arbeidsomstandigheden van de arbeidsplaats. Bovendien werd

²⁶⁹ De materiële en procedurele randvoorwaarden voor vergunningverlening werden in grote mate ontleend aan de rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals het arrest “Analir”, H.v.J. nr. C-205/99 (Analir), 20 februari 2001, *Jur.* 2001, I-1271 en “Commissie t. Frankrijk”, H.v.J. nr. C-496/01 (Commissie t. Frankrijk), 11 maart 2004, *Jur.* 2004, I-2351. B.J. DRIJBER, “De bezems van Bolkestein”, *N.T.E.R.* 2004, nr. 5, 115.

de mogelijkheid voorzien om voor bepaalde sectoren of bepaalde segmenten van de arbeidsmarkt speciale regels te ontwikkelen, maar van deze mogelijkheid werd nog geen gebruik gemaakt. Om de aan het inlenen verbonden aansprakelijkheid te regelen, werd de G-rekening ingevoerd. Dit is een speciale geblokkeerde rekening van diegene die werknemers ter beschikking stelt waarop geld van de betrokken ondernemer moet worden gestort, maar dat enkel kan worden gebruikt voor betaling van belastingen en socialezekerheidspremies. Op het saldo van deze rekening rust een pandrecht dat bijvoorbeeld bij een faillissement kan worden uitgewonnen door de Nederlandse Belastingdienst. Omdat het aantal fraudegevallen en malafide praktijken echter alsmaar toeneemt, gaan echter stemmen op om de markt opnieuw strenger te reguleren. Aanvankelijk werd de nadruk gelegd op een keurmerk van de sector en een strenge handhaving met administratieve geldboetes. Maar de misbruiken in de sector blijven aanhouden en de regering stelde in 2004 voor om een “vestigingsvergunning” in te voeren, waaraan bepaalde vestigingseisen zouden worden gekoppeld. Vanuit de Nederlandse Tweede Kamer drong men aan op een verplichting tot certificering onder beperkte overheidscontrole²⁷⁰. Tot nog toe werden geen nieuwe maatregelen genomen om de welig tierende fraude in de Nederlandse uitzendsector te bestrijden.

Het zal duidelijk zijn dat het Nederlandse stelsel een danig laag beschermingsniveau heeft ingesteld, dat het opleggen van de gewestelijke erkenningsvoorwaarden op Nederlandse uitzendkantoren-dienstverrichters voor de meeste voorwaarden gerechtvaardigd zal zijn. De gewestelijke regels komen in geen geval in samenloop met regels uit het land van oorsprong, waardoor er geen sprake kan zijn van een ‘double burden’. Hierbij moet men uiteraard steeds rekening houden met het feit dat het opleggen van deze erkenningsvoorwaarden op zich een belemmering inhoudt van het vrij verkeer van diensten. Dit betekent dat de gewestelijke regelingen voor de erkenning van private arbeidsbemiddelaars en de erin opgenomen voorwaarden voor erkenning steeds moeten gerechtvaardigd zijn door een dwingende reden van algemeen belang, maar ook voldoen aan de gemeenschapsrechtelijke pertinentie- en proportionaliteitsvoorwaarden.

Vaak worden de inspectiediensten geconfronteerd met het feit dat bepaalde op de Belgische markt aanwezige Nederlandse ondernemingen zich moeilijk als uitzendkantoor laten kwalificeren. Zij voeren hun **activiteiten niet onder de benaming van “uitzendkantoor” en kiezen voor benamingen als “projectbureau” of “detacheringsbureau”**. Indien men dergelijke ondernemingen vraagt naar hun erkenning als uitzendkantoor, argumenteren zij dat zij niet onder de gewestelijke erkenningsverplichting voor uitzendkantoren vallen omdat zij “diensten verrichten” of “louter detacheren”. In beide gevallen wil men vaak met verwijzing naar het Europees recht de betrokken inspecteurs overtuigen van het feit dat het opleggen van de erkenningsreglementering strijdig zou zijn met Europees recht. In de eerste plaats moet hier echter worden opgemerkt dat in de huidige stand van het Gemeenschapsrecht de voorwaarden voor de erkenning van bureaus voor private arbeidsbemiddeling nog steeds een bevoegdheid is van de lidstaten. Zij kunnen deze bevoegdheid volledig autonoom uitoefenen, voor zover zij daarbij het Gemeenschapsrecht eerbiedigen. Uit de zaak Webb blijkt duidelijk dat de lidstaten nog steeds dergelijke vergunningsplicht aan buitenlandse dienstverrichters kunnen opleggen, mits rekening te houden met de voorwaarden en beperkingen uit het land van vestiging. Dit brengt mee dat indien een bepaalde buitenlandse tussenpersoon, hetzij een natuurlijke hetzij een rechtspersoon, activiteiten uitoefent op het grondgebied van het Vlaamse Gewest en deze activiteiten kunnen worden gekwalificeerd als “activiteiten uitgeoefend door een tussenpersoon, die erop gericht zijn werknemers bij te staan bij het

²⁷⁰ VAN DRONGELEN, J. en FASE, W.J.P.M., *De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI)*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2005, 38-40.

zoeken van een nieuwe tewerkstelling of werkgevers bij het zoeken van werknemers” of “het in dienst nemen van werknemers, om hen ter beschikking te stellen met het oog op de uitvoering van een bij of krachtens de wet toegelaten tijdelijke arbeid”, zij als private arbeidsbemiddeling moeten beschouwd worden. Dit is het geval, ongeacht de activiteiten of de benaming van de onderneming in het land van herkomst. In dat geval moet de onderneming over de gepaste erkenning als private arbeidsbemiddelaar beschikken. Indien men niet over deze erkenning beschikt, kunnen de sancties voor verboden private arbeidsbemiddeling worden opgelegd. Belangrijk hierbij is dat niet enkel de exploitatie van een bureau voor private arbeidsbemiddeling is onderworpen aan de erkenningsvoorwaarden, maar ook het adverteren of reclame maken met het oog op de exploitatie ervan. Dit betekent dat bij de eerste vorm van reclame, advertentie of enigerlei aanbieding van diensten, de betrokken onderneming over een erkenning moet beschikken.

“Activiteiten uitgeoefend door een tussenpersoon, die erop gericht zijn werknemers bij te staan bij het zoeken van een nieuwe tewerkstelling of werkgevers bij het zoeken van werknemers” is gericht op het optreden van bemiddelaars die de werknemers niet in dienst nemen, maar hen aan de man brengen bij werkgevers die personeel zoeken. Van zodra men enige activiteit uitoefent die werkgevers en werknemers/zelfstandigen samenbrengt, valt men onder deze categorie en moet men aan de erkenningsregeling voldoen. Terbeschikkingstellers die de betrokken werknemers niet hebben aangeworven en die dus als loutere intermediairs optreden door tegen een bepaalde vergoeding personeel te leveren, zullen worden aangepakt als een verboden bureau voor private arbeidsbemiddeling.

De meeste problemen zullen zich voordoen met de tweede categorie, waarbij werknemers worden aangeworven door een onderneming om hen ter beschikking te stellen met het oog op de uitvoering van door de wet omschreven tijdelijke arbeid, zijnde de “uitzendactiviteiten”. Op de eerste plaats valt hierbij op te merken dat, wanneer de onderneming niet ontkent personeel ter beschikking te stellen van gebruikers, maar dit doet in andere gevallen dan deze die onder de toegelaten vormen van tijdelijke arbeid vallen, men te maken heeft met een terbeschikkingstelling die niet als toegelaten uitzendarbeid kan worden beschouwd en dus een verboden TBS. Maar vaak zal een onderneming argumenteren dat zij geen personeel ter beschikking stelt, doch louter in een onderaanneming voor de gebruikende onderneming werkt. Hierop doelen de ondernemingen die zich als “dienstverrichters” kenbaar maken aan de inspectiediensten. “Het verrichten van diensten” wordt daarbij als tegengestelde gehanteerd van het “aanbieden van personeel”, alsof de ene kwalificatie de andere uitsluit. Dit is echter geenszins het geval. Diensten in de zin van het Verdrag zijn dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voorzover de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen er niet op van toepassing zijn. De diensten omvatten werkzaamheden van industriële en commerciële aard, het ambacht en de vrije beroepen. Zoals uit het arrest Webb blijkt, werd het ter beschikking stellen van personeel als een “dienst in de zin van het EG-Verdrag” gekwalificeerd door het Hof van Justitie. Dit betekent dat het grensoverschrijdend uitzenden van personeel door private bemiddelaars per definitie diensten zijn in de zin van het Verdrag. Het argument dat men niet aan private arbeidsbemiddeling doet, maar slechts diensten verricht is dus op een juridisch foute redenering gebaseerd. Wanneer men tijdelijk of occasioneel deze diensten aanbiedt in een andere lidstaat dan de lidstaat van vestiging, dan zal men als dienstverrichter worden beschouwd. Dit sluit echter geenszins uit dat de verrichte diensten als private arbeidsbemiddeling worden gekwalificeerd en dientengevolge de betrokken nationale of regionale reglementering moet worden nageleefd. Men zal in elke concrete zaak moeten beoordelen of dit het geval is. Vooreerst kan men in sommige gevallen uit contracten of

facturen tussen de betrokken partijen afleiden dat het wel degelijk om een terbeschikkingstelling van personeel gaat en niet om een onderaanneming, bijvoorbeeld door opname van betalingen voor het “leveren van personeel”. Bovendien zal moeten vaststaan dat er effectief sprake is van een onderaanneming, waarbij het grootste deel van het gezag nog bij de buitenlandse “onderaannemer” moet gebleven zijn. Dat het bewijs in deze zeer moeilijk zal zijn, staat vast (zie hoger). Daarnaast kan uit de feiten worden nagegaan hoe deze ondernemingen zich op de Belgische markt profileren, welke aanbiedingen zij naar potentiële Belgische gebruikers versturen en welke informatie zij op hun advertentiemediaverspreiden. Het feit dat Nederlandse detachingsbureau’s zich beroepen op hun hoedanigheid van detachingsbureau om niet als uitzendkantoor te worden gekwalificeerd, houdt helemaal geen steek. Indien de activiteiten van dergelijk buitenlands bureau erin bestaan personeel aan te werven om het op de Belgische markt ter beschikking te stellen, kan het feit dat het betrokken personeel internationaal wordt gedetacheerd geen afbreuk doen aan de kwalificatie in België als uitzendbureau. Het detacheren van personeel is geenszins per definitie een andere activiteit dan diegene die door uitzendkantoren worden uitgeoefend. Integendeel, in de twee hoofdinstrumenten van Gemeenschapsrecht inzake internationale detachering werden specifieke regels uitgewerkt om de detachering in de vorm van internationale uitzendarbeid te omkaderen. Zo werd in de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de detachingsregel in Verordening 1408/71 nadere voorwaarden geformuleerd voor de detachering van personeel door uitzendkantoren en werd in de Detachingsrichtlijn de “terbeschikkingstelling van werknemers door uitzendbedrijven” expliciet als één van de door de richtlijn geviseerde vormen van detachering opgesomd. Het scherm met de benaming van detachingsbureau lijkt dus slechts een poging om mist te creëren voor de betrokken inspectiediensten, gebaseerd op verschillende nationale wetgeving en de invloed van Europees Gemeenschapsrecht.

V.3.2.2.4 Poolse bemiddelaars

Uitzendarbeid is in Polen een relatief nieuwe vorm van tewerkstelling en is dus relatief recent geregeld in de Poolse wetgeving. Waar voordien enkele voor uitzendarbeid relevante bepalingen in verschillende rechtsinstrumenten terug te vinden waren, werd deze materies pas voor de eerste keer grondig gereguleerd door een wet van 28 juli 2005. Daarin werd een eerste vergunningsreglementering voor uitzendkantoren opgenomen. In deze recente wetgeving wordt een twee-stappen-registratie voor uitzendbureaus voorzien, een beperking van de registratieprocedure tot 7 dagen, een storting van een “registratiebedrag” aan het Tewerkstellingsfonds, bepalingen inzake schorsing en intrekking van de vergunning en specifieke bepalingen betreffende activiteiten van buitenlandse uitzendkantoren op Pools grondgebied.

Legal basis for functioning of temporary job agencies in Poland - the development of legal solutions

In Polish legislation employment by the temporary job agency is a relatively new form of employment. It is, however, greeted with an increasing interest on the part of Polish employers, as well as foreign ones.

The emergence of legal provisions concerning employment through the temporary job agency was gradual. Along with developing norms in the area of employment and unemployment prevention the notion of ‘temporary job agency’ appeared in labour law

provisions. The article 298²⁷¹, introduced into the Labour Code on 24 October 2001, provided that the subject with an intention to employ the person employed by the employer being the temporary job agency is obliged to inform such agency about the nature of an offered job, required qualifications and conditions of working.

The term 'temporary job agency' was introduced, on December 14, 1994, also into the Act on employment and on unemployment prevention as well as into the currently binding Act, from April 20, 2004, on the promotion of employment and the institutions of labour market²⁷².

In their primary shape both Acts were referring to the ILO convention number 1881 from 1997, on private employment agencies, and constituted a transposition of its conclusions to the Polish law²⁷³. Significant changes in the matters of establishing and functioning of temporary employment agencies were made not before the Act from 28 July, 2005, on the amendment of the Act on promotion of employment and labour market institutions and on the change of some other Acts²⁷⁴.

The updating of abovementioned provisions led to the qualification of the activity of temporary job agencies as regulated activity²⁷⁵ within the meaning of the provisions of the Act from 2 July 2002 on the freedom of economic activity²⁷⁶ and it established the requirement of the registration of agency to the register of subjects running employment agencies²⁷⁷.

Important changes in provisions determining the functioning of temporary job agencies include:

1. Specifying of the registering procedures for foreign entrepreneurs from EU/EEA, who intend to carry out their activity in the area of employment agencies in Poland.
2. Introduction of two-step registration to employment agencies register²⁷⁸.
3. The shortening of registering procedure to 7 days.
4. Introduction of a fee for registration to an account of Employment Fund (100 PLN)
5. Formation of more restrictive provisions concerning:
 - conditions required when making a registration entry to provide services as temporary job agency
 - cases of the refusal of admitting an entry for 3 years time
 - cases of deleting the agency from the register
6. The introduction of the obligation to return the certificate or temporary certificate not later than a month after receiving the decision on deleting the employment agency from register.

Conditions for starting and functioning of a temporary job agency in Poland

- Submitting written application for an entry in register of employment agency. Such application should specify:
 - a. name of the subject of an agency, home address, address of the office or headquarters, including the name of province and region,

²⁷¹ Provision withdrawn on 1 January 2004, replaced by art. 29 of the Act on the employment of temporary workers, from 9 July 2003.

²⁷² Official nr 99, position 1001, including later changes.

²⁷³ D. Makowski, "Temporary job as a non-standard form of employment", Difin, Warsaw 2006

²⁷⁴ Official from 2005, number 164, position 1366.

²⁷⁵ Economic activity regulated and conditioned by relevant provisions.

²⁷⁶ Official nr 173, position 1807, including later changes

²⁷⁷ The register of employment agencies is overt and available for all at www.kraz.praca.gov.pl

²⁷⁸ Firstly, the entry valid for a year is made (confirmed by temporary certificate), than, after a year, on the basis of application, the open-ended entry is made (confirmed by certificate).

- b. type of employment agency
- c. legal form of carried activity
- d. tax number, if given
- e. number in National Court Register, or number in economic activity register, and the name and the address of the accounting body.
- Submitting of certificates confirming:
 - a. lack of debt in tax system, contributions of social and health insurance, if the person was obliged to pay them
 - b. lack of criminal record
 - c. lack of liquidating or bankruptcy proceedings concerning person in question
- Accommodation for office, securing the privacy of conversations
- Technical equipment
- Employment of people with at least secondary education, securing the appropriate level of customer service
- Statement that all the information enclosed is true and complete, and that the person is familiar with the provisions and conditions for running job agency.
- Copy of receipt confirming making a payment of 100 PLN for making a register entry
- Entry in the register of persons running employment agencies²⁷⁹
- In documents and adds the number and the term ‘temporary job agency’ should feature, the job offers should be labeled as temporary jobs.
- Agency is not allowed to charge from people seeking for employment or any other kind of income-providing activity.

Conditions for the deletion of a temporary employment agency

- Written application submitted by agency
- Liquidation or bankruptcy proceedings against agency
 - Decision issued by the body registering regulated activity on the interdiction of specified activity for an entrepreneur
 - Not submitting the information to major of the province till 31 January every year
 - Infringement of the rules provided in Act on employment agencies
 - False or incorrect information provided by entrepreneur

De voorwaarden voor tewerkstelling in het kader van uitzendarbeid in Polen worden geregeld in een wet van 9 juli 2003. Deze reglementering voorziet in bepalingen omtrent de juridische status van de uitzendkrachten, waarbij uitzendbureaus werden verplicht om uitzendkrachten te werk te stellen op basis van een arbeidsovereenkomst. Daarnaast wordt echter ook de mogelijkheid voorzien om in bepaalde gevallen gebruik te maken van het “civil law contract” (zie ook verder). Verder wordt in dit kader de term “tijdelijke arbeid” gedefinieerd, de duur van de uitzendarbeid en het einde van de arbeidsovereenkomst geregeld. In aparte wetgeving werden verplichtingen voor Poolse uitzendkantoren opgenomen in het geval zij uitzendkrachten naar het buitenland uitsturen.

²⁷⁹ The requirement of making a register entry covers also foreign entrepreneurs having right to carry out economic activity in an area of employment exchange, employment counseling, or temporary employment in the territory of a member state of UE/EEA, opening branches in Poland in order to carry out an economic activity in this area. This requirement does not cover entrepreneurs who wish to provide such services for a period of time shorter than 3 months in total in a given calendar year.

Temporary job agency in provisions of the Act on temporary employment

The dynamic development of temporary forms of employment, as well as the need to adopt labour law to the community law created the necessity to thoroughly regulate the rules for functioning of temporary job agencies, which have become a monopolist in the area of employing workers in order to make them available to an employer-user²⁸⁰. Setting common rules of providing services by temporary job agencies was done with the day of coming into force of an Act on temporary employment²⁸¹, which provided rules for employing temporary workers by an employer being the temporary job agency and described the procedures of directing employed persons and persons not being employed in such agency to the employer-user. In consequence, the legal status of persons employed through temporary job agency has been regulated, and such agencies have been obliged to employ workers on the basis of the contract of employment²⁸².

Provisions of the Act on temporary employment (on the employment of temporary workers) allow for the possibility of directing persons to work by temporary job agency on the basis of civil law contracts, e.g. for hire contracts or order contracts. In the light of the art. 26 of the Act person aged between 16 and 18 years being students, directed to temporary job on the grounds of civil law contracts, are covered by the provisions of Labour Code concerning juvenile workers employed with the view other than professional training. Provision of the 2nd paragraph of this document states also that in respect to persons directed to work on the grounds of civil law contracts some provisions of the Act on temporary employment are applicable²⁸³.

The contents of the abovementioned provision may rise some doubts. The question arises whether the aim of this norm is to narrow the range of possibilities of concluding civil law contracts for students in age of 16-18, or whether the personal scope of the application of civil law contracts by temporary job agencies is not limited.

Ministry of Labour and Social Policy took a stand in this issue, claiming that the Act does not indicate the cases entitling to the use of civil law contracts by temporary job agencies, and that the article 26 of the Act determines only the scope of the provisions of Labour Code and of the Act on temporary employment to persons not being employed in agency, that is persons directed to work on the basis of civil law contracts.

It needs to be highlighted, however, that concluding a civil law contract between the temporary job agency and person seeking for a job is allowed only when it is appropriate, with regard to the content, the way of following rights and commitments implied by it, both with respect to employer (agency), employed person and employer-user (client of the agency). If the job involves conditions typical to employment relationship in the framework of which

²⁸⁰ In opinion of D. Makowski one can have some doubts whether such monopoly is a fact in situation when employed persons are directed to work on the grounds of civil law contracts. D. Makowski, "Temporary job as...", page 91.

²⁸¹ Act of 9 July 2003, on the employment of temporary workers. (Official nr 166, position 1608)

²⁸² Contract of employment is a bilateral legal act, in framework of which an employer is binding himself to employ a worker for payment, employed person is obliged to carry out work of the kind specified in contract under the supervision of an employer. Employed person working on the basis of the contract of employment is protected by Labour Code. Excluded from the scope of a term 'worker' are persons working on a basis of hire contract, for order contract and the so called 'agents', who, on a basis of agency contract, commit themselves to intermediating in contract making for an order-giving subject.

²⁸³ Those are the rules concerning the ban on employing for certain kinds of work, the requirement of agency and employer agreeing on conditions of employment, form of cooperation and trade-union arrangements in case of a person being directed by temporary job agency.

availability and personal subordination is required, the concluding of civil law contract is not allowed, also in case when both agency and directed worker wish for such solution.

The term ‘temporary job’, accepted for the sake of the functioning of the Act, needs to be understood as carrying out the tasks for an employer-user, for a period of time not longer than indicated in the Act, when the nature of a task is that of a seasonal, short-term job, when the task could not be concluded solely by the already employed workers, or when the concluding of a task is a job of absent employee of an employer-user.

In general, the contract of employment concluded with temporary worker terminates in time settled by the parties of the period of temporary job for a given employer-user. It is acceptable, however, to put into the contract the clause giving the possibility of earlier termination on the part of both sides:

- with three days time notice, when the period for which the contract had been concluded does not exceed 2 weeks
- with one week notice, when the period of time for which the contract had been concluded does not exceed 2 weeks

Provisions of the Act provide also the limitation of the employment period for temporary worker to the period of 12 months during three subsequent years. In other words, temporary worker has the possibility of being employed several times by the same employer provided that the total period of this employment in three subsequent years does not exceed 12 months. The norm determined in this provision still does not limit the freedom of temporary worker to be employed by several different employers in subsequent 36 months, provided that the total period of employment with regard to a single employer does not exceed the abovementioned 12 months time-limit²⁸⁴.

The norm constructed in such a way was to mobilise the employers to employ temporary worker permanently after the termination of a ‘temporary contract’. In literature, however, the attention has been paid to the fact that in practice such a solution does not work²⁸⁵. It is being highlighted that in current economic conditions new ways of headhunting are becoming a must. Companies can not allow themselves for increasing the amount of permanent costs by increasing the number of their own permanent workers.

Such a view is reflected in opinions of Employment Agencies Association, which on the day of 30 July 2004 formulated the stipulations for changes in the Act on temporary workers employment from 9 July 2003. Their demand included the foresight of a need for the extension of allowed employment period for temporary employment to the period of 24 months in the period of subsequent 30 months.

It needs to be stated, however, that the Act on temporary employment is supplementing the fragmentary regulations of the Labour Code and of the Act on employment and on the promotion of employment. Many of those regulations do not differ from those functioning in other member states. There are, however, some that do not appear in Polish legislation. Polish legislator did not determine the cases in which employer-user would be obliged to take over the responsibilities of agency-employer if this agency failed to perform

²⁸⁴ If the employment of a given temporary worker does exceed the time-limit established in article 20 of the act on temporary employment or involves work of different character than the one determined in the act than such employment is no longer the temporary employment. In literature the opinion exists that if such situation is known to temporary job agency as well as to employer-user, than it is an apparent legal action, and the worker is allowed to conclude that he was employed directly by the employer-user. If, however, employer-user is not aware of this situation, than the worker is free to conclude that he is bound with the agency on the ground of contract totally covered by Labour Code, with no limitations or exceptions that follow from the act. (Sobczyk. A. “Temporary workers employment”, “Labour and Social Security”, 2004, number 4)

²⁸⁵ The article entitled “The Act on temporary employment a year after coming into force”, published 23 January 2005, available on <http://www.egospodarka.pl/71178,Ustawa-o-pracy-tymczasowej-po-roku-funkcjonowania1343.html>

its duties (e.g. with reference to the payment for work). Quite visible is also the lack of sanctions for employing temporary worker in a situation that is not provided in the Act. What is of utmost importance however is the legal framework of directing temporary worker to work for an employer-user. In connection with existing in Polish legislation possibility of directing to work on the grounds of civil law contracts the reflection comes to one's head whether the standards functioning in community law, promoting the bond between directed worker and the temporary job agency through concluding contracts of employment rather than civil law contracts²⁸⁶, should be taken into account. Therefore it seems justifiable to include this category of employed persons into the material scope of the provisions of labour law.

Duties of the temporary job agency in case of directing to work abroad

Temporary job agencies are obliged to perform their activity in directing Polish workers to work abroad under the article 85 of the Act on the promotion of employment and institutions of labour market.

The duties of the temporary job agency following from the article 85 of the Act on the promotion of employment and institutions of labour market

Contracts concluded with workers directed to work abroad

1. The contract should include information about: employer, period of employment, type and conditions of work, payment, rights and duties of an employed person directed to work, social benefits the person is entitled to when directed to work abroad

2. The range of civil responsibility of parties involved in case of not fulfilling the duties by the worker should be involved in the contract

3. It needs to be clearly stated in the contract who is paying the cost of transport to and from the workplace in case of employer failing to perform his duties and the procedure of claiming compensation should be specified.

4. The sum of money claimed by the agency and connected with real costs of directing to work abroad should be specified in the contract. Also information about the procedure and conditions of accepting foreign workers to work in a country of destination should be mentioned.

Contracts concluded with foreign employer to whom Polish worker is directed

The contract should specify:

- the number of vacancies
- period of employment
- type of work and working conditions
- rules for payment
- social benefits worker is entitled to and the range of civil responsibilities of

both parties involved

In case of agency's failure to fulfill the conditions for functioning of temporary job agency the major of province is crossing out the name of the subject from the register of the employment agencies.

Aan de hand van controles door de bevoegde Poolse inspectiediensten kon worden vastgesteld dat Poolse bemiddelaars illegaal uitzendactiviteiten ontplooiën of zich niet voegen naar de wetgeving in het kader van uitzendarbeid, zowel naar het buitenland als op het Poolse

²⁸⁶D. Makowski, "Temporary job as..." page 145, M Chakowski, P Ciszek, "The act that need fixing, the necessity of improving the provisions on temporary workers" "Personnel and Management" 2006, number 3 page 62.

grondgebied. De meeste inbreuken werden vastgesteld in het kader van de bovenstaande wetgeving voor het uitzenden van werknemers naar het buitenland (Article 85 of the “Act on the promotion of employment and institutions of labour market”) en meer bepaald met betrekking tot de kosten die van de werknemer kunnen worden gevraagd op basis van de uitgaven die het bureau heeft gemaakt. Vaak worden werkzoekenden door malafide bemiddelaars aangetrokken met lucratieve werkaanbiedingen en worden zij in de steek gelaten eens zij deze tussenpersonen hebben betaald of worden zij in het land van tewerkstelling gedropt en aan hun lot overgelaten. Met dergelijke fenomenen in het achterhoofd publiceerde het Poolse ministerie voor arbeid en sociaal beleid een gids “Safe trip to work” die werknemers degelijk moet informeren over hun tewerkstelling in het buitenland. Het probleem met illegale uitzendkantoren werd uitvoerig in de media bekendgemaakt en werkzoekende werden gewaarschuwd om op hun hoede te zijn wanneer zij met Poolse bemiddelaars in contact komen. Bovendien wordt elke informatie over dubieuze activiteiten van bemiddelaars die in handen komt van het Ministerie onmiddellijk naar de provinciebesturen doorgezonden om de nodige vaststellingen te verrichten. Tijdens controles in 2005 werden heel wat illegale uitzendkantoren aangetroffen en werden inbreuken vastgesteld met betrekking tot sociale documenten, ongeoorloofde arbeidsovereenkomsten, opstellen van uurroosters door gebruikende ondernemingen en welzijn op het werk.

Controlling of the legitimacy of employment on the basis of controlling reports of relevant institutions²⁸⁷ :

Conducted inspections of the lawfulness of employment suggest that one of the most worrying of the infringements of provisions of law is illegal running of the employment agencies, including temporary employment agencies. During the inspection special attention was paid to ascertain whether the given agency is following the provision of the article 85 of the act from 20 April, 2004, on the promotion of employment and on the institutions of labour market. This provision states that the directing to work abroad for foreign employers by temporary job agency is carried out on the basis of the contract concluded between this agency and Polish citizens. Such contract should specify, among other things, the name of the foreign employer, working conditions, salary, social insurance, the factual cost of directing to work abroad that worker is supposed to pay to employment agency, and also all the duties and rights bestowed on the both sides of the contract. Concluding of such a contract provides for a directed worker a guarantee of the safe trip and it also forms a legal basis for any potential claims and civil law proceedings against dishonest agency. The biggest number of cases of the infringement of provisions concerns the violation of the provision of the article 85 of the act point 7, which determines the catalogue of costs that can be legally deduced from the worker on the basis of the expenses of the agency. It is also worth mentioning that many workers answer for advertisements put by common swindlers who firstly promise lucrative job offers and than- after taking charges- become unavailable. Some of the dishonest intermediaries organize departures for work abroad and then leave perplexed and helpless people on their own, of which the example is the widely covered in media and thus well-known case of Italian work camps or the problem of illegal job agencies functioning in the territory of Great Britain.

²⁸⁷ This part of the report was prepared on the basis of the data from the Report of the Department of Labour in the Ministry of Labour and Social Policy covering the controlling of the lawfulness of employment in 2005, and also on the basis of the report prepared by the General Labour Inspectorate.

Ministry of Labour and Social Policy, bearing in mind those negative phenomena, that is illegal employment service, and in order to provide security for persons going abroad in order to work, published a guide "Safe trip to work". It is intended for persons planning to go abroad in order to find an employment and to work abroad. This guide was put and can be easily found on the following web page: www.kraz.praca.gov.pl. The problem of the illegal employment services is also widely covered in media, where all persons are advised to be careful and suspicious when dealing with an employment agency. Also every piece of information in hands of the Ministry about any dubious activity performed within the area of employment services is being immediately sent to the Majors of provinces along with the request to conduct an inspection.

In 2005 the inspections were made in 186 agencies performing illegal activity within the area of employment services. As an effect of these examinations it was concluded that 45 persons were illegally running employment agencies, including 38 that were illegally directing polish workers to work to other states. The highest number of cases was discovered and proved by the inspectors fro the Department of The Legality of Employment Inspectorate in Province Labour Office, in Warsaw- and the number of found cases amounted to 13.

It appears also from the inspection conducted in 2005 in the temporary job agencies by National Inspectorate of Labour that among the inaccuracies detected the majority had to do with the employee documentation.

Temporary job agencies prepared and concluded inappropriate contracts of employment (62% of the agencies controlled), often did not run the personal documentation at all (more than 25%) and violated the provisions concerning preparing and issuing job certificates (29% and 27% respectively).

Inspectors had many reservations about the manner of conducting working time records by the employer-users. Inaccuracies that comprised mostly of the lack of notes for additional working hours were found in one of every four employers inspected. 10% of those employers did not worry to run a working time record at all. Those inaccuracies were usually explained by the employers as resulting from the brevity of the employment period of temporary workers and from the high rate of replacement.

In comparison with the inspections conducted in previous year the number of inaccuracies concerning the safety provisions at work declined a little, still, however, about 20% of agencies did not run any medical checks and was not informing the workers about the professional risk. In opinion of the inspectors such situation is resulting from the lack of precise provisions- in the contracts concluded between agencies and employers-users- concerning the division of responsibilities from the area of work safety. What is more, from the inspections conducted it appears that temporary workers are generally not discriminated with regard to working conditions and to other conditions of employment when working on counterpart or similar posts in a company (such inaccuracies were detected only in 7 cases of employers controlled during the inspection).

In 2005 as in previous year there has been a minimal number of cases of inaccuracies concerning the special provisions of the act on temporary employment (as, for instance, ordering the worker to work under the supervision and for the sake of other person, or using temporary workers in spite of the fact that in the period of last 6 months preceding the expected time of commencement of temporary work employer made reductions in stuff for reasons not related to the employees). It should be pointed out as well that there were some cases of employing temporary workers in highly dangerous professions and for involving significant danger tasks.

Because of the briefness of the period of time in which the act on temporary workers employment is in force and of the high number of inaccuracies, especially in connection to the

documentation, it is necessary to continue inspections and to promote the knowledge on temporary employment.

V.3.3 Gedetacheerde uitzendkrachten in de praktijk

Er is in sommige districten van I.S.W. overleg met de inspectiediensten van de Vlaamse Gemeenschap, maar er zijn geen gestructureerde samenwerkingsverbanden ingesteld en in de praktijk bestaan deze dus slechts occasioneel. Wat als hinderlijk wordt ervaren door beide partijen is dat de inspectiediensten van de Vlaamse Gemeenschap niet bevoegd zijn voor de controle op de Uitzendarbeidswet, maar enkel voor de controle op de erkenningsreglementering voor private arbeidsbemiddeling en tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten. Aangezien bepaalde op de Belgische markt actieve ondernemingen, door geen erkenning te hebben als private arbeidsbemiddelaar, personeel ter beschikking stellen in strijd met het principiële verbod op TBS, doet deze tweedeling de nodige coördinatie- en bewijsproblemen ontstaan. De controle op de uitzendarbeid zou wellicht efficiënter verlopen indien men voor de Vlaamse inspectiediensten naar een medecontrole Mogelijkheid op de Uitzendarbeidswet zou gaan. Zij hebben daarenboven te weinig bevoegdheden en te weinig middelen om in de praktijk een verschil te kunnen maken in buitenlandse dossiers. Er is een uitbreiding van het personeelsbestand voorzien in de nabije toekomst, maar het valt af te wachten of deze de slagkracht van de betrokken dienst kan verhogen. Zij moeten de controle op buitenlandse ondernemingen bovendien ook combineren met tal van andere kerntaken²⁸⁸ en de controles op buitenlandse uitzendkantoren geven tot nu nog te weinig resultaten om daar een prioriteit van te maken. Indien de niet-erkenning al correctieel zou worden vervolgd, staat er slechts een boete op van maximum 125 €, welke sanctie nagenoeg geen enkel afschrikwekkend effect heeft. Aangezien uit de vaststellingen blijkt dat de problemen met buitenlandse bemiddelaars zich voornamelijk afspeelt op het grondgebied van het Vlaamse Gewest, zou een gestructureerde aanpak door alle betrokken diensten en een aangepaste sanctionering de malafide praktijken van buitenlandse bemiddelaars een halt kunnen toeroepen.

Er bestaat, zoals hierboven reeds aangeduid, nog teveel terminologische verwarring over het verschil tussen een buitenlands uitzendkantoor, een detacheringsbureau, een projectbureau, etc ... Detacheringsbureaus doen zich eveneens vaak voor als een bouwonderneming, in tegenstelling met wat valt af te leiden uit de loondocumenten, de informatie op een website of de gegevens in de contracten. De Vlaamse Inspectiediensten worden dikwijls geconfronteerd met de vraag of de activiteiten van dienstverlenende buitenlandse natuurlijke en rechtspersonen arbeidsbemiddeling, uitzendactiviteiten, detachering of “dienstverrichting” zijn. Buitenlandse bemiddelaars profileren zich vaak als uitzendkantoor op de Belgische markt tot ze op de hoogte gesteld worden van het feit dat ze een erkenning nodig hebben om hun activiteiten in de verschillende gewesten te kunnen uitoefenen. Zelfs indien zij daarvan de hoogte zijn, gaan vele buitenlandse kantoren ervan uit dat zij deze erkenning niet nodig hebben, aangezien zij op wettige wijze actief zijn in hun land van vestiging. Zo ook bij Nederlandse bureau's, waarvoor de vergunningsplicht werd afgeschaft. Inmiddels hebben buitenlandse bureau's bepaalde modelovereenkomsten ontwikkeld die worden gebruikt om aan de erkenningsreglementering inzake arbeidsbemiddeling onderuit te komen. In deze

²⁸⁸ De Inspectie Werkgelegenheid voert ook controle uit op tewerkstellingsprogramma's, werkgelegenheidsmaatregelen, projecten in het kader van het Europees Sociaal Fonds en Communautaire Initiatieven, het gebruik van talen in sociale betrekkingen, aanmoedigingspremies, het Herplaatsingsfonds en het geheel van subsidiemaatregelen met betrekking tot de werkgelegenheid.

contracten wordt ervoor gezorgd dat niet kan worden afgeleid dat aan een gewestelijke erkenning onderworpen activiteiten worden uitgeoefend. Op de eerste plaats proberen de regionale inspectiediensten te adviseren en informeren over de toepasselijke wetgeving en de betrokken ondernemingen de kans te geven zich te conformeren aan de erkenningsreglementering. Daarenboven wordt de erkenningsreglementering inzake private arbeidsbemiddeling zo ruim mogelijk geïnterpreteerd teneinde een brede waaier van bemiddelaars in het toepassingsgebied te kunnen opnemen.

Binnen I.S.W. is er weinig ervaring met de erkenning van uitzendkantoren en meestal is dit koffiedik kijken voor de I.S.W.-controleurs. Het komt er dus op neer dat sporadisch een dossier wordt doorgestuurd naar de controlediensten van de Vlaamse Gemeenschap. Door de inspectiediensten van de Vlaamse Gemeenschap wordt daarop verder gebouwd. Indien de buitenlandse onderneming bereid is te regulariseren, zal I.S.W. meestal geen punt van maken van de niet-erkenning en wordt de afhandeling daarvan aan de bevoegde diensten van de Vlaamse Gemeenschap gelaten. De niet-erkenning wordt wel gebruikt als element om op regularisatie aan te sturen, vergelijkbaar met hoe men de registratie als aannemer aanwendt als één van de instrumenten op druk uit te oefenen op buitenlandse ondernemingen.

Naast de voorwaarde om over een erkenning te beschikken om aan private arbeidsbemiddeling te doen, worden bij I.S.W. weinig klachten over uitzendarbeid ontvangen en wordt er in de praktijk zelden op de voorwaarden voor uitzendarbeid uit de Uitzendarbeidswet gecontroleerd. Deze controles blijken voornamelijk klachtgericht te gebeuren. Hierbij moet noodzakelijkerwijs de vraag gesteld worden of de huidige wettelijke beperkingen op de uitzendarbeid nog in hun geheel moeten gehandhaafd worden, waar zij in de praktijk toch niet worden toegepast noch gesanctioneerd. Ook indien het om buitenlandse werknemers gaat die door een in Vlaanderen erkend uitzendkantoor worden uitgezonden, zal in de praktijk zelden op naleving van de Uitzendarbeidswet worden gecontroleerd. Hetzelfde geldt voor de beperkende regeling die werd ingesteld met betrekking tot uitzendarbeid in de bouw. In de praktijk is dit fenomeen zo zeldzaam dat voor velen de huidige beperkingen onnodig zijn geworden.

TITEL VI: DE BIJZONDERE PROBLEMATIEK VAN DE (SCHIJN-)ZELFSTANDIGEN

Binnen de Europese Unie hebben dienstverrichters (natuurlijke en rechtspersonen) het recht om zich in een andere lidstaat te vestigen, wat neerkomt op de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst (“zelfstandige”) en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. Naast het recht van een eerste vestiging op het grondgebied van een andere lidstaat omvat het vestigingsrecht voor natuurlijke personen ook het recht om binnen de Gemeenschap meer dan één centrum van werkzaamheid in te richten en te behouden, waardoor dus een secundair vestigingsrecht wordt geïnstalleerd. Vennootschappen hebben echter niet het primaire recht hun zetel te verplaatsen. Vennootschappen die naar het recht van een lidstaat zijn opgericht hebben wel het secundair vestigingsrecht om agentschappen, filialen en dochterondernemingen op te richten in andere lidstaten. Onder het vrij verkeer van diensten hebben bedoelde natuurlijke en rechtspersonen het recht om hun activiteiten tijdelijk uit te oefenen in een andere lidstaat dan deze waar zij gevestigd zijn, zonder dat zij daarom een tweede centrum van werkzaamheden houden. Het vrij verkeer van diensten onderscheidt zich van het recht op vestiging door het tijdelijk en occasioneel karakter van de activiteiten.

Hier zal niet de volledige problematiek die zich voordoet in het kader van het recht op vestiging en het vrij verkeer van diensten worden toegelicht, maar zal de focus liggen op hetgeen uit de bevraging als meest problematisch naar voor is gekomen, zijnde het toenemend beroep op het recht op vestiging en het vrij verkeer van diensten in grensoverschrijdende tewerkstelling vanuit de op 1 mei 2004 tot de EU toegetreden Centraal- en Oost-Europese landen. Het gaat daarbij om in deze lidstaten gevestigde natuurlijke of rechtspersonen die gebruik maken van hun secundair vestigingsrecht of de vrijheid van dienstverrichting om permanenten of tijdelijke / occasionele activiteiten te ontplooiën op Belgisch grondgebied, maar ook om Belgische natuurlijke en rechtspersonen die zich in de nieuwe lidstaten vestigen om van daaruit gebruik te maken van het vrij verkeer van diensten. Uit de praktijk blijkt dat de activiteiten van buitenlandse zelfstandigen op de Belgische markt de inspectiediensten met problemen confronteren waar zij vaak geen adequate aanpak kunnen voor vinden.

Een aantal specifieke **juridische constructies waarin Belgische en/of buitenlandse ondernemingen** zijn betrokken zijn zeer problematisch. Het voorbeeld van Polen wordt gebruikt ter illustratie, voornamelijk omdat dit land een centrale rol speelt bij het optreden van het fenomeen. Vooreerst gaat het om in België gevestigde vennootschappen, meestal BVBA's of CVBA's opgericht door een Belgische spilfiguur met Poolse aandeelhouders²⁸⁹ met één aandeel die zichzelf als werkende vennoten²⁹⁰ naar België detacheren en in het bezit zijn van een E101 uitgegeven door de Poolse socialezekerheidsinstellingen²⁹¹. Een variant hiervan is de naar Belgisch recht opgerichte vennootschap met enkel Poolse werkende vennoten, zonder tussenkomst van een Belgische spilfiguur. Een derde vorm is de constructie waarbij wordt gewerkt met tussenfacturerende firma's (patrimoniumvennootschappen of kasgeldvennootschappen) om het spoor naar de werkelijke werkgever wazig te maken. Het gaat hier om naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen die factureren naar een Belgische opdrachtgever via een tussenfacturerende firma, waarbij de werken zelf worden verricht door andere Belgische vennootschappen met opnieuw uitsluitend Poolse

²⁸⁹ Volgend voorbeeld geeft aan hoe lucratief dergelijke constructie kan zijn. De Belg richt een firma op in België. Hij zoekt iemand die Pools spreekt en die naar Polen gaat om mensen te contacteren om deze aan te bieden in België. Aan klanten wordt voor werken uitgevoerd door de Polen 24 € gefactureerd. Zij werken 40 u per week. Per maand komt dat neer op 4156 € inkomsten per Poolse medewerker ($40 \times 4,33$ (voor maandloon) = 173 uren * 24 € = 4156 € inkomsten per Poolse medewerker). De Poolse medewerker worden vennoten. Zij krijgen 1200 € per maand betaald, plus een appartement voor 200 EUR pp. De Belgische spilfiguur betaalt hun sociale bijdragen als zelfstandige aan ongeveer 400 € per kwartaal. De "vennoten" kosten de Belg 1800 € ($1200 + 200 + 400$) per maand, maar brengen dus 2.356 € per medewerker op (Inkomsten 4156 € - Kosten 1800 = 2356 € winst per medewerker). Werkt men met 15 Poolse vennoten, dan resulteert de constructie in 35.340 € winst per maand ($15 \times 2356 = 35340$ €).

²⁹⁰ Een werkende vennoot is een vennoot die in een vennootschap een activiteit uitoefent om het kapitaal dat gedeeltelijk het zijne is te doen renderen. Die activiteit kan het kenmerk van een zaakvoering of van een beheer bezitten. Dit hoeft echter niet noodzakelijk het geval te zijn en de werkende vennoot hoeft niet noodzakelijk bestuurshandelingen te stellen. Vanaf 1 januari 1997 heeft de wetgever het fiscaal begrip "werkende vennoot" geschrapt en vervangen door de term "bedrijfsleider".

²⁹¹ In Brussel wordt dit als een wijd verspreid en structureel probleem beschouwd met voornamelijk Polen en Portugezen die in Brussel een vennootschap oprichten. Nadat het bedrijf in België is opgericht, laten zij een aantal "werkende vennoten" overkomen uit Polen die meestal elk 1 of 2 aandelen hebben in de vennootschap. De betrokken "Portugezen" hebben vaak de Braziliaanse nationaliteit en verblijven illegaal op het Belgische grondgebied. Reeds in 1999-2000 werden dergelijke "Portugezen-Brazilianen" aangetroffen die onder een zeer goed georganiseerd circuit naar België komen werken, waarbij de grens met mensenhandel zeer dun is. De illegale Brazilianen worden gerepatriëerd, maar worden razendsnel vervangen door nieuwe Braziliaanse werkrachten. Midden 2006 werden een aantal Portugezen en Brazilianen door de Brusselse politie gearresteerd omdat zij ervan verdacht werden kopstukken te zijn in dit circuit. Maar op het terrein blijkt dat hun plaats al even snel werd ingenomen door nieuwe spilfiguren. Zo blijft het vaak "dweilen met de kraan open" bij de bestrijding van dit specifiek fenomeen.

meewerkende vennoten. Bij controles werd vastgesteld dat de opdrachtgever ongeveer 19 € per uur betaalt aan de tussenfacturerende firma en deze laatste betaalt 8 € per uur aan de Poolse firma. De Poolse vennoten verdienen dan ongeveer 5 EUR per uur, indien men de sociale bijdragen in België er dan nog van aftrekt. De R.S.Z. kan niet optreden tegen de tussenfacturerende vennootschappen omdat daar geen werknemers aanwezig zijn. In dergelijke constructie blijken de enige uitwegen voor de inspectiediensten te liggen bij de herkwalificatie van het sociaal statuut van de Poolse zelfstandigen en daarbij het aantonen van een verboden terbeschikkingstelling, maar zoals gekend is het bewijs in beide domeinen bijzonder problematisch. Tenslotte wordt men geconfronteerd met op het Belgische grondgebied actieve ondernemingen, zonder betrokkenheid van Belgische vennootschappen. Het gaat hier dan bijvoorbeeld om een Poolse firma die zelf een aannemingsovereenkomst afsluit met een Belgische opdrachtgever en werknemers naar België detacheert met een E101 die door de Poolse socialezekerheidsinstellingen werd afgegeven. Deze situatie werd hierboven reeds ten gronde besproken. In toenemende mate wordt vastgesteld dat ook Belgen en andere onderdanen van de oude EU-lidstaten vennootschappen naar Pools recht oprichten om op die manier diensten te verrichten op Belgisch grondgebied. Tenslotte zijn er de Poolse éénmanszaken, waarbij de Poolse zelfstandige hier met een E101 als zelfstandige komt werken.

Een wel zeer bijzondere vorm van fraudeconstructie waarbij de Belgische regelgeving ogenschijnlijk wordt nageleefd is deze waarbij weliswaar sociale bijdragen worden betaald, maar geen activiteiten worden verricht op Belgisch grondgebied. In dergelijke constructie wordt een Belgische vennootschap opgericht, werknemers gerekruteerd en R.S.Z.-nummers aangevraagd. De aangeworven werknemers werken echter altijd in het buitenland. Zij werken bijvoorbeeld voortdurend voor Duitse klanten, maar de sociale bijdragen worden altijd in België betaald. Dergelijke situatie blijft voortduren tot men er in België achter komt dat de betrokken firma helemaal geen activiteiten heeft in België. Bijgevolg worden de RSZ-nummers geschrapt en worden de onverschuldigde bijdragen terugbetaald aan de betrokken werkgever, waarna deze met de noorderzon verdwijnt. Zijn werknemers krijgen van daarna van alle instellingen facturen toegestuurd dat ze alle verleende socialezekerheidsprestaties moeten terugbetalen (vakantiegeld, medische zorgen, etc ...). Duitsland was in dit geval het bevoegde land en daar zijn de sociale bijdragen verschuldigd, maar de betrokken werkgever is niet meer op te sporen om de in Duitsland verschuldigde bijdragen te betalen. Dit is, in tegenstelling tot klassiek zwartwerk waar de werknemers zelf betrokken zijn bij de fraudeconstructie, een vorm van bijdragefraude waarbij buiten het medeweten van de werknemers kan worden gewerkt en tweemaal kan worden verdiend. Eén keer door de economische activiteit en een tweede keer door de terugbetaling van de bijdragen door de Belgische R.S.Z. Dergelijke constructie maakt enerzijds gebruik van de aanwijzingsregels inzake toepasselijke socialezekerheidswetgeving in Verordening 1408/71 en anderzijds van de Belgische administratieve praktijk om sociale bijdragen relatief gemakkelijk terug te betalen. Op heden wordt in dergelijke gevallen elke werknemer aangeschreven door de R.S.Z., waardoor de bijdragen niet meer onverschuldigd worden en men kan kijken waar ze moesten betaald worden. Zo worden de in België betaalde bijdragen gelegaliseerd.

VI.1 GEDETACHEERDE ZELFSTANDIGEN

Wanneer een binnen de EER gevestigde zelfstandige gedurende korte tijd diensten komt verrichten in België, kan hij dit eveneens overeenkomstig artikel 14bis,1 van Verordening 1408/71 doen met behoud van de toepassing van de socialezekerheidswetgeving van de lidstaat waar hij gewoonlijk “werkzaamheden anders dan in loondienst” uitoefent, mits de te

verwachten duur van de arbeid niet meer dan 12 maanden bedraagt. De “arbeid” die hij verricht kan zowel werkzaamheden als zelfstandige als werkzaamheden als werknemers betreffen. Ook hier kan de termijn met nog eens 12 maanden worden verlengd. Ook bij zelfstandigen is het E101-formulier het gebruikte detachingsbewijs. Om na te gaan of een zelfstandige die van plan is voor een bepaalde periode als werknemer of zelfstandige te gaan werken in een andere lidstaat dan deze waar hij gewoonlijk zijn zelfstandige activiteiten verricht, nog aangesloten kan blijven bij het socialezekerheidsstelsel van dat laatste land, werden in het arrest Banks²⁹² andere criteria door het Hof ontwikkeld dan in het geval van de detachering van werknemers. Op de eerste plaats moet de zelfstandige, alvorens naar het buitenland te gaan, gedurende een zekere tijd “activiteiten van betekenis”²⁹³ verricht in de lidstaat waar hij gevestigd is. Bovendien is het vereist dat hij, tijdens de uitvoering van zijn tijdelijke werkzaamheden, in zijn uitzendland aan de voorwaarden blijft voldoen om bij zijn terugkeer zijn werk als zelfstandige te kunnen voortzetten. Louter indicatief werd door de rechtspraak gewezen op het aanhouden van een kantoor of andere infrastructuur, het doorbetalen van socialezekerheidsbijdragen, het betalen van belastingen, het behoud van zijn BTW-nummer, het ingeschreven blijven bij de beroepsvereniging en / of de Kamer van Koophandel, enz ... Gelet op de vele in aanmerking komende beroepen zijn er natuurlijk zeer uiteenlopende criteria mogelijk, of in bepaalde gevallen zelfs helemaal geen criteria. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval bij IT'ers of vertalers, waarbij elk geval dus afzonderlijk moet worden beoordeeld, zonder al te rigide te zijn. Tenslotte moet hij de aard kunnen aantonen van de werkzaamheden die hij tijdelijk in de lidstaat van bestemming zal uitvoeren.

In dit arrest heeft Hof van Justitie duidelijk gemaakt dat iemand die zelfstandige is in zijn uitzendland, zich kan detacheren naar een andere lidstaat en daarbij niet moet voldoen aan de voorwaarden voor zelfstandigheid in de lidstaat van bestemming. Dit betekent dat er, bij bepaalde detacheringen van zelfstandigen, naar Belgisch recht weliswaar vraagtekens kunnen geplaatst worden bij het sociaal statuut van de buitenlandse zelfstandige en deze in België zelfs onomstotelijk een schijnzelfstandige kan zijn, maar dat dit geen afbreuk kan doen aan het in de E101 vastgestelde statuut. Ook hier geldt dat, door de aan de E101 verbonden juridische waarde, de lidstaat van bestemming de inhoud van het detachingsformulier niet kan in twijfel trekken zolang deze niet werd ingetrokken door de bevoegde instelling van de lidstaat waar de zelfstandige gewoonlijk zijn werkzaamheden uitoefent. Bij aanwezigheid van een E101 moeten de inspectiediensten het erin verklaarde sociaal statuut zonder meer aanvaarden²⁹⁴. Vele Polen werken in België als zelfstandigen terwijl ze in realiteit in

²⁹² H.v.J. 30 maart 2000, nr. C-178/97 (Banks), *Jur. H.v.J.* 2000, 2005.

²⁹³ Om na te gaan of de uitzendende onderneming daar activiteiten van betekenis verricht, moet het bevoegde orgaan van die lidstaat alle criteria onderzoeken die de activiteiten van die onderneming kenmerken, zoals de plaats waar de zetel van de onderneming is gevestigd en waar zij haar hoofdkantoor heeft, het aantal administratieve personeelsleden dat in de lidstaat van vestiging respectievelijk de andere lidstaat werkzaam is, de plaats waar de gedetacheerde werknemers worden aangeworven en de plaats waar het merendeel van de contracten met de klanten wordt gesloten, de wetgeving die op de contracten van de onderneming met haar werknemers enerzijds en op de contracten met haar klanten anderzijds van toepassing is, alsook de omzet die gedurende een voldoende representatieve periode in elk van de betrokken lidstaten is behaald. Deze lijst is uiteraard niet uitputtend en de keuze van de criteria moet aangepast worden aan elk specifiek geval, rekening houdend met de werkelijke aard van de activiteiten van de onderneming in haar land van vestiging. Cf. H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883. De ‘Praktische gids voor detachering’ houdt nadere bepalingen in en omschrijft “activiteiten van betekenis” als voorafgaande aan de detachering in het uitzendland economisch actief zijn gedurende minstens 4 maanden en er 25 % van de omzet realiseren. Indien hieraan niet is voldaan, moet de situatie verder onderzocht worden.

²⁹⁴ Ten onrechte besliste de Antwerpse Arbeidsrechtbank: “Voor de toepassing van de detachingsregel in art. 14bis van Verordening 1408/71 is niet vereist dat de E.G.-onderdanen in het land van herkomst vóór hun detachering een zelfstandige activiteit uitoefenden. De E101-formulieren uitgereikt door het Britse Departement

ondergeschikt verband werken. Deze mensen komen naar België met een E101 als zelfstandige in Polen, waardoor ze ook in België als zelfstandige moeten worden erkend. Maar bij controles kan men zeer vaak vaststellen dat er een gezagsverhouding bestaat tussen de buitenlandse zelfstandige en zijn Belgische “klant”. Dit is geen fraude, maar één van de logische gevolgen van de coördinatie van socialezekerheidsstelsels binnen een interne markt. Er is daarentegen wel detachingsfraude wanneer de betrokken persoon volgens de wetgeving van het uitzendland geen zelfstandige kan zijn. Dit zijn de enige gevallen van echte “Europees-sociaalrechtelijke schijnzelfstandigheid”. Andere schijnzelfstandigen uit andere lidstaten zijn een zuiver intern probleem.

Hier moet worden opgemerkt dat de detachering van zelfstandigen veel minder voorkomt dan het detacheren van werknemers. Meestal gaat het bij zelfstandigen om een simultane tewerkstelling, zoals wanneer een Franse loodgieter die een vennootschap heeft in Frankrijk en ook in België werkzaamheden verricht. Daarvoor is ook een E101 nodig, maar met toepassing van artikel 14 bis, 2 in plaats van artikel 14 bis, 1, a van Verordening 1408/71. De zelfstandige heeft meestal een vennootschap in zijn lidstaat van vestiging en als hij in een andere land gaat werken is dat een simultane tewerkstelling en geen zuivere detachering. In het kader van simultane tewerkstelling heeft zich in de grensstreken met Nederland een reeds klassiek geworden fraudescenario ontwikkeld met bedrijfsleiders. Het gaat dan om een personen die werkzaam zijn in de grensstreek tussen België en Nederland en als aandeelhouders loontrekkende zijn in Nederland, maar beweren ook geregeld wat “denkwerk” te verrichten in hun woonland België. Daarom sluiten zij zich, als bedrijfsleider, aan als zelfstandige in bijberoep bij een sociaal verzekeringsfonds in België. Zij vragen dan op basis van hun aansluiting in België een E101 als zelfstandige aan om zich te detacheren naar Nederland teneinde daar aan de premieheffing te kunnen ontsnappen. Maar aangezien geen bewijs kan worden geleverd van substantiële activiteiten in België, laat de R.S.V.Z. de aansluiting schrappen.

In de **nieuwe bepalingen van Verordening 883/2004**²⁹⁵ zijn weinig veranderingen te melden, waar de nieuwe bepaling voor de detachering van zelfstandigen inhoudt dat “op degene die in een lidstaat werkzaamheden anders dan in loondienst pleegt te verrichten en werkzaamheden van gelijke aard in een andere lidstaat gaat verrichten, de wetgeving van eerstbedoelde lidstaat van toepassing blijft, mits de te verwachten duur van die werkzaamheden niet meer dan vierentwintig maanden bedraagt. Net zoals bij de detachering van werknemers, werd de detachingsperiode op 24 maanden gezet zonder verlengingsmogelijkheden. Nieuw is wel dat de gedetacheerde zelfstandige wordt geacht “werkzaamheden van gelijke aard” te verrichten in de lidstaat van bestemming. Voor de toepassing ervan geldt – overeenkomstig het hangende voorstel voor een nieuwe Implementatieverordening²⁹⁶ – om te bepalen of de

of Health and Social Security inzake de detachering van zelfstandigen, 'self-employed persons', zijn als zodanig terzake bewijskrachtige en geldige documenten, tenzij de belanghebbende, in casu de R.S.Z., op grond van precieze feiten de arbeid in ondergeschiktheid bewijst. Waar de Arbeidsrechtbank correct tot het besluit kwam dat de inhoud van de Britse E101 niet kan betwist op basis van de vaststelling dat de betrokken zelfstandigen in het Verenigd Koninkrijk geen zelfstandige activiteit hadden uitgeoefend, besliste zij ten onrechte dat de R.S.Z. op grond van precieze feiten het sociaal statuut van de betrokken zelfstandigen kan betwisten. Dit vonnis dateert weliswaar van voor het arrest Banks van het Hof van Justitie. Cf. Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 24 oktober 1997, *R.W.* 1998-99, 1422.

²⁹⁵ Verordening 883/2004/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *P.B.* L 166/1 van 30 april 2004.

²⁹⁶ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening 883/2004/EG betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, COM(2006) 16 def.

werkzaamheden van gelijke aard zijn als de normaliter anders dan in loondienst verrichte werkzaamheden, als criterium de werkelijke aard van de werkzaamheden en niet het feit of deze werkzaamheden eventueel door deze andere lidstaat als werkzaamheden in loondienst of anders dan in loondienst worden betiteld. Hier zullen ongetwijfeld interpretatieproblemen ontstaan rond welke werkzaamheden precies “van gelijke aard” zijn en welke niet. Het lijkt voor de hand te liggen dat een Poolse zelfstandige meubelmaker zich niet kan detacheren om in de Belgische bouwsector te werken, maar wat met een Poolse zelfstandige bouwvakker de schilderwerken komt verrichten in België? Wat de simultane tewerkstelling betreft, voorzien de nieuwe bepalingen dat op degene die in twee of meer lidstaten werkzaamheden anders dan in loondienst pleegt te verrichten, de wetgeving van toepassing is van de lidstaat waar hij woont, indien hij aldaar een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht. Een zelfstandige verricht volgens het voorstel voor de Implementatieverordening een ‘substantieel gedeelte van de werkzaamheden’ in een lidstaat wanneer een kwantitatief belangrijk deel van alle werkzaamheden daar wordt verricht, zonder dat het daarbij noodzakelijk om het grootste deel van deze werkzaamheden hoeft te gaan. Het deel van de in een lidstaat verrichte werkzaamheden kan in geen geval als substantieel worden aangemerkt wanneer dat qua omzet, arbeidstijd of salaris dan wel inkomsten uit arbeid minder is dan 25 % van alle “door de werknemer” verrichte werkzaamheden. Voor zelfstandigen geldt deze laatste bepaling, behoudens mogelijke vergissingen in het voorstel, blijkbaar niet. Indien de zelfstandige niet woont in één van de lidstaten waar hij een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht, is de wetgeving van toepassing van de lidstaat waar zich het centrum van belangen van zijn werkzaamheden bevindt. Bij de bepaling van het ‘centrum van belangen’ van de werkzaamheden van een zelfstandige wordt voorgesteld om rekening te houden met alle elementen waaruit zijn beroepswerkzaamheden bestaan, met name de vaste en blijvende plaats van waaruit de belanghebbende zijn werkzaamheden uitoefent, de gebruikelijke aard of de duur van de uitgeoefende werkzaamheden, de lidstaat waar de betrokkene aan belasting op al zijn inkomsten onderworpen is, ongeacht de bron, alsmede de wens van de betrokkene zoals die uit alle omstandigheden blijkt.

VI.2 VESTIGING IN BELGIË

E.E.R.-onderdanen kunnen zich als zelfstandige in België vestigen²⁹⁷ en hier op permanente wijze aan het economisch leven deelnemen. Dit geldt ook voor onderdanen uit de nieuwe Centraal- en Oost-Europese lidstaten. Zij kunnen dit ten andere sinds het begin van jaren 1990, sinds de afsluiting van de Europa-akkoorden of PECO-akkoorden met de landen die op 1 mei 2004 zijn toetreden (plus Bulgarije en Roemenië). Door deze akkoorden werden de uit deze landen afkomstige zelfstandigen reeds vrijgesteld van de verplichting over een beroepskaart voor buitenlandse zelfstandigen te beschikken. Een zelfstandige uit de PECO-landen had, om zich in België als zelfstandige te vestigen, een PECO-attest nodig, dat men pro forma aan het Ministerie van Middenstand moest vragen als onderdaan van een PECO-land. Door deze praktijk kon men op eenvoudig verzoek een PECO-attest verkrijgen, onafhankelijk van de vraag of men zich hier als zelfstandige kon vestigen, bijvoorbeeld in het kader van de regels inzake gereguleerde beroepen. Dit is een beginpunt geweest voor de grensoverschrijdende tewerkstelling uit de nieuw toetreden lidstaten. Sinds de toetreding

²⁹⁷ Daarbij moet uiteraard aan de algemene en bijzondere startvoorwaarden voor ondernemen in België worden voldaan, zoals aan de regels inzake toegang tot het beroep, de vereiste inzake leeftijd en burgerrechten, inschrijving in het ondernemingsloket, formaliteiten voor vennootschappen (oprichtingsakte, registratie, neerlegging, inschrijving als handelsonderneming), BTW-identificatie, aansluiting bij een sociaal verzekeringsfonds en aansluiting bij een ziekenfonds, bewijzen van beroepskennis en diverse vergunningen (vb. registratie van aannemers).

van de nieuwe lidstaten in mei 2004 zijn de Europa-overeenkomsten vervallen en kan ten volle gebruik worden gemaakt van het recht op vestiging en het recht op vrije dienstverlening. Wanneer twijfels rijzen over het sociaal statuut van buitenlandse zelfstandigen die zich in België vestigen, worden de inspectiediensten met dezelfde vragen en moeilijkheden geconfronteerd als deze die zich voordoen met binnenlandse schijnzelfstandigen. Dit voor de Belgische overheid bijzonder heikel punt manifesteert zich met andere woorden op dezelfde wijze voor Belgische en buitenlandse zelfstandigen. In deze kan men dus niet spreken van “de problemen met buitenlandse schijnzelfstandigen”, aangezien het daar eenvoudig over een transpositie van een puur intern Belgisch probleem gaat. Dit probleem kan voornamelijk worden toegeschreven aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de kwalificatie van arbeidsverhoudingen en de onmacht van de Belgische wetgever om in deze materie een oplossing te brengen.

Wanneer de R.S.Z. van mening is dat iemand ten onrechte het statuut van zelfstandige heeft aangenomen, kan deze ambtshalve overgaan tot onderwerping van de betrokkene aan het systeem voor werknemers. Dit heeft uiteraard verstrekkende, voornamelijk financiële gevolgen voor de partij die als werkgever wordt beschouwd. De overeenkomst wordt van bij haar aanvang geacht een arbeidsovereenkomst te zijn geweest, met alle gevolgen vanden inzake loonvorderingen, vakantiegeldvorderingen, verbrekingsvergoedingen. Maar de belangrijkste en duurste consequentie ligt natuurlijk op het vlak van de sociale zekerheid, aangezien de werkgever alle verschuldigde werkgevers- en werknemersbijdragen zal moeten betalen aan de R.S.Z., eventueel vermeerderd met bijdrageopslagen van 10 % en interesten van 7 %. Op fiscaal vlak zal bedrijfsvoorheffing moeten worden betaald op de ontvangen vergoedingen. Indien de vermeende werkgever zich daarmee niet kan verzoenen zal uiteindelijk de rechter een oordeel moeten vellen over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de betrokken partijen. Voor 2002 was de meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer het erover eens dat de feitelijke omstandigheden bij de uitvoering van een overeenkomst belangrijker waren dan de kwalificatie²⁹⁸ die aan de overeenkomst werd gegeven door de partijen²⁹⁹. Deze visie kon ook teruggevonden worden in verschillende arresten van het Hof van Cassatie³⁰⁰. Anders gezegd was het de taak van de rechter om de reële arbeidsverhouding uit de feiten te achterhalen, waarbij de kwalificatie van de partijen slechts een in overweging te nemen element was. Met het arrest van 23 december 2002³⁰¹ gaf het Hof van Cassatie echter het startschot voor een reeks arresten die inmiddels als de “**kwalificatiearresten**”³⁰² geboekstaafd staan. In deze arresten gooit het Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak om en geeft een veel prominentere rol aan de kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst hebben gegeven. De rechter die voortaan over een herkwalificatie moet oordelen, moet de kwalificatie van de partijen steeds als uitgangspunt nemen en mag maar tot herkwalificatie van de overeenkomst overgaan “indien de aan hem voorgelegde gegevens de kwalificatie door de partijen uitsluiten” (Franse kamer HvC) of “de aan hem voorgelegde

²⁹⁸ “Kwalificatie van een overeenkomst” bestaat erin de juridische categorie te bepalen waartoe de overeenkomst behoort, om daaraan de door de wet bepaalde gevolgen te kunnen verbinden. Er is sprake van “rechtstreekse kwalificatie indien de partijen een benaming geven aan hun overeenkomst. “Onrechtstreeks kwalificatie” kan gebeuren door het invoegen van bedingen die typisch zijn voor een bepaalde soort overeenkomst of door zicht te gedragen volgens de formaliteiten die dat soort overeenkomsten kenmerken. VAN EECKHOUTTE, W., “Gezag in de cassatierechtspraak. Een kwestie van bewijs, interpretatie en kwalificatie”, *N.J.W.* 2005, nr. 95, 5.

²⁹⁹ VAN EECKHOUTTE, W., “Gezag in de cassatierechtspraak. Een kwestie van bewijs, interpretatie en kwalificatie”, *N.J.W.* 2005, nr. 95, 3-6.

³⁰⁰ Cf. Cass. 19 maart 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 830 en Cass. 3 maart 1997, *Arr. Cass.* 1997, 441.

³⁰¹ Cass., 23 december 2002, *J.T.T.* 2003, 271.

³⁰² De andere kwalificatiearresten zijn Cass., 28 april 2003, *J.T.T.* 2003, 261; Cass., 8 december 2003, *J.T.T.* 2004, 122; Cass., 3 mei 2004, *N.J.W.* 2005, 18 en Cass., 6 december 2004, *N.J.W.* 2005, 21.

feitelijke gegevens onverenigbaar zijn met de kwalificatie door de partijen” (Nederlandse kamer HvC). De kwalificatie waarmee de rechter moet rekening houden kan zowel een rechtstreekse als een onrechtstreekse kwalificatie zijn. Centraal in deze redenering van het Hof staat de bindende kracht van de overeenkomst, zoals deze wordt omschreven in artikel 1134 B.W., die door de rechter moet worden gerespecteerd. De zware bewijslast om aan te tonen dat de feitelijke gegevens onverenigbaar zijn met de kwalificatie door de partijen ligt bij diegene die de kwalificatie wil betwisten. In veel gevallen zal dat de schijnzelfstandige zelf (bvb. om na een arbeidsongeval beroep te kunnen doen op de arbeidsongevallenverzekering voor werknemers) of de R.S.Z. (bvb. na een klacht of controle door de inspectiediensten) zijn. Deze mogen zich niet beperken tot het bewijs dat een arbeidsovereenkomst aannemelijk is, maar zijn verplicht aan te tonen dat de feiten erop wijzen dat een overeenkomst voor zelfstandige samenwerking of een aannemingsovereenkomst uitgesloten is. Het aantonen van economische afhankelijkheid tussen de twee partijen is daarvoor uiteraard niet voldoende. Uiteraard zal het bewijs van een gezagsverhouding een zelfstandigenovereenkomst uitsluiten. Tussen partijen zal deze gezagsverhouding enkel kunnen bewezen worden met toepassing van bewijsbeperkingen opgenomen in Artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet jo. Artikel 1341 B.W., aangezien de gezagsverhouding voor de partijen is een wezenlijk element van de arbeidsovereenkomst als het contractuele recht op gezagsuitoefening. Tussen partijen kan de gezagsverhouding dus niet als een rechtsfeit bekeken worden. Aangezien dit voor de R.S.Z. als derde partij wel het geval is, is deze niet door bewijsbeperkingen gelimiteerd en kan deze door alle bewijsmiddelen, vermoedens en getuigen inbegrepen, het bewijs leveren³⁰³. De indicatiemethode zal nog een rol spelen als instrument om met een zelfstandigenovereenkomst onverenigbare elementen te vinden. Gelet op de kwalificatiearresten, zullen vooral de indicatiën die verband houden met de gezagsuitoefening nog een zeer belangrijke rol spelen en zullen de elementen die eerder gestoeld zijn op economische afhankelijkheid een kleiner gewicht krijgen³⁰⁴.

De **kwalificatiearresten** hebben de inspectiediensten ontmoedigd om nog onderzoek te verrichten naar schijnzelfstandigheid. In een paar recente dossiers bij het R.S.V.Z. heeft men aan de hand van een doelgerichte en intensieve bevraging van de betrokken zelfstandigen geprobeerd zoveel mogelijk elementen te vinden om de kwalificatie in twijfel te trekken. Deze dossiers zijn in de arbeidsrechtbank op basis van de kwalificatietheorie ten nadele van het R.S.V.Z. beslecht en zullen nu in hoger beroep worden behandeld. Men kan momenteel niet anders dan besluiten dat de meeste inspectiediensten vrij machteloos staan tegenover het fenomeen van de schijnzelfstandigheid. Bovendien is het zo dat, indien men het statuut van een buitenlandse zelfstandige daadwerkelijk kan wijzigen, vaak het enige resultaat is dat de betrokken persoon volledig in de illegaliteit verdwijnt aangezien het zelfstandigenstatuut, bekeken als een “**reststatuut** voor iedereen die geen loontrekkende is”, vaak het enige is waar zij een beroep op (willen) doen. Indien ze zich daarin verhinderd worden, vallen ze buiten elke beschermingsregeling en is het perverse resultaat van de controle-inspanningen dat deze mensen dan volledig in het zwart beginnen te werken en zonder sociale bescherming achterblijven. Er wordt in de praktijk de voorkeur gegeven aan een inschrijving als zelfstandige, zodat er tenminste “iets” wordt betaald. Tenslotte moet hierbij worden opgemerkt dat de inspectiediensten van het R.S.V.Z. niet de mogelijkheid hebben om een merkbare invloed uit te oefenen, aangezien deze maar heel zelden spontane controles verrichten. Deze inspectie wordt meestal uitgestuurd wanneer zij een klacht krijgt van een

³⁰³ RAUWS, W., “De kwalificatie van de (arbeids-)overeenkomst, *J.T.T.* 2006, Afl. 940, 93-101.

³⁰⁴ VAN EECKHOUTTE, W., “Gezag in de cassatierechtspraak. Een kwestie van bewijs, interpretatie en kwalificatie”, *N.J.W.* 2005, nr. 95, 17.

sociale verzekeringskas of als de FOD Financiën doorgeeft dat bepaalde inkomsten werden aangegeven door een zelfstandige waarvoor geen aansluiting bestaat bij de R.S.V.Z.

In mei 2006 werd de Ministerraad het eens over een wetsontwerp³⁰⁵ dat het fenomeen van de schijnzelfstandigheid zou moeten aanpakken. Het uitgangspunt van het wetsontwerp is, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat partijen vrij de aard van hun arbeidsrelatie kunnen kiezen. Naast de vrije wil van de partijen zoals deze in de schriftelijke overeenkomst wordt uitgedrukt, worden nog drie andere algemene juridische criteria naar voor geschoven: de vrijheid om de arbeidstijd te regelen, de vrijheid om het werk te organiseren en de mogelijkheid tot hiërarchische controle. Bij toepassing van de kwalificatierechtspraak van het Hof van Cassatie acht de wetgever deze drie elementen dus de meest doorslaggevende om een zelfstandigenovereenkomst uit te sluiten. Arbeidstijd, werkorganisatie en controle zijn de juridische feiten die de wetgever naar voor wil schuiven om een gezagsverhouding aan te tonen. De algemene criteria zijn in alle sectoren van toepassing, de partners kunnen daarvan niet afwijken via sectoraal overleg. Er zullen eveneens socio-economische criteria worden opgesteld die de verschillende sectoren in staat moeten stellen de kwalificatieregels aan hun specifiek noden aan te passen. Er zal bovendien een rullingcommissie worden ingesteld die op de eerste plaats in een normatieve kamer zal onderzoeken of er in een bepaalde sector of een bepaald beroep een probleem van schijnzelfstandigheid bestaat. Indien dat het geval is, moeten de sectoren sociaal-economische criteria voorstellen om te bepalen of iemand een werknemer of een zelfstandige is. De rullingcommissie maakt hiervan een verslag en doet een voorstel aan de bevoegde ministers. Op de tweede plaats zal een administratieve kamer in een concreet geval een bindend advies kunnen verlenen. Indien partijen duidelijkheid willen verkrijgen over een contract, zal de commissie oordelen of het moet beschouwd worden als een arbeidsovereenkomst of een zelfstandigenovereenkomst.

Eén van de grote voordelen om activiteiten als zelfstandige te ontplooien is uiteraard de niet-toepasselijkheid van de Belgische loons- en arbeidsvoorwaarden die enkel gelden voor werknemers. Ook het goedkopere socialezekerheidsstelsel en, desgevallend, betere fiscale stelsel voor zelfstandigen moedigen ook buitenlandse werkkrachten aan om het werknemersstelsel te ontlopen. Dit geldt natuurlijk zowel voor zich vestigende als dienstverrichtende buitenlandse zelfstandigen. Voor dienstverrichtende buitenlandse zelfstandigen is de Detacheringsrichtlijn uiteraard niet van toepassing. In combinatie met het behoud van het socialezekerheidsstelsel (als gedetacheerde zelfstandige) en het belastingsstelsel (volgens de 183-dagen regel) van de lidstaat van vestiging kan dit voor arbeidskrachten uit bepaalde lidstaten een zeer gunstige concurrentiepositie opleveren. Door de groeiende vertrouwde van buitenlandse ondernemingen met de bijzonderheden van het Belgische stelsel, passen zij hun wijze van markttoetreding zeer snel aan. Zo werd bij controles op een Belgische werf verschillende Poolse werknemers aangetroffen die door hun werkgever-onderaannemer naar België waren gedetacheerd. Na een eerste controle door I.S.W. verdween de Poolse firma van de werf. Enkele weken later werden dezelfde personen op een Belgische werf aangetroffen, waar zij dezelfde werkzaamheden verrichtten maar met een E101-formulier als zelfstandige in hun bezit. De tussenperiode van slechts enkele weken was een niet te negeren aanwijzing dat de detacheringsvoorwaarde dat de zelfstandigen “activiteiten van betekenis” moeten hebben in het land van oorsprong wellicht niet kon vervuld zijn. Dit geeft aan dat men de voordelen ontdekt van de statuutwijziging van werknemer naar zelfstandige, waardoor de meeste Belgische inspectiediensten relatief

305

machteloos staan. Bovendien wordt vastgesteld dat buitenlandse zelfstandigen vaak beter geïnformeerd zijn over de mogelijkheden van het Belgische stelsel van sociale bescherming dan Belgische zelfstandigen. Een voorbeeld hiervan is het feit dat veel buitenlandse zelfstandigen een beroep doen op de **vrijstelling voor de betaling van sociale bijdragen** door behoeftige zelfstandigen³⁰⁶ die kan verleend worden door de ‘Commissie voor de vrijstelling van betaling van sociale bijdragen’. Het is gebruikelijk dat zij ter argumentatie van hun onmogelijkheid bijdragen te betalen hun ascendenten en descendenten meebrengen waar zij zorg moeten voor dragen. Meestal krijgen zij ook deze vrijstelling. De bijdragen worden dan als betaald beschouwd, waardoor zij voor de betrokken periode weliswaar geen pensioenrechten opbouwen, maar zij voor de ziekte- en invaliditeitsverzekering en de kinderbijslag als ‘in regel’ worden beschouwd.

VI.3 ZELFSTANDIGEN IN POLEN: SELF-EMPLOYMENT EN DE BIJZONDERE “CIVIL LAW CONTRACTS”

Aangezien de Belgische inspectiediensten duidelijk meer en meer worden geconfronteerd met Poolse zelfstandigen die hun werkzaamheden in het kader van het vrij verrichten van diensten in België uitoefenen, is het van groot belang inzicht te krijgen in het juridisch kader voor zelfstandigen in Polen. Daarom wordt een overzicht gegeven van het bijzondere karakter van “self-employment” en zullen de verschillende toegelaten vormen van “zelfstandige samenwerking” alsook de sociaalrechtelijke verplichtingen van Poolse zelfstandigen worden toegelicht. Daarnaast wordt aandacht besteedt aan de mogelijkheid voor Poolse werknemers en zelfstandigen om hun activiteiten in het kader van een “civil law contract” te ontplooiën, voornamelijk omdat dergelijke samenwerkingsvorm kwalificatie- en interpretatieproblemen veroorzaakt bij de Belgische inspectiediensten, wanneer in het kader daarvan prestaties worden geleverd op Belgisch grondgebied.

In de Poolse wetgeving is nergens een definitie terug te vinden van het begrip “self-employment”, maar wordt algemeen aanvaard dat het gaat om het verrichten van prestaties voor één, of hoofdzakelijk één, opdrachtgever en dit in het kader van een economische activiteit die op onafhankelijke basis wordt verricht door diegene die de prestaties levert. Het fundamentele verschil met het leveren van prestaties in het kader van een arbeidsovereenkomst ligt in de verzwakking van de band tussen de betrokken samenwerkende partijen door de verandering in het ondergeschiktheidspatroon. Waar de mogelijkheid voor natuurlijke personen om zich te laten registreren als zelfstandige de laatste jaren aanzienlijk werd vereenvoudigd, zal deze regelgeving vanaf 1 januari 2007 zelfs nog verder worden gesimplificeerd om de start van een eigen zaak gemakkelijker te maken. Zelfstandigen kunnen hun economische activiteit uitoefenen in het kader van verschillende soorten contracten, die allemaal als “civil law contracts” worden gekwalificeerd. Ook binnen de Poolse nationale rechtsorde bestaan twijfels over het zelfstandige karakter van de activiteit van bepaalde arbeidskrachten die door een “civil law contract” met een onderneming verbonden zijn, zeker wanneer wordt vastgesteld dat de betrokken zelfstandige voordien zijn werkzaamheden uitvoerde in het kader van een arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever. Erkend wordt dat het gemak waarmee iemand zelfstandige kan worden in Polen, zeker

³⁰⁶ Als een zelfstandige niet in staat is om zijn sociale bijdragen te betalen, kan hij een aanvraag indienen om vrijstelling van bijdragen te krijgen. De basisvoorwaarden zijn dat men zelfstandige in hoofdberoep moet zijn en men moet aantonen dat men behoeftig of bijna behoeftig is. De aanvraag moet ingediend worden bij het sociale verzekeringsfonds en het dossier wordt doorgestuurd naar de Commissie voor Vrijstelling van Bijdragen van de FOD Sociale Zekerheid - DG Zelfstandigen. Voor haar beslissing houdt deze rekening met onder andere het inkomen, eventuele schulden, buitengewone uitgaven, de samenstelling van het gezin, etc ...

mogelijkheden opent om de overgangsmaatregelen met betrekking tot het vrij verkeer van werknemers te omzeilen. Wat hun socialezekerheidspositie betreft, zijn Poolse zelfstandigen buiten de landbouwsector verplicht zich aan te sluiten bij de pensioenverzekering en een arbeidsongevallenverzekering, maar de aansluiting bij de ziekteverzekering gebeurt op vrijwillige basis. Voor personen die werken op basis van “civil law contracts” gelden specifieke bepalingen inzake verplichte sociale verzekering.

Self-employment in the provisions of Polish law

1. Specificity of self-employment

While the issue of the directing to temporary work through temporary job agency has been thoroughly regulated in Polish legislation the issues concerning posting in the framework of the so-called self-employment is not reflected in the provisions of Polish law. It needs to be mentioned, however, that the tendency of supplying services in the framework of self-sufficiently performed economic activity is increasingly widespread both in the territory of Poland and in whole Europe .

Although in the current state of Polish legislation there is no legally operating definition of the notion of ‘self-employment’ it is commonly accepted that it equals to supplying services for one, or mainly for one, entrepreneur, in the framework of economic activity self-sufficiently and independently performed by the service-supplier³⁰⁷. Different attempt to define this notion provides that self-employment means self-sufficient managing of the economic activity by natural person himself/herself, that is without employing any workers³⁰⁸. The origins of this phenomenon are to be found in the employers’ quest for flexibility of employment and in the change of provisions of the tax law in Polish legislation and the introduction of 19% income tax.

In Poland certain pathology has developed in connection with the approach to self-employment as the basic reason for deciding on such form was determined by the wish to reduce the cost of work³⁰⁹.

The notion of self-employment implies the intermediary form between the contract of employment and supplying of services in the form of performed economic activity. Such a view is, however, very misleading. Currently binding legal norms in Poland do not provide for the possibility of existence of such a form. The basic difference between self-employment, understood as supplying services personally within the framework of performed economic activity, and performing work within the framework of employment relationship is just the loosening of the bond between the parties through the change in subordination pattern.

In connection with that the possibility of posting within the framework of the so-called self-employment depends on the necessity to register performed economic activity in the territory of Poland. It is worth noticing that the sole procedure of registration by natural person has been immensely simplified in last few years.

In the period till 31 December 2006 the provisions of the articles 7-7i of the act from 19 November 1999 on economic activity³¹⁰ will stay in force, enabling natural persons to start economic activity after making an entry in the register of economic activities, kept by the borough of the place of residence of that entrepreneur. Making of an entry in economic activity register costs 100 PLN, and changing an entry costs 50 PLN. Registering body sends

³⁰⁷ K. Lis, „Self-employment and other forms of the reduction of the cost of work”, Gdańsk 2004, p. 9.

³⁰⁸ H. Tuchołka, Self-employment, Labour Law Monitor, 2004, number 10.

³⁰⁹ E. Bał, Flexible forms of employment, C.H.Beck, Warsaw 2006, p. 45

³¹⁰ Official 101, position 1178, with later changes.

a certificate confirming making of an entry not after 14 days after the date of applying for an entry. In case when entrepreneur submits an application for both that entry and for identification in national official register of persons performing economic activity (REGON) and application for identification or updating tax payers and salary payers, registering body immediately, before 3 days time counting from the day of making of an entry, is sending this application form to Statistics Office of the province on the territory of which the place of residence of that entrepreneur is, and identification or updating application is being sent to indicated Inland Revenue along with the certificate confirming making entry in the register of economic activity, identification number and other documents enclosed by entrepreneur. What happens next is that in Social Insurance Institution (ZUS) all the formalities connected with contributions for social insurance should be carried out. Economic activity must be reported irrespective of whether it will constitute the only source of income or just an additional form of professional activity.

Persons performing minor economic activity, e.g. baby-sitting, taking care of elderly persons- can be reckoned up with Inland Revenue in a form of a tax card³¹¹. From 1 January 2007 onwards provisions 23-45 of the act from 2 July 2004 on the freedom of economic activity³¹² will come into force, which additionally simplify the formalities connected with starting own economic activity:

- they allow for submitting the application for an entry in economic activity register in electronic form
- unable to send the application via conventional mail
- reduce the time for issuing a decision on the entry to 3 days
- specify, that the borough council can determine lower fees for entry or introduce free of charge entries or changes in the entries
- specify that the application for deletion from the register is free of charge
- they set up Central Information on Economic Activity
- unable submitting along with the application the request for reporting tax payer or reporting to social insurance for identification or changes.

2. Admissible forms of employment of persons performing economic activity

Natural person performing economic activity cooperates with other persons on the grounds of civil law contracts, e.g. for hire contracts, labour contracts, manager contracts³¹³. The parties of the contract can than arrange the time and place of supplying the service, salary, range of responsibilities in case of failing to perform work correctly, range of the ban on competition and contracted penalties. The arrangements can not be in contradiction with binding provisions, with the nature of given employment relationship or rules of social life.

The doubt however arises whether the employer is not contravening provisions of law in this way by replacing typical contracts of employment with civil law contracts. Controversies may arise first of all when self-employed person had been employed on the grounds of the contract of employment by the employer, with whom now he is bound by civil law contract within the framework of his personally performed economic activity, but the nature of this employment relationship is more of an employment nature and not of a civil law nature³¹⁴.

³¹¹ Chapter 32 of the Act on income tax calculated from some types of income made by natural persons, 20 November 1998 (Official 144, 930)

³¹² Official 173, position 1807 with later changes.)

³¹³ E.Bąk, "Flexible forms ...", p. 47

³¹⁴ I. Jaroszewska-Ignatowska, B. Sikora, "Traditional Employment. Self-employment". "Law and Employment Service", number 028, 2005

Case law is not consistent in this area. According to the judgment of the Court of Appeal in Warsaw, 19 June 2002 (II APa 197/01, OSA 2003/15), the contract concluded with person performing economic activity in the area of service supplying, which gives out a receipt for work performed extended by the VAT tax does not constitute the contract of employment. At the same time the judgment of the Supreme Court, 24 July 2001 (I PKN 560/00, OSP 2002/5/70), states that reporting to the registering body of the borough of the economic activity performed personally as a sales agent, does not exclude the possibility of estimating whether it is the employment relationship that in fact binds the two parties. It is possible, therefore, to establish that the existence of the employment relationship is a fact in a given situation, if a person supplies services within the framework of performed economic activity and if the nature of such supplying implies that the contract of employment should have been concluded.

This problem is reflected in the matters of posting. In consequence self-employment may be the way to omit the transitory periods concerning the flexibility of the movement of workers. From the formal point of view the commencement of such activity requires only certain reporting and declarations made on specific official forms. It needs to be remembered, however, that performing the activity of such kind involves a number of accounting and tax duties. Therefore self-employment should serve not as a way to contravene the law but be based on the actual aim of performed activity.

3. Social insurance of self-employed persons.

The act on social insurance scheme³¹⁵, from 13 October 1998, established the obligation for natural persons to be covered by pension insurance, which perform non-agricultural economic activity on the territory of Poland. Such persons are also obliged to be covered by employment injury insurance, but their participation in health insurance scheme is in this case a matter of their choice.

It needs to be emphasized here that the persons performing economic activity, who at the same time are working on the ground of labour contract, for hire contract or contract of other kind relating to supplying services, for which according to the Civil Code the provisions concerning civil law contracts are applicable, is covered by obligatory social insurance scheme on the basis of performing this activity in case when this activity gives the lowest basis, provided for persons performing non-agricultural economic activity, for calculating the level of contributions. Such person can voluntarily be covered by insurance also on the grounds of performing work within the framework of the civil law contract. By the lowest basis for calculating the level of contributions one is to understand a '60% of a average monthly payment in previous quartile' level, or, respectively, a '30% of minimal wage' level³¹⁶.

The obligation to be covered by social insurance scheme relating to persons performing non-agricultural economic activity commences with the day of starting to perform such an activity, and terminates with the day of its extinction. Therefore for purposes of establishing whether the obligation to be covered by social insurance takes place the actual performing of an activity is a substantial criterion, and not merely the fact of being entitled to performing it.

Currently binding provisions do not provide for any 'breaks' in performing economic activity. In practice, however, situations take place in which a person either does not commence performing economic activity simultaneously with receiving entitlement to do so

³¹⁵ Official 137, position 887, with later changes.

³¹⁶ Situation when the basis of a contribution level is 30% of minimal wage is of a preferable character, and it has to do basically with the group of persons that have just commenced performing their activity.

(in time specified in the entry made in the register of economic activity) or does not inform relevant registration body about ceasing of the economic activity. The actual period of time in which the economic activity is performed can therefore be different than the period of time officially established by the date of commencement and the date of termination settled in the register of economic activity. The situation in which person performing economic activity fails to fulfill a duty to provide up-to-date information to relevant registration body does not lead to factual change in performing activity and thus does not lead to the obligation of social insurance.

Every case of temporary withdrawal from the register can be subject to verification and control procedure on the grounds of explanatory proceedings lead by the regional branch of Social Insurance Institution (ZUS), which aim is to check whether during the period of withdrawal from the register of economic activity the economic activity was in fact performed and consequently to establish what periods are to be counted as being the periods of obligatory social insurance.

De Poolse wetgeving voorziet in bijzondere bepalingen waarbij arbeid met een tijdelijk karakter niet alleen in het kader van een arbeidsovereenkomst kan worden geleverd, maar ook in het kader van een “civil law contract”. Deze burgerrechtelijke overeenkomst kan de vorm aannemen van een “for hire contract”, een “labour contract” (niet arbeidsovereenkomst, maar een overeenkomst om een bepaald werk te verrichten) of een “agency contract”. De voornaamste reden waarom een werkgever voor dit soort overeenkomst kiest is uiteraard omdat in het kader van dergelijke overeenkomst kan samengewerkt worden zonder de belemmerende verantwoordelijkheden en lasten die volgen uit de arbeids- en sociale zekerheidswetgeving. Wanneer dergelijk “civil law contract” echter in meerderheid de kenmerken vertoont die eigen zijn aan een arbeidsovereenkomst (het leveren van arbeidsprestaties op een voortdurende, vrijwillige en persoonlijke manier, onder toezicht van een werkgever, voor diens rekening en risico), moet dit als een arbeidsovereenkomst worden gezien, los van de kwalificatie die de betrokken partijen in de overeenkomst aan hun samenwerking hebben gegeven. De “for hire-contracts” en “labour contracts” kunnen op de eerste plaats worden gesloten tussen een werkgever en een andere “entrepreneur”, maar kan ook tussen een werkgever en een natuurlijke persoon die een economische activiteit buiten de landbouwsector uitoefent. Naar gelang van het soort contract waaronder wordt gewerkt, verschillen de sociaal- en fiscaalrechtelijke verplichtingen.

The legal character of civil law contracts

Polish legal norms provide that supplying work of a temporary character may take a form not only of a contract of employment but also civil-law contract concluded between the parties, that is, on the basis of for hire contract, labour contract and agency contract. The basic reason for choosing such form of employment is the reduction of responsibilities and burdens that are imposed on an entrepreneur (employer) and provided in the provisions of labour law and social security law. Employment on the grounds of civil law contracts might be satisfying also to employed persons themselves, since it enables them to take advantage of certain tax law provisions, that is to calculate the higher cost of obtaining the income when paying income tax for natural persons, and also to not increase the burdens connected with social insurance.

Additional advantages on the part of employer include also:

- the lack of necessity of bearing the costs of overtime work as well as the costs resulting from the exigency of making researches and organizing training for employees.

- Employer does not need to pay both the salaries for the period when employee was absent (sick or on holiday), and the golden handshakes
- Employer does not need to pay in case of termination of the contract, or provide protective clothing for an employed person
- The amount of documents that need to be stored is limited; one invoice or receipt a month instead of expanded personal act, working time record, leave cards etc.
- Greater freedom is given with regard to the adaptation to changing circumstances: when there is a lot of orders an employer can conclude more contracts with additional workers, without the worry about the necessity of paying golden handshakes after the workers are no longer needed
- The lack of difficulties when terminating the contract in situation when employed person does not fulfill the expectations or when his/her work is no longer needed.

However, the lack of precise notes in civil law contracts that would define the time of work and workplace does not mean that the contract is not an employment contract. Therefore, when among the elements of the concluded contract the characteristic features of the contract of employment (e.g. supplying work in a continuous, voluntary, personal manner, under the supervision of employer, for his sake and on his risk) are the majority than this means that we deal with an employment relationship, regardless of what terms had been used by the parties concluding the contract.

The basic distinguishing features of the contract of employment therefore include:

- the requirement of supplying work personally, without the possibility of indicating the replacing person
- precept for carrying out official orders, official subordination
- worker's responsibility for the effects of incorrectly performed work that are limited in Labour Code
- the obligation to pay salary and lack of the possibility of relinquishing this right by the worker.

When choosing the form of employment, employer must be aware of the legal limitations in this area, the more so since he is burdened with responsibility for the consequences of possible mistakes, or for the attempts to contravene the law in this respect. As far as contracts are concerned it is the mutual intention and the aim of contract that is taken into account, not the exact wording that was actually used in the contract.

Taking advantage of the labour contract or for hire contract (civil law contracts) by the employer can take place, in principle, in two cases:

- through concluding a contract with other entrepreneur
- through the employment on the grounds of the contract concluded with natural person not performing economic activity other than agriculture (person younger than 26, being a student, pensioner, employed in other company, being own worker or independent person).

Depending on which of the options is chosen the duties of the employer will look differently in respect to the necessity of acting as a contribution payer for purposes of social insurance and income tax.

The duty of calculating and paying contributions for social insurance and health insurance due to concluded contracts covered by Labour Code³¹⁷, depends, on the one hand, on the type of concluded contract, on the other hand, and on legal situation the worker (contractor) finds himself in.

For hire contracts do not entail the obligation of pension insurance when:

³¹⁷ Act from 23 April, 1964. Civil Code (Official, number 16, position 93, with later changes)

- they are concluded with independent persons, that do not find themselves in employment relationship

- concluded with persons being workers are working on the grounds of for hire contract, under the condition that the subject with whom the contract had been concluded is not an employer being engaged with worker in an employment relationship

- concluded with pensioner, for whom it is the only source of income.

It needs to be emphasized here that the persons working on the grounds of for hire contract, and due to this fact are not covered by obligatory social insurance scheme, are also not covered by obligatory health insurance scheme (they can, however, voluntarily take part in this scheme).

For hire contract- in contrast with labour contract or contract for service, for which the provisions concerning orders apply- is not constituting a sufficient basis for being covered by obligatory pension insurance.

Differently than in case of the for hire contract, agency contract³¹⁸ and other contracts for providing services, for which the provisions of Civil Code concerning orders apply, always constitute sufficient basis for obligatory inclusion into pension insurance scheme. Therefore, they cause the requirement of being covered by obligatory pension scheme, if they are concluded with:

- persons for whom it is the only basis for social insurance

- pensioners, if they perform work only on the basis of abovementioned types of contracts

- persons that are on paternal leave or persons being beneficiaries of the maternity benefit

- persons which- besides working on the grounds of abovementioned types of contracts- are workers for another employer but their income from this employment relationship summed up as income from a month of work does not reach the level of minimal income

If employer concludes the contract with his own worker he has a duty to sum up the income of the worker and calculate the level of contributions from the total sum of the incomes of the worker. In practice such contract does not lead to any kind of savings and might be replaced by the bonus payment.

If the contract was concluded with person who is not insured on other grounds, than covering of this income is obligatory with respect to pension insurance and voluntary with respect to health insurance. Employment injury insurance is obligatory for persons whose work is carried out in the headquarters or in the place where entrepreneur's (employer's) services are supplied. As far as health insurance is concerned it is obligatory regardless of the place where the work is performed.

Uit de onderdelen over "self-employment" en over "civil law contracts" kan men afleiden dat zelfstandigen in Polen steeds in het kader van "civil law contracts" werken. Verschillende vormen hiervan, zoals het for hire-contract, labour contract, manager contract, staan hiervoor ter beschikking. Op de eerste plaats worden deze "civil law contracts" dus verbonden aan de uitoefening van een activiteit als zelfstandige. Toch is het duidelijk ook mogelijk dat men als werknemer dergelijk "civil law contract" afsluit met zijn of een andere werkgever. Op die manier wordt een zelfstandige samenwerkingsovereenkomst naar Pools recht gesloten, die in België onbekend is. Hierdoor wordt in de Poolse rechtsorde een mogelijkheid voorzien om activiteiten te verrichten die in België normaal gezien als "zelfstandige in bijberoep" zouden

³¹⁸ With regard to income tax and social insurance contributions the situation of an agent is the same as that of a self-employed person, so those things are to be among duties of this person.

worden verricht, maar waarvoor men in Polen niet als zelfstandige noch als werknemer gekwalificeerd wordt. Polen heeft dit gemeen met vele andere landen uit Centraal- en Oost-Europa. Dit soort contracten vindt haar oorsprong in de communistische periode, wanneer overheidsbedrijven, overheidsorganisaties en zelfs overheidsadministraties verkozen een beroep te doen op burgerrechtelijke overeenkomsten om een antwoord te geven op pieken in werkvolume. De keuze voor deze mogelijkheid ligt in de meeste gevallen voor de hand, aangezien zij steeds gepaard gaat met de afwezigheid van arbeidsrechtelijke verplichtingen, geen of lagere socialezekerheidsbijdragen of lagere fiscale lasten. Bovendien is de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen veel strenger bij tewerkstelling onder een arbeidsovereenkomst dan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid onder een civil law contract. De betrokken “werknemers” verrichtten echter meestal hetzelfde werk onder dezelfde omstandigheden als hun collega’s met een arbeidsovereenkomst. Veelal is dus sprake van “schijn-civil law contracts”. Wijzigingen in de Labour Code in 2002 introduceerden een verbod om arbeidsovereenkomsten te vervangen door civil law contracts, voornamelijk verworven door druk vanuit de Poolse vakbonden³¹⁹. Maar zolang deze mogelijkheid in de Poolse wetgeving wordt voorzien, zal er uiteraard nog steeds gebruik van worden gemaakt.

TITEL VII: HANDHAVINGSMAATREGELEN TEN AANZIEN VAN BUITENLANDSE ONDERNEMINGEN

VII.1 HANDHAVING IN HET LICHT VAN HET GEMEENSCHAPSRECHT.

In Artikel 5 van de Detacheringsrichtlijn krijgen de lidstaten de opdracht adequate maatregelen te nemen ingeval niet aan de bepalingen van de richtlijn wordt voldaan. Zij moeten er met name zorg voor dragen dat de werknemers en / of hun vertegenwoordigers over passende procedures beschikken om de naleving van de verplichtingen uit hoofde van deze richtlijn af te dwingen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie staat het Gemeenschapsrecht er inderdaad niet aan in de weg dat de lidstaten het toepassingsgebied van hun wetgeving of collectieve arbeidsovereenkomsten uitbreiden tot alle personen die, zelfs tijdelijk, op hun grondgebied werkzaam zijn, ook al is de werkgever in een andere lidstaat gevestigd. Het Gemeenschapsrecht verbiedt evenmin de naleving van deze bepalingen met passende middelen te waarborgen. De bepalingen in de Detacheringsrichtlijn inzake de te nemen maatregelen door de lidstaten en de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende de verhouding tussen nationale maatregelen van toepassing op de detachering van werknemers en het vrij verkeer van diensten³²⁰ maken

³¹⁹ EIRO, European Industrial Relations Observatory On-line, New Provisions tackle bogus contracts, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2003/10/feature/hu0310102f.html>;

EIRO, European Industrial Relations Observatory On-line, Forms of employment contract reviewed, <http://eiro.eurofound.europa.eu/2002/10/feature/pl0210109f.html> en M. PLISZKIEWICZ, “Workers’ protection – Polish study”, <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/wpnr/poland.pdf>

³²⁰ H.v.J. 3 februari 1982, nrs. C-62 en 63/81 (Seco), *Jur. H.v.J.* 1982, 223; H.v.J. 27 maart 1990, nr. C-113/89 (Rush Portuguesa), *Jur. H.v.J.* 1990, 1417; H.v.J. 9 augustus 1994, nr. C-43/93 (Vander Elst), *Jur. H.v.J.* 1994, 3803; H.v.J. 28 maart 1996, nr. C-272/94 (Guiot), *Jur. H.v.J.* 1996, 1905; H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (Arblade / Leloup), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453; H.v.J. 15 maart 2001, nr. C-165/98 (Mazzoleni), *Jur. H.v.J.* 2001, 2189; H.v.J. 25 oktober 2001, nr. C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 (Finalarte), *Jur. H.v.J.* 2001, 7831; H.v.J. 24 januari 2002, nr. C-164/99 (Portugaia Construções), *Jur. H.v.J.* 2002, 787; H.v.J. 12 oktober 2004, nr. C-60/03 (Wolff & Müller), *Jur. H.v.J.* 2004, 9553; H.v.J. 21 oktober 2004, nr. C-445/03 (Comm. t. Luxemburg), *Jur. H.v.J.* 2004, nng; H.v.J. 14 april 2005, nr. C-341/02 (Comm. t. Duitsland), *Jur. H.v.J.* 2005, 2733 en H.v.J. 19 januari 2006, nr. C-244/04 (Comm. t. Duitsland), *Jur. H.v.J.* 2006, nng.

duidelijk dat de lidstaten de nodige maatregelen mogen treffen om de naleving van het toepasselijke arbeidsrecht af te dwingen van buitenlandse werkgevers die hun werknemers tijdelijk naar hun grondgebied detacheren. De lidstaten beschikken over een ruime beoordelingsmarge om de vorm en de regels van dergelijke procedures vast te stellen, maar ze moeten daarbij uiteraard rekening houden met de verdragsrechtelijke fundamentele vrijheden, waaronder deze inzake het vrij verkeer van diensten³²¹. Wat de rechtspraak van het Hof van Justitie betreft, hoeft het geen betoog dat deze principiële verklaring met betrekking tot de toepasselijkheid en de afdwinging van nationale maatregelen op gedetacheerde werknemers slechts een uitgangspunt vormt. De arresten waarin dit uitgangspunt werd vastgesteld en hernomen, waren immers in grote mate gericht op een beoordeling van de betrokken nationale maatregelen in het licht van het vrij verkeer van diensten binnen de Gemeenschap, welke vaak in de vaststelling van een belemmering van de vrije dienstverrichting resulteerde. Deze diende dan te worden gerechtvaardigd door de steeds herhaalde dwingende reden van algemeen belang, te weten “de bescherming van werknemers”, maar moest ook aan de noodzakelijkheids-, pertinentie en proportionaliteitsvereisten van de internemarktrechtspraak voldoen. Het Hof erkende hierbij wel dat dwingende redenen van algemeen belang die de materiële bepalingen van een regeling rechtvaardigen, ook de controlemaatregelen rechtvaardigen die nodig zijn om de naleving ervan te verzekeren³²². Het laatste vereiste van evenredigheid van de betrokken maatregel ten aanzien van de nagestreefde doelstelling van algemeen belang deed deze vaak de das om, waarbij de betrokken lidstaat³²³ aangespoord werd passender maatregelen te zoeken. Passender maatregelen in de rechtspraak van het Hof van Justitie betekent uiteraard niet passender om de belangen van de werknemers beter te beschermen, maar passender om de vrijheid van dienstverrichting minder te belemmeren. Het is natuurlijk zo dat het Hof van Justitie na een proportionaliteitstest ervan uitgaat dat de belangen van de werknemer evenzeer beschermd kunnen blijven door nieuw in te stellen maatregelen, maar dat betekent niet noodzakelijk dat de handhavings- en controleverantwoordelijkheid van de lidstaten even gemakkelijk kan worden ingevuld, integendeel. Een overzicht van de hoofdprincipes van deze rechtspraak is dus onontbeerlijk om in te schatten welke maatregelen nog mogelijk zijn in het licht van het Gemeenschapsrecht.

Bescherming van werknemers

In het kader van de “detacheringszaken” van het Hof van Justitie wordt steeds naar dezelfde dwingende reden van algemeen belang gegrepen om bepaalde maatregelen te rechtvaardigen, te weten “de bescherming van de werknemers”. Om na te gaan of een bepaalde maatregel objectief beschouwd de bescherming van ter beschikking gestelde werknemers waarborgt, heeft het Hof een specifieke toets geïntroduceerd. Daarbij moet nagegaan worden of de betrokken regeling voor de betrokken werknemers een reëel voordeel inhoudt dat in aanzienlijke mate bijdraagt tot hun sociale bescherming. Dit werd nagegaan voor de toepassing, in het kader van de detachering van werknemers, van de voorschriften inzake minimumloon³²⁴, bijdragen aan vakantiefondsen³²⁵,

³²¹ H.v.J. 12 oktober 2004, nr. C-60/03 (Wolff & Müller), *Jur. H.v.J.* 2004, 9553.

³²² H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (Arblade / Leloup), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

³²³ Want de arresten betroffen bijna altijd rechtsgedingen tussen werkgevers en nationale autoriteiten en niet tussen gedetacheerde werknemers die voor hun rechten opkwamen. Eveneens opmerkelijk, maar natuurlijk niet verwonderlijk is dat de meeste zaken betrekking hebben op detachering van werknemers in de bouwsector.

³²⁴ H.v.J. 24 januari 2002, nr. C-164/99 (Portugaia Construções), *Jur. H.v.J.* 2002, 787 en H.v.J. 12 oktober 2004, nr. C-60/03 (Wolff & Müller), *Jur. H.v.J.* 2004, 9553.

getrouwheidszegels en weerverletzegels³²⁶ en voor regels betreffende hoofdelijke aansprakelijkheid voor betaling van het minimumloon³²⁷. In dat verband kan de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever aanleiding zijn tot een meer omstandig onderzoek van de voordelen die door de door hem getroffen maatregelen aan de werknemers zouden zijn verleend. Wanneer een lidstaat een bepaalde maatregel wil toegepast zien op gedetacheerde werknemers, moet kunnen worden aangetoond dat die maatregel een reëel voordeel inhoudt voor de betrokken werknemers en hen extra sociale bescherming biedt in vergelijking met deze die zij reeds genieten in de lidstaat van waaruit zij werden gedetacheerd. Dan pas is de maatregel gerechtvaardigd met het oog op de bescherming van werknemers dwingende reden van algemeen belang. Bijkomend moet echter altijd worden onderzocht of de betrokken maatregel wel geschikt is om die bescherming te verwezenlijken alsook zij niet door een minder beperkende maatregel evenzeer kan worden behartigd.

Het voorstel voor een dienstenrichtlijn

Hierbij moet nog worden verwezen naar het hangende voorstel voor een richtlijn betreffende diensten op de interne markt³²⁸, dat lang als een zwaard van Damocles boven de controletaken van de nationale inspectiediensten heeft gehangen. Onheilspellende verklaringen in de media verkondigden dat door de toepassing van het oorsprongslidbeginsel zoals het was opgenomen in het oorspronkelijke voorstel, Poolse werknemers naar België zouden kunnen komen werken tegen hun Poolse loon- en arbeidsvoorwaarden. Dergelijke uitlatingen waren uiteraard volledig ongefundeerd, daar een uitzonderingsbepaling bij het oorsprongslidbeginsel reeds in de eerste versie van het voorstel voorzag dat het oorsprongslidbeginsel niet van toepassing was op “de aspecten die zijn geregeld bij Richtlijn 96/71/EG”. Dit betekende met andere woorden dat bij een terbeschikkingstelling van werknemers in het kader van het vrij verrichten van diensten, ook onder het oorsprongslidbeginsel de lidstaten nog steeds vrij waren om hun omzettingwetgeving van de Detacheringsrichtlijn toe te passen en zodoende hun (al dan niet ruim opgevatte) harde kern van dwingende bepalingen op te leggen aan buitenlandse werkgevers. Uiteraard voor zover de toepassing van deze bepalingen niet strijdig is met het Gemeenschapsrecht (zie hoger). Deze uitzondering heeft het voorstel nooit verlaten. Van het oorsprongslidbeginsel werd in de lezing door het Europees Parlement en in de Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad afgestapt en het werd vervangen door een verplichting om het vrij verkeer van diensten niet te belemmeren. Veel verontrustendere bepalingen waren echter opgenomen in artikel 24 van het commissievoorstel met specifieke regels betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers in het kader van het vrij verkeer van diensten. Het artikel bepaalde dat, wanneer een dienstverrichter een werknemer op het grondgebied van een andere lidstaat ter beschikking stelt om er een dienst te verrichten, de lidstaat van terbeschikkingstelling op zijn grondgebied de verificaties, inspecties en onderzoeken moet uitvoeren om na te gaan of aan de bepalingen inzake de arbeidsvoorwaarden en omstandigheden van Richtlijn 96/71/EG is voldaan. De lidstaat waarnaar de werknemers worden gedetacheerd kon volgens dit artikel bovendien,

³²⁵ H.v.J. 25 oktober 2001, nr. C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 (Finalarte), *Jur. H.v.J.* 2001, 7831.

³²⁶ H.v.J. 28 maart 1996, nr. C-272/94 (Guiot), *Jur. H.v.J.* 1996, 1905 en H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (Arblade / Leloup), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

³²⁷ H.v.J. 12 oktober 2004, nr. C-60/03 (Wolff & Müller), *Jur. H.v.J.* 2004, 9553.

³²⁸ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM(2004) 2 def.

met inachtneming van het Gemeenschapsrecht, maatregelen nemen tegen dienstverrichters die hieraan niet voldoen. In deze bepalingen werd de controle op de naleving van de bepalingen in de Detacheringsrichtlijn nog eens expliciet bij de inspectiediensten van de lidstaat van ontvangst gelegd en werd hun mogelijkheid om passende maatregelen te nemen nog eens herhaald. Maar om de naleving van de “aspecten die geregeld zijn bij Richtlijn 96/71/EG” te garanderen, werd het de lidstaten wel verboden de buitenlandse werkgever / dienstverrichter of de gedetacheerde werknemers volgende verplichtingen op te leggen:

- a) de verplichting een vergunning aan te vragen of zich in te schrijven bij zijn bevoegde instanties, noch enige gelijkwaardige verplichting;
- b) de verplichting een verklaring af te leggen, met uitzondering van verklaringen betreffende een van de in de bijlage bij Richtlijn 96/71/EG bedoelde activiteiten, die tot en met 31 december 2008 zijn toegestaan;
- c) de verplichting op zijn grondgebied een vertegenwoordiger te hebben;
- d) de verplichting op zijn grondgebied of volgens de op zijn grondgebied geldende voorwaarden sociale documenten te bewaren.

In deze bepalingen werden de inspectiediensten overduidelijk een aantal belangrijke instrumenten ontnomen, waarop later verder zal worden ingegaan. Om de controle op de dienstverrichter die werknemers naar een andere lidstaat detacheert, voorzag artikel 24 wel in een manier om de gegevens over dergelijke dienstverrichting na afloop ervan beschikbaar te houden. De lidstaat van oorsprong diende erop toe te zien dat de dienstverrichter alle nodige maatregelen neemt om zijn bevoegde instanties en die van de lidstaat van terbeschikkingstelling tot twee jaar na het eind van de terbeschikkingstelling de volgende gegevens te verstrekken: gegevens waaruit de identiteit van de ter beschikking gestelde werknemer blijkt, de functie en taken van de ter beschikking gestelde werknemer, de contactgegevens van de afnemer, de plaats van terbeschikkingstelling, de begin- en einddatum van de terbeschikkingstelling en tenslotte de arbeidsvoorwaarden en omstandigheden die op de ter beschikking gestelde werknemer van toepassing zijn. Het stond bovendien aan de lidstaat van oorsprong om de lidstaat van terbeschikkingstelling bij te staan ter waarborging van de inachtneming van de arbeidsvoorwaarden en omstandigheden uit hoofde van Richtlijn 96/71/EG en de lidstaat van terbeschikkingstelling op eigen initiatief de hierboven opgesomde gegevens mee te delen, wanneer hij op de hoogte is van precieze feiten waaruit onregelmatigheden bij de dienstverrichter ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en omstandigheden kunnen blijken.

De specifieke bepalingen inzake de terbeschikkingstelling van werknemers overleefden de lezing door het Europees Parlement niet en werden uit de tekst geschrapt. Bovendien worden in het Gemeenschappelijk Standpunt³²⁹ van de Raad zowel in de preambule als in het artikel betreffende het verband met andere bepalingen van het Gemeenschapsrecht maar ook in het artikel betreffende de uitzondering op het nieuwe “ongehinderde dienstverrichtingsbeginsel”, de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn “onverlet gelaten” of “van het toepassingsgebied uitgezonderd. Dit betekent evenwel niet dat daardoor de in de dienstenrichtlijn opgenomen bepalingen volledig van tafel zijn geveegd. De dienstenrichtlijn is slechts een instrument om de in het slop geraakte verdragsvrijheden opnieuw een krachtige impuls te geven en kan uiteraard de uitlegging van het Verdrag door

³²⁹ Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad vastgesteld met het oog op de aanneming van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, Interinstitutioneel dossier 2004/0001 (COD), Brussel, 17 juli 2006, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/nl/06/st10/st10003.nl06.pdf>.

het Hof op geen enkele wijze beïnvloeden. De verdragsbepalingen inzake het recht op vestiging en de vrije dienstverrichting zijn en blijven onverkort van toepassing op activiteiten die als diensten in de zin van art. 50 EG kunnen worden gekwalificeerd. Het enige verschil tussen het juridische kader inzake dienstenverkeer met of zonder de dienstenrichtlijn is dat de eerder “princiële verplichting” tot naleving van de verdragsbepalingen een zeer “concrete verplichting” wordt aan de hand van een communautair wetgevend instrument waarin maatregelen voor de verwezenlijking van een interne markt zwart op wit werden opgesomd. Hoewel de keuze voor bepaalde reguleringsmethodes maakt dat de dienstenrichtlijn geen letterlijke vertaling is van de verplichtingen die uit het Verdrag voortvloeien en op sommige punten verstrekkender gevolgen heeft, kan men er immers niet omheen dat de bepalingen van de dienstenrichtlijn zeer dicht in de buurt komen van wat door het Verdrag van de lidstaten wordt verlangd voor de daadwerkelijke totstandkoming van een interne markt voor diensten. De uitsluiting van de bepalingen inzake de terbeschikkingstelling van werknemers betekent dus ergens ook de bestending van de rechtsonzekere situatie van vandaag. ‘s Hof’s case-to-case benadering van de impact van de interne markt wordt vaak als rechtsonzekerheid scheppende judge-made law bestempeld en de vraag naar een wetgevend optreden van de Gemeenschap werd in sommige sectoren alsmar groter. De scherpe kanten ervan terzijde gelaten, komt de dienstenrichtlijn aardig in de buurt van een communautair instrument aan de hand waarvan de nationale stelsels van gezondheidszorg kunnen worden geconformeerd met de vereisten van de interne markt voor diensten. De meeste wettelijke eisen die door de verschillende vestigings- en dienstverrichtingsbepalingen van de dienstenrichtlijn worden verboden of ingevolge ervan moeten worden herbekeken, kunnen op heden met name slechts gehandhaafd worden bij gratie van het stilzitten van de Europese Commissie, van mogelijks gedupeerden en dus van het Hof van Justitie. Welke maatregelen nog mogelijk en passend zijn in het licht van het vrij verkeer van diensten, ligt met andere woorden opnieuw volledig in handen van het Hof van Justitie.

VII.2 NATIONALE HANDHAVINGSMAATREGELEN EN HET VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN

VII.2.1 Het opstellen en bijhouden van sociale documenten en de mandataris

VII.2.1.1 Sociale documenten en de mandataris

De Belgische wetgeving op de sociale documenten ligt vervat in K.B. nr. 5 betreffende het bijhouden van sociale documenten van 1978 en in het K.B. betreffende het bijhouden van sociale documenten van 1980. Deze wetgeving, die werkgevers verplicht bepaalde sociale documenten bij te houden en te bewaren, is een ontzettend belangrijk en waardevol controlemiddel voor de inspectiediensten aangezien het hen in staat stelt de naleving van verschillende sociale bepalingen te controleren. Aan de hand van deze documenten kan de inspectie nagaan of werknemers die in een onderneming worden tewerkgesteld op wettige wijze werden aangegeven bij de bevoegde instanties en of sociale bepalingen die vervat liggen in verschillende wetten en besluiten nageleefd worden (cf. socialezekerheidsbijdragen, arbeidsduur, feestdagen, arbeidsovereenkomsten, sociale verkiezingen, ...). Het gaat onder meer om het algemeen personeelsregister, de individuele

rekening, het aanwezigheidsregister, de overeenkomst voor tewerkstelling als student, de overeenkomst voor huisarbeid. Door de invoering van DIMONA in het kader van de modernisering van de sociale zekerheid, werden echter een aantal verplichtingen inzake sociale documenten overbodig doordat de erin vervatte gegevens reeds bekend zijn bij de overheid door middel van de elektronische melding. Zo moeten werkgevers die onder het toepassingsgebied van DIMONA vallen bijvoorbeeld geen personeelsregister meer bijhouden, tenzij zij werknemers tewerkstellen die niet via DIMONA moeten worden aangegeven³³⁰ in welk geval zij een algemeen personeelsregister moeten bijhouden. Indien een buitenlandse werkgever werknemers op wettige wijze naar België detacheert, moet er uiteraard geen DIMONA-aangifte voor deze werknemers gebeuren, aangezien voor hen geen socialezekerheidsbijdragen zijn verschuldigd aan de R.S.Z.. Dit betekent dat voor buitenlandse werkgevers de reglementering inzake sociale documenten in beginsel onverkort blijft gelden.

In de Wet van 5 maart 2002, dezelfde wet waarin de Detacheringsrichtlijn werd omgezet, werd echter een nieuw en vereenvoudigd stelsel van bijhouden van sociale documenten ingevoerd, naar aanleiding van het **arrest “Arblade en Leloup”** van het Hof van Justitie van 23 november 1999³³¹. In dit arrest stelde het Hof van Justitie vast dat de Belgische wetgeving inzake sociale documenten en betreffende het arbeidsreglement een beperking inhield op het vrij verrichten van diensten in de zin van art. 49 EG, aangezien het opstellen en bijhouden van bepaalde bijkomende documenten extra administratieve en economische kosten en lasten meebrengt voor de dienstverrichter zodat deze uit het oogpunt van de mededinging niet gelijk staat met de in de lidstaat van ontvangst gevestigde werkgevers. Enerzijds erkende het Hof de mogelijkheid voor het ontvangende land om buitenlandse werkgevers te verplichten bepaalde documenten bij te houden om de sociale bescherming van de gedetacheerde werknemers te garanderen en met deze doelstelling de bevoegde overheidsinstanties toe te laten de nodige controles te verrichten. Dit vooral daar tussen de lidstaten geen georganiseerd systeem van samenwerking en informatie-uitwisseling in de zin van artikel 4 van de Detacheringsrichtlijn bestaat (zie verder). Anderzijds werden aan deze mogelijkheid beperkingen gesteld. Volgens het Hof kunnen immers enkel het opstellen en bijhouden van sociale documenten volgens de wetgeving van het ontvangende land geëist worden voor zover de informatie die voorkomt in de documenten vereist volgens de wetgeving van de lidstaat van vestiging, niet voldoende is om de nodige controles in het ontvangende land mogelijk te maken. Bovendien beoordeelde het Hof ook de wijze van bijhouden en bewaren van de sociale documenten, met name de vereiste dat wanneer een buitenlandse werkgever werknemers in dienst heeft in België, hij de sociale documenten moet bijhouden op één van de arbeidsplaatsen of in de Belgische woonplaats van een natuurlijk persoon die deze documenten als lasthebber of aangestelde van de werkgever bijhoudt. Wanneer geen werknemers in dienst meer zijn in België, moeten de originele documenten of kopieën gedurende vijf jaar in de Belgische woonplaats van deze lasthebber of aangestelde worden bewaard. Ook het vereiste dat de sociale documenten op een gemakkelijk toegankelijke en duidelijk geïdentificeerde plaats moeten worden ter beschikking gehouden, werd aanvaard door het Hof. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel moet worden nagegaan voor welke documenten die verplichting moet gelden. Het moet echter onmogelijk zijn om de controleopdracht uit te voeren indien de

³³⁰ Op 1 juli 2006 startte de verplichte DIMONA-aangifte van gelegenhedenarbeid voor de sectoren landbouw, tuinbouw, horeca en interim. Voor de aangifte van gelegenhedenwerknemers, moet de werkgever voor deze werknemers over een geldig INSZ-nummer of een bisnummer beschikken. Als een werknemer dit niet heeft, kan een werkgever hem niet aangeven via DIMONA. De werknemer moet dan eerst langs de gemeente waar hij/zij verblijft of op hotel is. Deze gemeente zal dan een bisnummer aanmaken.

³³¹ H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (Arblade / Leloup), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

onderneming niet beschikt over een aangestelde of lasthebber die ze bewaart. De verplichting om ze gedurende vijf jaar de laten bewaren door een natuurlijk persoon, was volgens het Hof geenszins te rechtvaardigen. Het is immers mogelijk om de betrokken documenten achteraf ter controle naar de bevoegde diensten op te sturen.

Tenslotte wees het Hof erop dat het **informatie-uitwisselingssysteem op grond van artikel 4 van de Detacheringsrichtlijn** het bijhouden en bewaren van sociale documenten in de toekomst zal overbodig maken. Het Hof ziet dus een wisselwerking tussen de mogelijkheid om van buitenlandse werkgevers nog te eisen dat zij sociale documenten bewaren en de verdere totstandkoming en uitbouw van een informatie-uitwisselingssysteem tussen de lidstaten. Hoe sluitender dit laatste wordt, hoe moeilijker het zal worden om het bewaren van sociale documenten af te dwingen. Daar de Belgische reglementering op verschillende punten duidelijk verder ging dan nodig was om de nodige controles uit te voeren, werd een eenvoudiger stelsel ingevoerd.

De werkgevers die op het Belgische grondgebied werknemers ter beschikking stellen, worden gedurende een **periode van 6 maanden** (te rekenen vanaf de begindatum van de tewerkstelling van de eerste ter beschikking gestelde werknemer in België) vrijgesteld van het opstellen en bijhouden van de sociale documenten (meer bepaald het personeelsregister, het speciaal register of het individueel document, het aanwezigheidsregister, de individuele rekening per werknemer, het arbeidsreglement, de loonfiche, de arbeidsovereenkomst voor tewerkstelling van studenten, de arbeidsovereenkomst voor tewerkstelling van huisarbeiders, de arbeidsovereenkomst gesloten voor deeltijdse arbeid, de onmiddellijke aangifte voor tewerkstelling³³² en de maatregelen van toezicht op de prestaties van deeltijdse werknemers). De 6 maanden vanaf de eerste terbeschikkingstelling wordt geïnterpreteerd als 6 maanden per dienstprestatie. Daarvoor moeten zij aan twee cumulatieve voorwaarden voldoen:

Ten eerste moeten zij voorafgaand aan de tewerkstelling een verklaring **van terbeschikkingstelling** (per brief, e-mail of fax) verzenden aan de ambtenaren van de arbeidsinspectie. Deze verklaring (opgesteld volgens het bij KB bepaalde model, dat beschikbaar is op de website van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg) moet een aantal belangrijke vermeldingen bevatten, die de controle door de inspectie moeten vergemakkelijken: gegevens betreffende de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber, de werknemer(s) (o.a. naam, woonplaats, begindatum van de tewerkstelling in België, ...), de toepasselijke arbeidsvoorwaarden (o.a. wekelijkse arbeidsduur, werkroosters, ...), de terbeschikkingstelling (o.a. type van dienstprestaties, begindatum van de terbeschikkingstelling, ...). Er kunnen zich uiteraard wijzigingen voordoen met betrekking tot hetgeen vooraf werd verklaard. Dit is meer bepaald het geval indien één of meerdere nieuwe werknemers worden ter beschikking gesteld, één of meerdere nieuwe werkterreinen worden gevestigd of bij een andere wijziging van bepaalde in de verklaring van terbeschikkingstelling vermelde gegevens. In dat geval zijn de werkgevers gehouden om onmiddellijk per brief, e-mail of fax een bijvoegsel bij de verklaring van terbeschikkingstelling aan de arbeidsinspectie toe te zenden. Bij ontstentenis hiervan kan de werkgever niet genieten van de vrijstelling van het opstellen en bijhouden van de sociale documenten voor de nieuwe ter beschikking gestelde werknemers.

³³² DIMONA (Déclaration Immédiate / Onmiddellijke Aangifte) is de onmiddellijke elektronische melding van het begin en einde van een arbeidsrelatie tussen een welbepaalde werknemer en een welbepaalde werkgever. De verplichting tot onmiddellijke aangifte geldt voor alle werkgevers en gelijkgestelden in België voor al hun werknemers en daarmee gelijkgestelde personen. De Dimona-aangifte kan gebeuren per telefoon met druktoetsen, via de portaalsite van de sociale zekerheid of via file transfer.

Ten tweede moeten zij voor diezelfde ambtenaren een afschrift van de **documenten welke door de wetgeving van het land van vestiging voorzien zijn en welke vergelijkbaar zijn** met de individuele rekening en met de loonfiche, ter beschikking houden. De werkgevers houden een kopie (ongeacht welke vorm, als het maar leesbaar en controleerbaar is) van de vergelijkbare documenten naar keuze ofwel op de arbeidsplaats van de ter beschikking gestelde werknemer in België, ofwel op de Belgische woonplaats van een natuurlijke persoon die deze documenten bewaart als lasthebber of aangestelde van de werkgever. Indien dergelijke vergelijkbare documenten ontbreken, moeten de werkgevers de individuele rekening en de afrekening bij elke definitieve betaling van het loon naar Belgisch recht opstellen en bijhouden. Na die periode van 6 maanden moeten de werkgevers gedurende 5 jaar de kopie van de vergelijkbare documenten bewaren voor de inspectiediensten op de door hem gekozen plaats. Na afloop van de tewerkstelling in België, moeten de werkgevers de kopie van de vergelijkbare documenten samen met een inventaris ervan per aangetekende brief toezenden of tegen ontvangstbewijs neerleggen bij de arbeidsinspectie.

Indien aan deze twee voorwaarden wordt voldaan, worden de betrokken werkgevers dus vrijgesteld van het opstellen en bijhouden van de sociale documenten die volgens de Belgische reglementering worden vereist en dat gedurende 6 maanden. Wanneer deze zijn verstrekt, moeten de werkgevers echter worden beschouwd als in België gevestigd en zijn zij verplicht de sociale documenten die door de Belgische reglementering worden vereist op te stellen en bij te houden.

Omdat het vereenvoudigd stelsel beperkt is tot 6 maanden en sowieso nog heel wat administratieve formaliteiten met zich meebrengt, is het de vraag of het nieuwe systeem wel een antwoord biedt op de door het Hof van Justitie aangeduide **beperkingen van het vrije dienstenverkeer**³³³. De grens van 6 maanden is arbitrair en op zich een puur nationale invulling van wat als een dienstverrichting mag worden beschouwd. Het spreekt voor zich dat een buitenlandse werkgever die gedurende acht maanden werknemers naar België detacheert voor de uitvoering van een bepaalde opdracht, als dienstverlener evenzeer moet kunnen genieten van de vrijstelling als een dienstverrichter die hier voor 5 maanden werkzaamheden uitvoert. Door de invoering van een grens van 6 maanden, heeft de Belgische wetgever er eigenlijk voor gekozen om zich slechts gedurende een bepaalde periode met de vereisten ingevolge het vrij verkeer van diensten te conformeren. Heel wat dienstverrichters worden op deze manier toch verplicht om de Belgische sociale documenten bij te houden, terwijl zij helemaal niet als “op permanente wijze werkzaam in België” mogen worden beschouwd en dus niet als in België gevestigde werkgever mogen worden behandeld. Zij moeten in het licht van het vrij verkeer van diensten evenzeer aan de hand van vergelijkbare documenten uit hun lidstaat van vestiging aan de controle-eisen van de Belgische inspectiediensten kunnen voldoen. Overeenkomstig art. 49 EG zou de mogelijkheid voor dienstverrichters om vergelijkbare sociale documenten bij te houden wanneer zij een dienst verrichten in België dus niet in de tijd mogen worden beperkt. Dergelijke tijdslimiet staat immers haaks op de rechtspraak van het Hof van Justitie dat het tijdelijk en occasioneel karakter van een dienstverrichting geval per geval moet worden beoordeeld en meer bepaald moet worden getaxeerd niet alleen op de duur van de dienstverstrekking, maar ook op de frequentie, de regelmatigheid en de continuïteit ervan. Pas indien kan aangetoond worden dat de betrokken

³³³ DESMET, R. en VANDEBROEK, S., Invoering van de Wet van 5 maart 2002 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, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen in het kader van de Europese rechtspraak, *Expat News* 2003, afl. 6, 7-8.

dienstverrichter hier als gevestigd moet beschouwd worden, kan van hem worden verlangd dat hij zich volledig voegt naar de niet-versoepelde Belgische wetgeving inzake sociale documenten. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof dat de vrijheid van dienstverrichting niet mag worden gebruikt door een dienstverrichter wiens werkzaamheid geheel of voornamelijk op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst is gericht, om zich aan de regels te onttrekken die op hem van toepassing zouden zijn, ware hij op het grondgebied van die lidstaat gevestigd³³⁴. Hoe dan ook moet erop worden gewezen dat het vereenvoudigde stelsel nog steeds bijkomende administratieve last meebrengt voor buitenlandse werkgevers en hun genot van het versoepelde systeem nog steeds voorwaardelijk is, terwijl zij krachtens artikel 49 EG hoe dan ook recht hebben op dergelijke versoepeling. Zo is het de vraag of men de mogelijkheid van het voorleggen van vergelijkbare sociale documenten uit de lidstaat van vestiging wel mag koppelen aan het vereiste van het overleggen van de verklaring van terbeschikkingstelling. De mogelijkheid om dergelijke vergelijkbare documenten ter beschikking te houden vloeit voort uit de toepassing van primair Gemeenschapsrecht en zou ook moeten worden opengesteld voor dienstverrichters die niet expliciet voor het voorwaardelijk versoepelde systeem kiezen. De eraan gekoppelde voorwaarde moet in elk geval op haar rechtvaardiging, pertinentie en proportionaliteit beoordeeld worden. Gelet op de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de aanmeldingsplicht (zie verder), heeft de voorwaarde inzake het afleveren van een verklaring van terbeschikkingstelling weliswaar een grote kans op slagen.

In het arrest Finalarte besliste het Hof dat van een buitenlandse werkgever weliswaar kan worden verlangd dat hij meer gegevens moet verstrekken dan de ondernemingen die in de lidstaat van ontvangst zijn gevestigd, maar dat dit enkel kan wanneer dit verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd door objectieve verschillen tussen de buitenlandse werkgevers en de in de ontvangende lidstaat gevestigde werkgevers. Bovendien moet in de lidstaat van ontvangst worden nagegaan of de inlichtingen op de door de regeling van de lidstaat van vestiging verlangde documenten in hun geheel genomen toereikend zijn om de nodige controles in de lidstaat van ontvangst te kunnen verrichten³³⁵. Volgens de richtsnoeren betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten³³⁶ (hierna: “de detacheringsrichtsnoeren”) van de Europese Commissie is het ingevolge de samenwerkingsverplichting van artikel 4 van de Detacheringsrichtlijn voor de lidstaten niet langer zonder meer mogelijk te verlangen dat in de lidstaat van ontvangst bepaalde sociale documenten worden bijgehouden. Maar het moet voor de ontvangende lidstaat sowieso mogelijk blijven om van buitenlandse werkgevers te verlangen dat op de arbeidsplaats bepaalde documenten worden bijgehouden die noodzakelijkerwijze ter plaatse worden opgesteld en bijgehouden, zoals registers van de daadwerkelijke werktijd of documenten met betrekking tot de veiligheid en gezondheid op het werk. Onaanvaardbaar is echter dat zou worden geëist dat een tweede reeks documenten conform de wetgeving van de lidstaat van ontvangst wordt gevraagd, enkel omdat deze qua vorm of inhoud afwijken van de documenten uit de lidstaat van vestiging. Elke lidstaat moet dus met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel nagaan welke documenten noodzakelijkerwijs met het oog op de controle moeten worden opgesteld en bijgehouden door buitenlandse werkgevers.

³³⁴ H.v.J. nr C-33/74 (Van Binsbergen), 3 december 1974, *Jur.* 1974, 1299.

³³⁵ H.v.J. 25 oktober 2001, nr. C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 (Finalarte), *Jur. H.v.J.* 2001, 7831.

³³⁶ Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, Brussel, 2006, COM(2006) 159 definitief.

De detacheringsrichtsnoeren stellen met betrekking tot de mandatarisplicht dat de verplichting voor buitenlandse ondernemingen om over een vertegenwoordiger met een postadres in de lidstaat van ontvangst te beschikken, onevenredig is aan het doel van de controle op de arbeidsvoorwaarden van de werknemers. De Commissie meent dat het voldoende moet zijn iemand onder de werknemers, zoals een voorman, aan te wijzen die als contactpersoon tussen de buitenlandse onderneming en de inspectiediensten fungeert. In de richtsnoeren spreekt zij zich niet uit over de duurtijd van het bewaren van sociale documenten bij dergelijke mandataris. Onder het versoepelde systeem moeten na de periode van 6 maanden de werkgevers gedurende 5 jaar de kopie van de vergelijkbare documenten bewaren voor de inspectiediensten op de door hem gekozen plaats, zijnde de arbeidsplaats of bij de mandataris. Aangezien na de dienstverrichting deze documenten niet meer op de arbeidsplaats kunnen worden bewaard en dus een mandataris moet worden ingeschakeld, kan deze verplichting de gemeenschapsrechtelijke toets niet doorstaan.

VII.2.1.2 Sociale documenten van buitenlandse ondernemingen in de praktijk

In de praktijk stelt men quasi unaniem vast dat de versoepelde regeling voor het opstellen en bijhouden van sociale documenten niet aan de realiteit is aangepast. In het kader van een dienstverrichting met buitenlandse werknemers geeft men er de voorkeur aan om de controles uit te voeren aan de hand van de oorspronkelijke documenten uit het land van herkomst. Ook vóór het arrest Arblade / Leloup was men vooral geïnteresseerd in de oorspronkelijke documenten. Loondocumenten waaruit men kan afleiden wat de werknemers (wellicht) werkelijk betaald krijgen, zijn uiteraard veel interessanter dan een individuele rekening naar Belgisch recht met cijfers die niets voorstellen. Indien Belgische sociale documenten worden voorgelegd, gaat men er inderdaad bijna automatisch van uit dat deze “geconstrueerd” of “geprepareerd” zijn en wellicht nog minder de realiteit vertegenwoordigen dan de oorspronkelijke documenten. Of men nu Belgische of buitenlandse loondocumenten te zien krijgt, dan nog blijft de onzekerheid over het feit of deze bedragen dan effectief worden uitbetaald. Ook hier zou men moeten kunnen in contact treden met de buitenlandse socialezekerheidsorganen om te kijken welke bedragen werden aangegeven. Over de beoordeling van welke documenten als “vergelijkbaar” of “niet vergelijkbaar” moeten worden bestempeld bestaan geen duidelijke instructies en probeert elke controleur van geval tot geval te beoordelen of ze voor hem al dan niet dienstig zijn. Teneinde de rechtszekerheid te verhogen, zou dergelijke willekeur echter moeten worden vermeden en zou men een aantal vereisten moeten stellen aan de vergelijkbaarheid van documenten.

Het voorleggen van loondocumenten naar buitenlands model toont bovendien al een aanzet tot bereidwilligheid aan en dus worden deze in de praktijk vaak aanvaard, ook al werd niet voldaan aan de voorwaarde van voorafgaande verklaring van terbeschikkingstelling. Daarbij gaat men ervan uit dat de voorwaarden die in het KB worden gesteld om vergelijkbare documenten voor te leggen een juridische houvast bieden waarmee kan worden gespeeld. Indien de buitenlandse werkgever meewerkt, stelt men zich soepel op en doet men niet moeilijk over het niet vervullen van de voorwaarde. Krijgen de inspectiediensten geen medewerking, grijpen zij terug naar de juridische houvast en volgen zij de letter van de wet. Bovendien stelde men in sommige regio's vast dat men de verklaring van terbeschikkingstelling niet meer indiende eens men begon te ontdekken dat men door te opteren voor een verklaring meteen ook gekend was bij de inspectiediensten en een grotere kans op controle had. De voorwaarde van een verklaring van TBS om vergelijkbare documenten te mogen voorleggen is dus niet alleen overbodig, maar zelfs hinderlijk voor controledoeleinden.

De vrijstellingsperiode van 6 maanden wordt als irrelevant beoordeeld. Op de eerste plaats omdat dit inderdaad een arbitraire grens is die niet te verenigen is met de fundamentele vrijheid van dienstverrichting en toch moet worden herzien. Op zich wordt de keuze voor 6 maand al eigenaardig genoemd gelet op de sociaalrechtelijke detachering van 12 maanden, verlengbaar met nog een 12 maanden. Op de tweede plaats heeft men in het kader van een dienstverrichting zoals gezegd genoeg aan de voorlegging van de buitenlandse vergelijkbare documenten in combinatie met bijkomende informatie van de werkgever of van instellingen uit het land van oorsprong. Het opstellen en bijhouden van Belgische sociale documenten wordt pas nuttig indien men de betrokken ondernemingen als in België gevestigd mag beschouwen, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie. Tenslotte wordt met de termijn van 6 maanden door de werkgevers gegoocheld door na 6 maanden een nieuw project in te dienen en door de inspectiediensten zeer soepel omgesprongen waardoor deze de facto elke betekenis heeft verloren.

Dit alles neemt uiteraard niet weg dat het zeer moeilijk werken blijft met buitenlandse documenten en dat controleurs vaak enige goodwill moeten opbrengen om samen met de buitenlandse werkgever of zijn mandataris tot een geloofwaardige reconstructie te komen. Voor het vlot verlopen van deze controles is meestal de bijstand van een tolk of vertaler nodig. Het is dus van groot belang om daarvoor de nodige budgetten te voorzien.

VII.2.1.3 Vergelijkbare sociale documenten in de toekomst

De lege ferenda wordt grotendeels aan deze nood tot aanpassing tegemoet gekomen. In het **Wetsontwerp tot voorafgaande melding van gedetacheerde werknemers en zelfstandigen** wordt de vrijstelling enkel nog behouden voor het arbeidsreglement en de regels inzake het toezicht op de deeltijdse werknemers. De vrijstelling met betrekking tot het opstellen van de overeenkomst voor de tewerkstelling van studenten en huisarbeiders werd geschrapt voor zover de regels betreffende de contractuele aspecten worden bepaald door de wet van het land van herkomst. Ook het opmaken van een DIMONA-aangifte werd uit de vrijstellingen gelicht, aangezien de gevolgen van de voorafgaande melding in de betrokken socialezekerheidswetgeving moeten worden bepaald. De vrijstelling betreffende de loonsafrekening wordt behouden, maar komt niet meer voor onder de vrijstellingen inzake sociale documenten omdat zij niet langer afhankelijk wordt gesteld van de voorafgaande melding, die immers geen gegevens bevat betreffende de loonvoorwaarden van gedetacheerde werknemers. De loonsafrekening wordt geregeld onder een “vrijstelling door het bijhouden van gelijkwaardige documenten” in een nieuw artikel in de Loonbeschermingswet. Hetzelfde geldt voor de individuele rekening. Zo werden twee systemen van vrijstelling ingevoerd, nl. één op basis van de voorafgaande melding en één op basis van de vergelijkbaarheid van documenten. In de huidige regeling waren beide met elkaar vermengd. Na afloop van de tewerkstellingsperiode zijn de werkgevers, gedurende een periode van 2 jaren, ertoe gehouden de afschriften van deze vergelijkbare documenten over te zenden aan de inspectiediensten, op hun verzoek. Op het moment van schrijven van dit rapport is een ontwerp van Koninklijk Besluit³³⁷ hangende dat de periode van vrijstelling voor het bijhouden van bepaalde sociale documenten voor gedetacheerde werknemers vastlegt op 12 maanden in plaats van 6 maanden. Hoewel de loskoppeling tussen de vrijstelling en de meldingsplicht zeker de conformiteit met Europees Gemeenschapsrecht bewerkstelligd, blijven de bezwaren inzake het arbitrair karakter van dergelijke tijdsbepaling uiteraard van toepassing (zie hoger).

337

VII.2.2 Aanmeldingsplicht: verplichte verklaring van detachering

In de detacheringsrichtsnoeren van de Europese Commissie wordt het afhankelijk stellen, in het algemeen en voor alle activiteiten, van de verrichting van bepaalde diensten op het grondgebied van een lidstaat door een buitenlandse onderneming van de afgifte van een vergunning door de overheid aangemerkt als een belemmering van het vrij verkeer van diensten, overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie. Dergelijke verplichting bestaat in België niet voor dienstverrichters en op dat vlak doen zich dus geen problemen voor. Er kunnen natuurlijk wel vergunningen of erkenningen worden geëist voor de uitoefening van bepaalde activiteiten, zoals dat in België en in andere landen het geval is voor bvb. uitzendbureaus (zie hoger). Dergelijke vergunningseis vormt uiteraard en zonder uitzondering steeds een belemmering van het vrij verkeer van diensten en moet dus worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang en tevens aan de pertinentie- en proportionaliteitseis voldoen. Hierbij moet rekening worden gehouden met de controles en verificaties die reeds worden verricht in de lidstaat van vestiging. Een stelselmatige controle vooraf door voor detacheringen een voorafgaande vergunning of registratie te vereisen is hoe dan ook onevenredig. Anders is het echter voor een loutere aanmelding voor dienstverrichters die werknemers op het grondgebied van een lidstaat detacheren. Hoewel er geen rechtspraak van het Hof bestaat die specifiek betrekking heeft op de toelaatbaarheid van een verplichte aanmelding van een detachering. Deze toelaatbaarheid kan echter worden afgeleid uit arresten die betrekking hadden op de detachering van werknemers die onderdaan zijn van derde landen.

In het arrest Commissie t. Luxemburg³³⁸ werd de Luxemburgse werkvergunning als een onevenredig en dus niet passend middel beschouwd om de inachtneming van de Luxemburgse wetgeving en collectieve arbeidsovereenkomsten die ook van toepassing zijn op gedetacheerde werknemers die onderdaan zijn van een derde land, af te dwingen. Dergelijke vergunning brengt immers formaliteiten en vertragingen met zich die het vrij verrichten van diensten ontmoedigen. In één adem stelde het Hof in deze zaak een passend alternatief voorop en gaf mee dat de verplichting voor een dienstverrichter om de plaatselijke autoriteiten in kennis te stellen van de aanwezigheid van één of meer ter beschikking gestelde werknemers, de vermoedelijke duur van die aanwezigheid en de dienst of diensten die de terbeschikkingstelling nodig maakt of maken, een even doeltreffende en minder beperkende maatregel zou zijn dan het vereiste van een werkvergunning. Zij stelt de autoriteiten immers evenzeer in staat de naleving van de Luxemburgse sociale reglementering gedurende de terbeschikkingstelling te controleren, en daarbij rekening te houden met de verplichtingen waaraan de onderneming reeds moet voldoen krachtens de sociaalrechtelijke regels van de lidstaat van herkomst. In het arrest Commissie t. Duitsland³³⁹, eveneens met betrekking tot de detachering van werknemers die onderdaan zijn van een derde land en in het bijzonder aangaande het Duitse “Vander Elst-visum”, verklaarde het Hof net zoals in Commissie t. Luxemburg dat de verplichting voor de dienstverrichter om vooraf een eenvoudige verklaring af te geven dat de betrokken werknemers in de lidstaat waar zij door de onderneming worden tewerkgesteld, voldoen aan alle voorschriften, met name inzake verblijf, werkvergunning en sociale zekerheid, de nationale autoriteiten op een minder restrictieve en even doeltreffende wijze als de aan de

³³⁸ H.v.J. 21 oktober 2004, nr. C-445/03 (Comm. t. Luxemburg), *Jur. H.v.J.* 2004, nng.

³³⁹ H.v.J. 19 januari 2006, nr. C-244/04 (Comm. t. Duitsland), *Jur. H.v.J.* 2006, nng.

terbeschikkingstelling voorafgaande controle de waarborg zou bieden dat die werknemers zich in een regulier situatie bevinden en dat zij hun hoofdactiviteit uitoefenen in de lidstaat waar de dienstverrichter is gevestigd. Door een dergelijke verplichting kunnen de nationale autoriteiten die gegevens achteraf controleren en de nodige maatregelen treffen wanneer die werknemers zich in een irreguliere situatie zouden bevinden. Op basis van deze rechtspraak stelt de Commissie in haar detacheringsrichtsnoeren dat het de ontvangende lidstaat, om naleving van de in de Detacheringsrichtlijn vastgestelde arbeidsvoorwaarden te controleren, is toegestaan om – met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel – van de dienstverlener uiterlijk bij begin van de werkzaamheden een verklaring te verlangen met vermelding van de gedetacheerde werknemers en de duur, de plaats en de aard van de werkzaamheden. Eventueel kan de verklaring een vermelding bevatten waaruit blijkt dat de gedetacheerde werknemers uit derde landen in het land waar de dienstverrichter is gevestigd aan alle voorschriften, ook wat de visumvereisten betreft, voldoen en daar legaal werkzaam zijn. Belangrijk om te onthouden uit deze – weliswaar het Hof niet bindende – mededeling van de Europese Commissie is dat haars inziens een loutere aanmelding of verklaring van detachering vooraf verenigbaar is met het Gemeenschapsrecht, maar dat hierbij uiteraard het evenredigheidsbeginsel moet worden gerespecteerd en de betrokken regeling rond de aanmelding van detachering niet verder mag gaan dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken.

VI.2.2.1 Melding van detachering naar België

Zoals hierboven reeds uiteengezet, is dergelijke aanmelding van de detachering van werknemers op heden reeds voorzien in de Belgische wetgeving. Het gaat hier echter niet om een verplichte aanmelding bij elke detachering van werknemers naar het Belgische grondgebied. De “verklaring van terbeschikkingstelling”, met gegevens betreffende de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber, de werknemer(s), de toepasselijke arbeidsvoorwaarden en de terbeschikkingstelling, is louter facultatief en is enkel gericht op het toepasselijk worden van de versoepelde wetgeving inzake het bijhouden en bewaren van sociale documenten (zie hoger). Bovenstaande rechtspraak maakt wel duidelijk dat deze “verklaring van terbeschikkingstelling” in elk geval een met het Gemeenschapsrecht verenigbaar controle-instrument is. Een verplichte aanmelding van gedetacheerde werknemers en zelfstandigen staat echter in de startblokken en de betrokken nieuwe reglementering zal vermoedelijk vanaf 1 januari 2007 in werking treden, als één van de onderdelen van het LIMOSA³⁴⁰-project van de Belgische overheid. De hoofdlijnen van deze nieuwe regeling³⁴¹ werden hieronder opgenomen, de bepalingen inzake al dan niet zelfstandige stagiairs terzijde gelaten.

In de Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen wordt zowat meteen verwezen naar de “promotie” die in de rechtspraak van het Hof van Justitie werd gemaakt voor een loutere

³⁴⁰ Landenoverschrijdende Informatiesysteem ten behoeve van Migratieonderzoek bij de Sociale Administratie. Dit project, in het kader van de modernisering van het beheer van de sociale zekerheid, is gericht op het introduceren van een uniek elektronisch loket voor alle tewerkstelling vanuit het buitenland en zal dus niet alleen het platform zijn voor de veralgemeende meldingsplicht, maar ook voor de aanvraag van arbeidskaarten, beroepskaarten en verblijfsvergunningen. Wat detacheringen betreft, zal men daardoor over veel meer gegevens kunnen beschikken in vergelijking met de vandaag beschikbare gegevens, bvb. via GOTOT-in, waarin de socialezekerheidsrechtelijke detacheringsformulieren worden geëncodeerd.

³⁴¹ Voor dit rapport werd gewerkt met de versie van het wetsontwerp van 26 april 2006.

meldingsplicht bij grensoverschrijdende tewerkstelling. Naast deze principiële goedkeuring door 's Hof's rechtspraak en in de detachingsrichtsnoeren van de Europese Commissie, moet echter ook rekening gehouden worden met de door beide instelling benadrukte stelling dat dergelijke loutere melding evenwel ook moet worden beoordeeld op haar proportionaliteit. Het wetsontwerp hanteert een ruime definitie van werknemers: *“de personen die tegen loon en onder het gezag van een andere persoon, arbeidsprestaties leveren”*. Dit betekent dat er geen contract moet bestaan tussen partijen, maar een gezagsverhouding en het betalen van loon volstaat. Ook het begrip ‘gedetacheerde werknemer’ werd zo ruim mogelijk omschreven door naar het arbeidsrechtelijke begrip van detachering van werknemers, zoals het wordt omschreven in de Wet van 5 maart 2002, te verwijzen en niet naar de betekenis op het vlak van de sociale zekerheid, dewelke veel enger is (zie verder). Zo zal de melding ook moeten gebeuren voor simultane tewerkstelling op het grondgebied van meerdere landen. Socialezekerheidsrechtelijk is hier geen sprake meer van detachering, maar arbeidsrechtelijk valt dit onder de ‘detachingsconstructie’ omdat dergelijke werknemers zijn *“aangeworven in een ander land dan België”* en in België een arbeidsprestatie leveren (zie verder). Afhankelijk van waar deze werknemers wonen, zal de Belgische sociale zekerheid al dan niet op hen van toepassing zijn. Gedetacheerde zelfstandigen zijn *“alle natuurlijk personen die een beroepsbezigheid uitoefenen waarvoor zij niet door een arbeidsovereenkomst of door een statuut verbonden zijn, die in België tijdelijk één of meerdere zelfstandige activiteiten uitoefenen zonder er permanent te verblijven en die gewoonlijk werken op het grondgebied van één of meer andere landen dan België”* alsook *“de personen die uit het buitenland komen en zich naar België begeven om er tijdelijk een zelfstandige beroepsactiviteit uit te oefenen of om er zich tijdelijk te vestigen als zelfstandige”*. Het kan in het laatste geval gaan om een pas afgestudeerde buitenlander die zich hier tijdelijk komt vestigen zonder elders een beroepsactiviteit uitgeoefend te hebben. In de versie van 26 april 2006 van het wetsontwerp stemt de Memorie van Toelichting echter niet overeen met de tekst van het wetsontwerp, waar in de Memorie elke verwijzing naar de tijdelijkheid van de zelfstandige activiteiten ontbreekt.

Voor gedetacheerde werknemers moet de werkgever of zijn aangestelde of lasthebber de **elektronische melding** doen bij de R.S.Z. Indien men in de onmogelijkheid verkeert om een elektronische melding te doen, kan zij ook per fax of per brief. Na melding krijgt men een ontvangstbewijs. De melding moet gebeuren voordat de werkzaamheden op het Belgische grondgebied effectief worden aangevangen, teneinde “eerstedagsmeldingen” te voorkomen waarbij gedurende een controle door de inspectie vele van de aanwezig werknemers “pas die dag begonnen zijn met werken”. Indien de detachering langer duurt dan de initieel voorziene duur, moet een nieuwe melding gebeuren. Indien de detachering niet plaatsvindt op de oorspronkelijk voorziene datum, moet de aangever zijn melding annuleren voor het einde van de eerste kalenderdag die overeenkomt met de begindatum van de gemelde detachering. Bij detachering van een zelfstandige is het deze laatste of zijn lasthebber die de melding moet doen bij de R.S.V.Z.

Opmerkelijk hierbij is dat aan de verplichting tot voorafgaande melding van een detachering van een werknemer of een zelfstandige, ook verplichtingen werden gekoppeld voor de **eindgebruikers of opdrachtgevers**. Deze personen, bij wie de werknemer of zelfstandige, rechtstreeks of via een onderaanneming werkzaamheden verricht, moeten de elektronische melding van de identiteitsgegevens van deze personen doen bij de R.S.Z. / R.S.V.Z., indien zij het ontvangstbewijs na melding van de detachering niet kunnen voorleggen. Zij moeten

dat uiteraard doen vooraleer de tewerkstelling begint en krijgen hier eveneens een ontvangstbewijs voor. Dit sanctiemechanisme voor eindgebruikers en opdrachtgevers is, zoals eerder reeds gezegd, geïnspireerd op dat van artikel 69 van de wet op de economische heroriëntering van 4 augustus 1978, maar heeft een breder toepassingsgebied. Het nieuwe systeem houdt een aantal verbeteringen in ten aanzien van de huidige situatie. Zo zullen “eerstedagsmeldingen” worden vermeden en wordt er een “detacheringsbewijs” ingevoerd dat een bredere toepassing kent dan de E101, zich wereldwijd uitstrekt in plaats van binnen de E.E.R. en niet alleen betrekking heeft op werknemers, maar ook op zelfstandigen en stagiairs. Ook de twijfels rond de authenticiteit van een detacheringsformulier vormen geen punt meer in het geval van een elektronische aanmelding die on-line kan worden opgezocht. Bovendien komen er vormvereisten voor de melding en worden de meldingen gecentraliseerd en elektronisch beschikbaar voor alle inspectiediensten. Om naleving van de LIMOSA-aanmeldingsplicht te bewerkstelligen, is het uiteraard van het grootste belang dat hier zoveel mogelijk ruchtbaarheid wordt aan gegeven en dit vooral bij Belgische ondernemingen. Enkel buitenlandse ondernemingen die zeer vertrouwd zijn met de Belgische markt zullen dra op de hoogte geraken van de aanmeldingsplicht, maar dit kan anders zijn voor dienstverrichters die zich slechts occasioneel op de Belgische markt begeven. De kans dat deze laatste zich vlug zullen conformeren aan de aanmeldingsplicht is veel kleiner. Hier kan de rol van de eindgebruikers en opdrachtgevers cruciaal zijn. De nodige budgetten moeten dus worden voorzien om de informatiecampagne rond de nieuwe aanmeldingsplicht zo vroeg mogelijk te starten en deze zo ruim mogelijk op te vatten.

VI.2.2.2 De LIMOSA-aanmeldingsplicht en het vrij verkeer van diensten

Hierboven merkten we reeds dat de Europese rechtspraak zich reeds positief heeft uitgesproken over de mogelijkheid om een aanmeldingsplicht zoals deze die onder het LIMOSA-project wordt voorzien. Het gaat hier om een loutere aanmelding van een dienstverrichting en geenszins om een vergunnings- of registratieplicht. Er moet evenwel worden gewezen op de plicht van elke lidstaat om bij de invoering van dergelijke aanmeldingsplicht ook het **evenredigheidsbeginsel** indachtig te blijven, in die zin dat de betrokken maatregelen niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is voor de nagestreefde doelstelling, in het bijzonder de effectieve controle op gedetacheerde werknemers en zelfstandigen. In dit kader moet de vraag gesteld worden op wie de meldingsplicht rust, welke gegevens bij dergelijke aanmelding worden gevraagd en welke sanctiemechanismen daaraan zijn worden verbonden. Wat het personele toepassingsgebied betreft, werd terdege rekening gehouden met het door het Gemeenschapsrecht opgelegde proportionaliteits- en werden een aantal categorieën van personen vrijgesteld van de meldingsplicht daar deze voor hen tot een onevenredig zware verplichting zou leiden die het vrij verkeer kunnen belemmeren. Zo wordt vrijstelling voorzien voor werknemers tewerkgesteld in de sector van het internationaal vervoer van personen of goederen, voor werknemers in het kader van een initiële assemblage (cf. Detacheringsrichtlijn, zie hoger), werknemers die wetenschappelijke congressen of vergaderingen in beperkte kring bijwonen, etc... Wat de opgevraagde gegevens betreft, kan, abstractie makend van wat specifiek werd verklaard met betrekking tot gegevens betreffende werknemers die onderdaan zijn van een derde land, uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid dat dergelijke melding kan worden gebruikt om de lidstaat van bestemming in kennis te stellen van de aanwezigheid van één of meer ter beschikking gestelde werknemers, de vermoedelijke duur van die aanwezigheid en de dienst of diensten die de terbeschikkingstelling nodig maakt of maken. Zo werd de huidige stand van de rechtspraak ook in de detacheringsrichtsnoeren van de Europese Commissie geïnterpreteerd.

De **categorieën gegevens die worden gevraagd bij de verplichte melding** bij de detachering van werknemers zijn de identificatiegegevens van de werknemer, de begindatum en de duur van de detachering, het soort diensten verricht in het kader van de detachering, de plaats waar de arbeidsprestaties worden geleverd, de wekelijkse arbeidsduur, het werkrooster, de identificatiegegevens betreffende de werkgever, de identificatiegegevens van de Belgische gebruiker. Voor een zelfstandige gelden gelijkaardige verplichtingen en wordt eveneens het BTW-nummer of het ondernemingsnummer in het land van oorsprong gevraagd. Voor werknemers en zelfstandigen die regelmatig werkzaamheden uitoefenen op Belgisch grondgebied (“een activiteit die structureel in verschillende landen wordt uitgeoefend waarvan een substantieel deel in België, waardoor de betrokken persoon frequent korte periodes in België voor beroepsredenen aanwezig is”) werd een melding voorzien die maximaal 12 maanden geldig blijft en telkens na afloop van deze periode kan verlengd worden voor een volgende periode van maximaal 12 maanden. Deze regeling geldt echter niet voor activiteiten in de bouwsector of in de sector van de uitzendarbeid³⁴². De gegevens die worden gevraagd van de gebruiker of opdrachtgever zijn de eigen identificatiegegevens, de identificatiegegevens van de gedetacheerde en de identificatiegegevens van de werkgever van de gedetacheerde werknemer. Als gebruiker wordt van deze verplichting vrijgesteld elke natuurlijke persoon, indien de tewerkstelling van de gedetacheerde werknemers of zelfstandigen voor strikt private doeleinden geschiedt. *“De paragrafen die betrekking hebben op de inhoud van de groepen gegevens hebben als doel om de betrokken administraties toe te laten er de inhoud snel van te kunnen aanpassen, rekening houdend met de evolutie van de Europese rechtspraak”*. Het valt inderdaad af te wachten of de gevraagd gegevens een controle door het Hof van Justitie kunnen overleven. De uitkomst van dergelijke beoordeling is echter moeilijk te voorspellen. Vast staat dat de nieuwe meldingsregeling veel meer categorieën gegevens verplicht stelt dan door het Hof werden geformuleerd in zijn voorbeeld aangaande een “aanvaardbare aanmeldingsregeling”, waarin geen sprake was van de plaats waar de arbeidsprestaties worden geleverd, de wekelijkse arbeidsduur, het werkrooster, de identificatiegegevens betreffende de werkgever noch van de identificatiegegevens van de Belgische gebruiker. Op de tweede plaats kan mijn zich de vraag stellen of de **toezichtverplichtingen voor de gebruiker verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht**. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof dat het vrij verkeer van diensten niet alleen een fundamenteel verdragsrecht is voor de dienstverrichter, maar ook voor de ontvanger van de diensten welke onbelemmerd grensoverschrijdende dienstverleners moet kunnen aanspreken. Het staat buiten kijf dat de verplichting voor gebruikers en opdrachtgevers om niet-gemelde gedetacheerde werknemers of zelfstandigen aan te melden bij de Belgische autoriteiten een extra economische last vormt bij een beroep op een buitenlandse dienstverrichter en dus zonder twijfel een beperking op het vrij verkeer van diensten. Deze verplichting kan gebruikers immers afschrikken om een beroep te doen op een buitenlandse dienstverrichter. Uiteraard kan deze verplichting worden gerechtvaardigd door de bescherming van werknemers en in het bijzonder het mogelijk maken van een effectieve controle op de naleving van de op gedetacheerden toepasselijke Belgische wetgeving als dwingende reden van algemeen belang. Men zal echter grondig moeten nagaan of deze regeling niet verder gaat dan nodig is om een effectieve controle te organiseren. Door het feit dat de toezichtverplichting op de eerste plaats bij de overheid zou moeten liggen en reeds een gesanctioneerde meldingsplicht wordt voorzien voor de werkgevers van gedetacheerde werknemers alsook voor gedetacheerde zelfstandigen, zouden de bijkomende verplichtingen voor gebruikers als bijkomend, te vergaand en dus niet-passend sanctiemiddel kunnen worden beschouwd. Tenslotte zullen ook de **sancties die worden voorzien bij de niet-naleving van**

³⁴² Deze sectoren werden omwille van hun fraudegevoeligheid en de daaruit volgende nood om de exacte tewerkstellingslocaties en duur te kennen uitgesloten van de bijzondere regeling.

de meldingsplicht “binnen proportie” moeten blijven, gelet op de toepassing van het Gemeenschapsrecht. Het afschrikkend effect van deze sancties mag dus niet danig groot zijn dat dit het vrij verkeer van diensten onnodig zou belemmeren.

VII.2.2.3 De Nederlandse notificatieplicht

In Nederland werd in december 2005 eveneens een “**notificatieplicht**” ingevoerd, maar dit als alternatief voor het aanvragen van een tewerkstellingsvergunning in Nederland. De notificatieplicht werd gekoppeld aan de “grensoverschrijdende dienstverlening” van dienstverleners die zijn gevestigd in een E.E.R.-land of Zwitserland en zorgde ervoor dat de betrokken dienstverlener geen tewerkstellingsvergunning diende te vragen om vreemde arbeidskrachten op het Nederlands grondgebied een dienst te laten uitvoeren. De informatie die daarbij moet verstrekt worden zijn de identificatiegegevens van de dienstverlenende onderneming, de aard van de diensten en de identiteit van de werknemers. Er moet echter aan een aantal voorwaarden worden voldaan eer men onder de soepele notificatieplicht kan vallen. Het moet in de eerste plaats gaan om een tijdelijke dienstverlening in Nederland, waarvan sprake is als een Nederlands bedrijf of particulier aan een buitenlands bedrijf opdracht geeft om voor hem een bepaalde periode bepaalde afgeronde werkzaamheden uit te voeren. Het bedrijf moet die werkzaamheden ook in het land van oorsprong uitvoeren. De dienstverlener in kwestie moet buiten Nederland gevestigd zijn en met namen in de E.E.R. of Zwitserland. Ten derde moeten de werknemers van de dienstverlener in het vestigingsland van de dienstverlener wonen en (gewoonlijk) ook werken. Tenslotte mag de dienstverlening niet bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals door een uitzendbureau. Voor uitzendarbeid blijft de verplichting om tewerkstellingsvergunningen aan te vragen dus bestaan. Het onderscheid tussen dienstverlening waarvoor genotificeerd kan worden en dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten hangt vooral samen met de aard van de werkzaamheden en de gezagsrelatie. Als een dienst bijvoorbeeld bestaat uit eenvoudige handmatige oogstwerkzaamheden, waarbij de Nederlandse opdrachtgever bepaalt waar, hoe en hoe lang er gewerkt wordt, is er sprake van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en niet van dienstverlening. Voor deze vorm van dienstverlening kan niet genotificeerd worden, maar moet een tewerkstellingsvergunning worden aangevraagd. Als bij controle blijkt dat er geen melding is gedaan of er geen tewerkstellingsvergunning is verstrekt, zal de Nederlandse arbeidsinspectie een boete opleggen van 8.000 € per aangetroffen vreemdeling. Zowel de betrokken dienstverlener als de Nederlandse opdrachtgever in en eventuele intermediairs kunnen worden beboet. Als de dienstverlener binnen twee weken alsnog melding doet bij CWI en als aan alle overige voorwaarden wordt voldaan, kan de boete worden gematigd. Het valt meteen op de dat gegevens die worden gevraagd bij de notificatieplicht in Nederland beperkter zijn dan deze die in LIMOSA worden gevraagd en zelfs beperkter zijn dan de mogelijkheden die de lidstaten worden toegeschreven in de detacheringsrichtsnoeren van de Commissie, waar werd gesteld dat de lidstaten een verklaring kunnen verlangen met vermelding van de gedetacheerde werknemers en de duur, de plaats en de aard van de werkzaamheden.

VII.2.3 Vorderingsrecht voor gedetacheerde werknemers

Artikel 6 van de Detacheringsrichtlijn bepaalt dat, om het recht op de door de harde kern van gegarandeerde arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden te doen gelden, een rechtsvordering kan worden ingesteld in de lidstaat op het grondgebied waarvan de werknemer ter beschikking is of was gesteld. Dit onverminderd, in voorkomend geval, de mogelijkheid om, conform de bestaande internationale overeenkomsten inzake rechterlijke bevoegdheid, een

rechtsvordering in een andere staat in te stellen. Terzake is een wetsontwerp hangende. Het ontwerp geeft niet alleen de betrokken werknemer het recht om in België naar de rechter te stappen, maar geeft hetzelfde recht aan de vakbonden en de werkgeversorganisaties. De toestemming van de werknemer is daarvoor niet nodig. Er wordt door deze wetgeving geen afbreuk gedaan aan de regels van internationaal privaatrecht, waardoor de buitenlandse werkgever dus nog steeds kan gedagvaard worden voor de rechter van het land waar hij is gevestigd.

Dat dergelijk vorderingsrecht effectief een voordeel kan opleveren voor gedetacheerde werknemers, bewijst de zaak *Wolff & Müller*³⁴³, waar in het hoofdgeding een Portugese gedetacheerde werknemer betaling vorderde van achterstallig loon bij zijn Portugese werkgever en bij hoofdaannemer W&M, als hoofdelijke schuldenaren. Het is echter de vraag of gedetacheerde werknemers vaak beroep zullen doen op dergelijke bepaling. Daarom kan het vorderingsrecht van de vakbonden een goed kanaal zijn voor de eerstvolgende jaren na de invoering van het vorderingsrecht voor gedetacheerde werknemers, waar deze laatste ongetwijfeld nog een “bewustwordingsproces” met betrekking tot hun rechten in het kader van detachering zullen moeten doormaken. Ook de geleidelijke verhoging van hun levensstandaard en het niveau van sociale bescherming in hun lidstaat van oorsprong kunnen bepalend zijn voor de gebruikmaking van dergelijke vorderingsrecht. Waar het voordeel voor deze werknemers, zelfs ingeval van niet-naleving van bepaalde werknemersbeschermende reglementeringen, nog steeds zo groot is dat er aanzienlijke kloof blijft tussen hetgeen zij door hun detachering ontvangen en hetgeen zij door tewerkstelling in hun lidstaat van oorsprong kunnen ontvangen, zullen zij niet geneigd zijn zelf van dit vorderingsrecht gebruik te maken. Er rust hier zeker een grote verantwoordelijkheid op de werknemersorganisaties om deze mogelijkheid consequent te gaan toepassen en niet te vervallen in clientelisme en toepassing in het kader van eigen belangen.

VII.2.4 Hoofdelijke aansprakelijkheid

Ook in de zaak *Wolff & Müller* kreeg het Hof de gelegenheid om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een nationale maatregel inzake hoofdelijke aansprakelijkheid bij onderaanneming. In casu ging het om de Duitse “aansprakelijkheid als borg” tot betaling van het minimumloon aan een werknemer of tot betaling van de bijdragen aan een gemeenschappelijke instelling van de sociale partners. De Portugese gedetacheerde werknemers eiste betaling van zijn achterstallig loon zowel bij zijn Portugese werkgever als bij de Duitse bouwonderneming waarvoor zijn werkgever een bepaalde opdracht in onderaanneming had uitgevoerd en waarvoor hij naar Duitsland was gedetacheerd. Door deze aansprakelijkheid als borg ontstaan voor buitenlandse aannemers uiteraard extra administratieve kosten en lasten die het uitvoeren van werken in Duitsland minder aantrekkelijk maken en dus het vrij verkeer van diensten belemmeren.

Het Hof behandelde de zaak in het licht van de Detacheringsrichtlijn, waarvan de omzettingstermijn op het ogenblik van de feiten reeds was verstreken. Onder verwijzing naar artikel 3 en 5 van de richtlijn wijst het Hof erop dat de lidstaten adequate maatregelen moeten nemen ingeval niet aan de bepalingen van de richtlijn wordt voldaan, bijvoorbeeld wanneer de gewaarborgde betaling van het minimumloon niet wordt nageleefd. Een lidstaat kan passende procedures instellen om de betaling van het minimumloon aan gedetacheerde werknemers te garanderen. De lidstaten beschikken over een ruime beoordelingsmarge om de vorm en de

³⁴³ H.v.J. 12 oktober 2004, nr. C-60/03 (*Wolff & Müller*), *Jur. H.v.J.* 2004, 9553.

regels van dergelijke procedures vast te stellen, maar ze moeten daarbij uiteraard rekening houden met de verdragsrechtelijke fundamentele vrijheden, waaronder deze inzake het vrij verkeer van diensten. In deze zaak liet het Hof het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de Duitse aansprakelijkheid als borg het vrij verkeer van diensten belemmerde voor zover de toepassing ervan kosten en bijkomende administratieve en economische lasten meebrengt. Meteen daarna stelde het Hof evenwel dat dergelijke belemmering kan gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang zoals deze van de bescherming van werknemers. Daarvoor legde het Hof een verband tussen haar eerdere rechtspraak over de bescherming van het minimumloon en het onderhavige geval over een procedure om de betaling van het minimumloon te garanderen. Het stelde daaromtrent dat indien voorschriften inzake het minimumloon gerechtvaardigd zijn op basis van de bescherming van werknemers, hetzelfde dan logischerwijs moet gelden voor de versterking van de procedureregels op basis waarvan een gedetacheerde werknemer zijn recht op minimumloon met succes kan afdwingen. De handhavingsmaatregel wordt hier met andere woorden gerechtvaardigd op basis van het gerechtvaardigd zijn van de substantiële maatregel die erdoor gemakkelijker kan worden afgedwongen.

Daaropvolgend herhaalde het Hof van Justitie de hoger reeds toegelichte redenering die wordt gehanteerd om te besluiten dat een bepaalde maatregel effectief bijdraagt tot de bescherming van de werknemers, met name wanneer deze een reëel voordeel inhoudt en effectief bijdraagt tot de sociale bescherming van de betrokken werknemer. Met betrekking tot de aansprakelijkheidsregeling erkende het Hof dat deze objectief beschouwd³⁴⁴ een bijkomende bescherming bood voor gedetacheerde werknemers, omdat aan de normale schuldenaar voor de betaling van het minimumloon nog een extra schuldenaar werd toegevoegd, nl. de opdrachtgever, die dikwijls zelfs meet solvabel is dan de werkgever van de gedetacheerde werknemer. Het Hof kwam tot de conclusie dat dergelijke aansprakelijkheidsregeling wel degelijk gerechtvaardigd is op grond van de bescherming van de werknemers. Het geding ingespannen door de Portugese gedetacheerde werknemer ondersteunt op zich reeds deze stelling. Tenslotte gaf het Hof de nationale rechter de opdracht om na te gaan of de aansprakelijkheidsregeling aan het pertinentie- en proportionaliteitsvereisten voldeed.

Zonder op de feiten vooruit te lopen, moet hier ook melding worden gemaakt van het initiatief van de Minister van Werk om ook in België een vergaande regeling inzake de solidaire aansprakelijkheid van opdrachtgevers en hoofdaannemers voor sociale schulden. Op het moment van het schrijven van dit rapport was slechts een ruwe schets van de hoofdlijnen van het ontwerp bekend. De “hoofdelijk aansprakelijke opdrachtgever” zou neerkomen op al wie of elke rechtspersoon, met uitzondering van natuurlijke personen voor hun private behoeften of van hun huishouding, die rechtstreeks of via een tussenpersoon, de vervaardiging van een goed, een dienst of een werk in België laten uitvoeren door een werkgever met personeel. De opdrachtgever zou burgerrechtelijk aansprakelijk worden gesteld tot betaling van de sociale schulden van de werkgever die de opdracht uitvoert, in de mate dat de schulden betrekking hebben op prestaties verricht voor deze opdracht. Als sociale schulden worden in rekening genomen, “alle verschuldigde sommen waarop werknemers recht hebben ten laste van hun werkgever uit hoofde van hun arbeidsovereenkomst”, “de bijdragen voor de fondsen voor bestaanszekerheid” en de “sommen verschuldigd aan de Belgische R.S.Z.”. Er zou een

³⁴⁴ Het feit dat de maatregel vooral ingegeven is om oneerlijke concurrentie op de nationale markt tegen te gaan door de activiteiten van malafide buitenlandse ondernemingen doet hieraan geen afbreuk. Men moet steeds nagaan of de onderzochte regeling objectief gezien een voordeel inhoudt voor gedetacheerde werknemers. Bovendien zijn de strijd tegen deloyale concurrentie en de bescherming van werknemers allerminst tegengestelde doelstelling. Meer nog, het zijn twee hoofddoelstellingen van de Detacheringsrichtlijn.

hoofdelijk en niet-getrapt cascadesysteem worden ingesteld, waarbij elke bij eenzelfde opdracht betrokken (rechts-)persoon hoofdelijk en voor het geheel gehouden is tot voldoening van de sociale schulden. Deze kunnen pas aansprakelijk worden gesteld wanneer zij of één onder hen in laatste aanleg werd veroordeeld wegens tewerkstelling van illegale vreemde werknemers, zwartwerk of sociale fraude, wanneer lasten hen of één onder hen door een sociale inspecteur sociaalrechtelijke inbreuken werden vastgesteld of wanneer zij of één onder hen ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst wisten of redelijkerwijze behoorden te weten dat de lage prijszetting normaliter slechts mogelijk was door het niet naleven van bepaalde sociaalrechtelijke verplichtingen. In bepaalde gevallen zouden de betrokkenen kunnen worden vrijgesteld van de aansprakelijkheid, m.n. na het bewijs dat zij niets uit de prijszetting hadden kunnen afleiden, een bijdrage hebben geleverd aan het stopzetten of regulariseren van de onregelmatigheden of voorafgaand aan de aanvang van de werken een aantal verificaties hebben verricht of maatregelen hebben genomen. Op het moment van de eindredactie van dit rapport, lagen te werkzaamheden rond de voorbereiding van het wetsontwerp stil en was het, wegens de onzekerheid over de definitieve tekst, te voorbarig om hier reeds een evaluatie van te maken.

TITEL VIII: CONTROLE OP BUITENLANDSE ONDERNEMINGEN

VIII.1 CONTROLE DOOR I.S.W.

De Inspectiedienst van Toezicht Sociale Wetten (hierna I.S.W.) is één van de Belgische sociale inspectiediensten waarvan de bevoegdheden worden geregeld door de Arbeidsinspectiewet van 16 november 1972³⁴⁵. Deze wet regelt de bevoegdheden van de ambtenaren die onder het gezag staan van de minister van Werk (Inspectie Sociale Wetten, Inspectie Welzijn op het Werk en de inspectiedienst van de R.V.A.), de regionale minister van Werk (Inspectie Werkgelegenheid (Vlaamse Gemeenschap), Gewestelijke Sociale Inspecties (Waalse en Brussels Hoofdstedelijk Gewest), de minister van Sociale Zaken (Sociale Inspectie, Inspectie van het RIZIV, Inspectie van de R.S.Z., Inspectie van de RJV, Inspectie van het FAO, Inspectie van de RKW en Inspectie van de RSVZ) en de minister van Economische Zaken (controlediensten werden overgeheveld naar de FOD WASO). De sociale inspectiediensten zijn geen officiers van gerechtelijke politie en putten dus geen bevoegdheden uit het Wetboek van strafvordering. De meeste sociale wetten bepalen dat ook officiers van gerechtelijke politie bevoegd zijn om inbreuken op sociale wetten op te sporen en vast te stellen alhoewel in de praktijk de politiediensten, met uitzondering van enkele gespecialiseerde units, zelden optreden op het vlak van sociale misdrijven³⁴⁶.

VIII.1.1 Kernopdrachten en buitenlandse dossiers: samensmelting?

Eén van de **kernopdrachten van I.S.W.** is het informeren, adviseren, verzoenen en controleren in de verschillende domeinen van het reglementair arbeidsrecht en het collectief arbeidsrecht. Daarnaast is I.S.W. ook verantwoordelijk voor info en advies inzake burgerlijk arbeidsrecht en het niet-verbindend verklaard conventioneel arbeidsrecht. I.S.W. omvat een

³⁴⁵ Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie, *BS* van 8 december 1972.

³⁴⁶ BARANYAI, M., BLOMME, F., DEPUYDT, K., TIJSEBAERT, C., VANDECASTEELE, W., VANKERSSCHAEVER, J. en VAN EECKHOUTTE, W., *Dossiers Sociaal Strafrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2005, 14-15.

hoofdbestuur en 25 externe directies die hun bevoegdheid uitoefenen over een bepaald ambtsgebied. Naast deze territoriale ambtsgebieden omvat I.S.W. eveneens twee directies “vervoer” die de controles inzake transport van goederen op de weg coördineren. Samen met vier andere inspectiediensten heeft I.S.W. een belangrijke rol bij de opsporing en controle van frauduleuze tewerkstelling en zwartwerk. Het gaat meer bepaald om de verzameling van de inspectiediensten van I.S.W., de Sociale Inspectie van de FOD Sociale Zekerheid, de inspectie van de R.V.A. en de inspectie van de R.S.Z.. Zij hebben in deze gelijklopende bevoegdheden op het vlak van de controle op de naleving van de wetgeving inzake het bijhouden van sociale documenten en DIMONA-aangifte, de tewerkstelling van buitenlandse werknemers en de deeltijdse arbeiders. Bij de bestrijding van illegale tewerkstelling van buitenlandse werknemers zijn deze vier sociale inspectiediensten, evenals de regionale inspectiediensten, betrokken³⁴⁷.

Naast deze “traditionele opdrachten” van I.S.W., worden de controleurs de laatste jaren in toenemende mate geconfronteerd met complexe buitenlandse dossiers, lees activiteiten van buitenlandse ondernemingen op Belgisch grondgebied, vooral in het kader van de detachering van werknemers en meteen één van de aanleidingen tot dit rapport. Vaak gaan deze activiteiten gepaard met allerlei vormen van deloyale concurrentie en is er sprake van sociale dumping of van sociale fraude in het land van herkomst. De grensoverschrijdende elementen van deze dossiers en de problemen bij de ontrafeling ervan doen zich voor in elk ambtsgebied van I.S.W.. Daarom werd gekozen voor de oprichting van een netwerkcel voor de coördinatie van de controle op buitenlandse werkgevers met netwerkcoördinatoren. In Brussel en in Wallonië werden dergelijke netwerkinspecties pas in september 2006 ingesteld, waardoor een evaluatie in het kader van dit onderzoeksrapport uitgesloten was.

De instelling van netwerkinspecties voor de controle op buitenlandse ondernemingen wordt in grote lijnen als zeer positief geëvalueerd. De reorganisatie en heroriëntering van I.S.W. met het oog op een gecoördineerde aanpak van de problematiek was hoe dan ook noodzakelijk. Het was belangrijk om alle districten op één lijn te krijgen in het kader van de verhoogde aandacht voor de materie, aangezien deze laatste varieerde van regio tot regio. COVRON wordt vooral belangrijk geacht omdat I.S.W. het fenomeen van de deloyale concurrentie met de eigen traditionele bevoegdheden niet even efficiënt kan aanpakken als met de waaier van bevoegdheden die aan COVRON vasthangen. Het werd als logisch omschreven dat de FOD WASO in deze een voortrekkersrol moet spelen, aangezien de niet-naleving van de Belgische loon- en arbeidsvoorwaarden meestal het eerste grote probleem is dat zich stelt in deze dossiers. Er schort echter nog heel wat aan de invulling van de uitgestippelde structuur en dit vooral in bepaalde regio’s, waardoor de organisatie eerder warrig verloopt en de netwerkdirecties niet hun verhoopte effect kennen. Hoofdrede achter de moeilijkheden in sommige regio’s is dat men, naast het feit dat men voor een optimale werking van COVRON hoe dan ook aan personeelsuitbreiding moet doen, met “**Chinese vrijwilligers**” moet werken. Deze mensen zijn niet happig op de idee dat zij worden aangesteld om zich op buitenlandse dossiers te concentreren en achten deze “nieuwe taakverdeling” niet verenigbaar met wat zij van hun tewerkstelling binnen I.S.W. verwachten. In andere districten, waar uitsluitend met door deze problematiek gebeten en daardoor sterk gemotiveerd personeel kan worden gewerkt, verloopt de invulling nagenoeg vlekkeloos. Hierbij moet echter direct worden aangevuld dat men het er in alle directies unaniem over eens is dat de aanpak van buitenlandse dossiers zeer moeilijk te combineren is met de kerntaken van I.S.W. (zie verder).

³⁴⁷ BARANYAI, M., BLOMME, F., DEPUYDT, K., TIJSEBAERT, C., VANDECASTEELE, W., VANKERSSCHAEVER, J. en VAN EECKHOUTTE, W., *Dossiers Sociaal Strafrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2005, 16-17.

Bovendien werd melding gemaakt van de nood aan een betere administratieve omkadering van COVRON. De mensen die als medewerkers voor COVRON werden aangeduid, werken administratief nog onder hun district, maar werken inhoudelijk voor COVRON. Dit betekent dat administratieve taken, bijvoorbeeld rond de aanvraag van een registratienummer, binnen COVRON vaak door de inspecteurs zelf moeten worden uitgevoerd. In de praktijk wordt vastgesteld dat de hoeveelheid administratie die aan bepaalde controles vasthangt, de motivatie bepaalt waarmee medewerkers eraan beginnen. Er komt voor alle dossiers al veel schrijfwerk kijken bij een controle door I.S.W. en elke extra belasting werkt demotiverend voor mensen die in beginsel zeer geïnteresseerd zijn om mee te werken aan de aanpak van controles buitenlandse werknemers.

Naast de bovenstaande “human resources problemen”, komen in het kader van COVRON echter in verschillende districten andere problemen aan de oppervlakte die zich situeren op het vlak van de **samenwerking tussen de verschillende districten**. Blijkbaar wordt meermaals vastgesteld dat binnen I.S.W. de nodige structuren en informatie-uitwisseling ontbreekt om buitenlandse werkgevers die actief zijn op het Belgische grondgebied op een zo efficiënt mogelijke manier aan te pakken. Zo wordt in sommige gevallen door verschillende I.S.W.-districten op dezelfde werkgever gecontroleerd omdat de dossiers te weinig worden gecoördineerd. Dit leidt tot dubbel en dus overbodig werk. Bovendien worden buitenlandse werkgevers op die manier onnodig belast, hetgeen hun bereidheid tot medewerking niet verhoogt. Voor bepaalde werkgevers zijn soms 6 dossiers geopend binnen I.S.W.. Dit kan simpelweg te wijten zijn aan het feit dat de dossiers in de verschillende districten een andere naam krijgen, waardoor het verband niet wordt opgemerkt. Binnen het netwerk zou de structuur moeten worden voorzien om volledig op de hoogte te zijn van elkaars dossiers en zouden de vaststellingen met betrekking tot een bepaalde werkgever moeten worden gecentraliseerd in één district.

Eén van de meest vernoemde problemen is de moeilijke **combinatie van de controles op buitenlandse werknemers met de traditionele “kerntaken” van I.S.W.**, zoals hierboven omschreven. Alle netwerkdirectiehoofden zijn het er over eens dat de controle op buitenlandse werkgevers heel wat complexer zijn en veel meer energie opslokken dat de kerntaken van I.S.W.³⁴⁸. Er moet veel meer gewerkt worden door het bijkomende denkwerk, schrijfwerk en de voortdurende nood aan samenwerking met andere diensten. Door de voortrekkersrol die door de FOD WASO wordt gespeeld, worden in sommige regio's daarenboven vlugger buitenlandse dossiers door andere inspectiediensten naar de inspectiediensten I.S.W. doorgeschoven. Bovendien wordt ook vaak werk geleverd in het kader van bevoegdheden van andere inspectiediensten. Tevens is er meestal een zeer grote “betrokkenheid” bij deze dossiers, die volgens een meerderheid van de ondervraagden niet van iedereen kan verwacht worden. Er moet bovendien gewerkt worden met beperkte middelen. Iedereen krijgt een aantal dossiers dat hij probeert af te werken binnen een bepaalde tijd. Vaak moet men een paar keer aan dergelijke onderzoeken herbeginnen vooraleer men alle finesses van de bestudeerde constructies kan doorgronden. Door deze extra werkdruk halen de betrokken medewerkers de vastgestelde grens van 200 dossiers per

³⁴⁸ Vb. Bij controle wordt een onderaannemer aangetroffen die deel uitmaakt van een groep die vestigingen heeft in Ierland, Engeland, Nederland en Portugal. De firma heeft dus verschillende filialen die beurtelings aan de hoofdaannemer factureren. De werknemers blijven echter steeds dezelfde en werken allemaal voor de groep. Wanneer de Engelse firma wordt geschrapt als aannemer, schuiven ze de Ierse firma naar voor. Hetzelfde gebeurt met de Portugese vestiging wanneer de Nederlandse firma wordt geschrapt. De verschillende firma's schuiven de verantwoordelijkheid steeds naar elkaar door en dergelijke onderzoeken vergen enorm veel tijd van controleurs om dergelijke constructies uit te vlooien.

jaar helemaal niet. Uiteraard wordt in deze gevallen flexibel met deze grens omgesprongen, maar anderzijds werd deze voor de met buitenlandse dossiers belaste medewerkers nog niet officieel naar beneden gehaald. Een nieuwe grens van 60 dossiers per jaar werd reeds voorgesteld, maar werd nog niet bevestigd. Aangezien controleurs op die manier steeds met een “virtuele achterstand” leven, zou men een nieuw resultatenbeleid moeten uitwerken dat in de plaats komt van een “gedoogbeleid”. Vele medewerkers werken reeds gedurende lange tijd in een bepaald patroon en hebben moeilijkheden om zich aan dergelijke zwaarwegende dossiers aan te passen. Deels gaat de aanpak van deze dossiers ook gepaard met een zekere frustratie, aangezien de onderzoeken naar buitenlandse firma’s soms weinig opleveren, er weinig wordt geregulariseerd, het moeilijk is om buitenlandse ondernemingen en buitenlandse overheidsdiensten aan te spreken en men meestal onzeker blijft over de afloop van de dossiers, in die zin dat men voortdurend met de vraag geconfronteerd wordt of de behaalde regularisatie al dan niet enkel op papier werd uitgevoerd. In het bijzonder werd geopperd dat de inspectiediensten zich veel meer moeten kunnen profileren op het vlak van fraudebestrijding. Daarvoor zou een aantal van de huidige kerntaken kunnen worden uitgestoten. Het voorbeeld van de opdrachten in het kader van C.A.O. nr. 26³⁴⁹ werd hiervoor aangehaald. Er werd gesteld dat dergelijke onderzoeken vaak het beeld van de inspectiediensten bij de burger vertroebeld doordat zij enerzijds opsporend en repressief optreden en anderzijds adviserend en administratief optreden, waardoor zij in de voormiddag nog geld uitdelen onder CAO nr. 26 en in de namiddag gaan controleren op zwartwerk.

VIII.1.2 Specialiseren of niet specialiseren?

De vraag die in dit verband vaak wordt gesteld is of er een nood bestaat aan (bijkomend) gespecialiseerd personeel voor een betere aanpak van het fenomeen. Met de instelling van de netwerkdirecties werd op zich reeds gekozen voor de aanduiding van medewerkers die zich in het bijzonder op de problematiek moeten concentreren. Een bijkomende vraag is dan of alle controleurs dergelijke dossiers moeten kunnen afhandelen of zij, integendeel, beter deze dossiers kunnen doorschuiven naar de aangeduide specialisten. Op de eerste plaats moet worden erkend dat, gezien de bijkomende belasting die met deze dossiers gepaard gaat, de afhandeling ervan op louter individuele basis niet van iedere controleur kan worden verwacht. Het lijkt logisch dat voor een economische aanpak in elk district specialisten worden voorzien die minstens ondersteuning kunnen bieden. Daaraan wordt zeker tegemoet gekomen door de netwerkstructuur. Bovendien zou men optimaal van de beschikbare specialisaties kunnen gebruik maken indien men dossiers met een bepaalde complexiteitsgraad naar de aangeduide specialisten kan doorschuiven. Het zou immers niet opgaan om enerzijds een speciaal netwerk op te richten voor de controle op buitenlandse werkgevers, waardoor men impliciet erkent dat deze een speciale aanpak en een zeker niveau van specialisatie vergen en anderzijds te ontkennen dat een specialisatie nodig is om deze dossiers af te handelen en bijgevolg iedere controleur ermee te belasten. Door de bevrageden wordt deze stelling grotendeels ondersteund. Voor de controle op buitenlandse werkgevers is gespecialiseerd personeel vereist, aangezien deze dossiers een aparte aanpak en een aangekweekte feeling vragen. Het eenvoudige voorbeeld van de vereiste expertise om buitenlandse loonfiches te kunnen analyseren geeft aan dat men een zekere bedrevenheid verwerft. Meestal toonde men zich voorstander van de beschikbaarheid van specialisten, waardoor elke controleur een buitenlands dossier tot op een bepaald niveau individueel moet kunnen afhandelen. Als mogelijk argument contra specialisatie werd er door een kleine minderheid op gewezen dat het zou fout zijn een specialisatie te maken van de controle op buitenlandse ondernemingen

³⁴⁹ CAO nr. 26 van 15 oktober 1975, <http://www.cnt-nar.be/CAO/cao-26.doc>

omdat men daarmee noodgedwongen een hokjesmentaliteit in het leven roept en een verdere versnippering van de diensten bewerkstelligd. De realiteit is dat men bij controles verschillende zaken aantreft waarbij men zich niet op deelaspecten mag concentreren, maar een geïntegreerde aanpak moet voorstaan. In deze optiek wordt verdere specialisatie als artificieel beschouwd.

Idealiter worden voor deze taken nieuwe mensen aangeworven die de beschikbare expertise kunnen aanvullen. Nieuwkomers die zouden worden aangeworven voor de behandeling van buitenlandse dossiers moeten daarbij in een profiel- en taakomschrijving op de hoogte worden gesteld van de precieze inhoud van de controle op buitenlandse werknemers. Zij moeten op basis van hun kennis en motivatie voor het betrokken onderwerp worden geselecteerd. Het wordt echter raadzaam geacht voor deze mensen een voldoende lange stageperiode te voorzien gedurende dewelke zij ervaring kunnen opdoen in de kerntaken van I.S.W., maar onderwijl worden voorbereid op de gespecialiseerde aanpak van buitenlandse ondernemingen.

VIII.1.3 Het controle-instrumentarium

VIII.1.3.1 Klassiek instrumentarium versus nieuwe tools

Bij de opsporing en de controle van sociale misdrijven met betrekking tot de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, kunnen de I.S.W.-inspecteurs uiteraard op de eerste plaats gebruik maken van wat men hun “**traditionele bevoegdheden en instrumenten**” zou kunnen noemen. Zo kunnen de inspecteurs zich op elk ogenblik van de dag of de nacht, zonder voorafgaande waarschuwing, toegang verschaffen tot alle inrichtingen en andere werkplekken waarvan zij menen dat ze aan hun controle zijn onderworpen. Tot bewoonde lokalen hebben zij echter alleen toegang mits voorafgaande toestemming van een rechter bij de politierechtbank. Zij kunnen de werkgever al dan niet vooraf op de hoogte brengen van hun bezoek, naargelang zij zulks opportuun achten. Wanneer zij dat nodig achten, kunnen zij onderzoeken, controles en enquêtes instellen en inlichtingen inwinnen. Zij hebben hierbij inzonderheid het recht om de werkgever en de werknemers te verhoren; zich, zonder dat zij zich daarvoor hoeven te verplaatsen, elk krachtens de wet bij te houden document te doen overleggen en daarvan copies te maken; inzage en afschrift te nemen van ieder document dat zij nodig achten voor het vervullen van hun opdracht; tegen ontvangstbewijs beslag te leggen op ieder document dat als bewijs kan dienen van een overtreding; te eisen dat de wettelijke voorgeschreven mededelingen worden aangeplakt; de identiteit te controleren van de personen die zich op de werkplek bevinden, van de personen te eisen dat zij identiteitsbewijzen overleggen, te trachten met andere middelen (foto-, film- of video-opnamen) de identiteit van de personen te achterhalen³⁵⁰.

Tenslotte kunnen zij, als deel van het “klassiek instrumentarium”, naar hen eigen appreciatie **op een bepaalde manier optreden**. Zij kunnen nl. waarschuwingen of raad geven, maar ook voor de overtreder een termijn vaststellen waarbinnen hij zich in regel moet stellen (“regulariseren”) waarbij de duur van de termijn wordt eveneens aan de appreciatie van iedere inspecteur overgelaten. Maar zij kunnen ook ervoor kiezen processen-verbaal op te stellen, die bewijskracht hebben tot bewijs van het tegendeel en hun processen-verbaal aan het arbeidsauditoraat overmaken. Hun appreciatie zal gebeuren op basis van de ernst en de aard van de inbreuk, de aanwezigheid van bedrieglijk opzet, de belangen van de werknemers, de belangen van de overheid, de bereidwilligheid van de werkgever en zij recidivisme alsook de

³⁵⁰ Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie, BS van 8 december 1972.

richtlijnen binnen de dienst om tot een zekere harmonisatie van het optreden te komen. Tenslotte kunnen zij de bijstand van de gemeentepolitie en de rijkswacht inroepen en met andere inspectiediensten inlichtingen uitwisselen die zij verkregen bij het vervullen van hun opdracht.

Wanneer een inspecteur heeft beslist om een proces-verbaal over te maken aan het **arbeidsauditoraat**, heeft dit laatste de bevoegdheid om de zaak te seponeren, de inspecteur om een bijkomend onderzoek te vragen, een minnelijke schikking voor te stellen of de betrokken te vervolgen. Wanneer er geen strafrechtelijke vervolging wordt ingesteld, kan de directeur-generaal van de Algemene directie van de studiën de betrokkene een administratieve geldboete opleggen. In bijna alle regio's verloopt de samenwerking tussen I.S.W. en het arbeidsauditoraat op een zeer constructieve manier en geeft dit laatste genoeg blijk van gevoeligheid voor de materie van de controle op buitenlandse ondernemingen. Het arbeidsauditoraat wordt echter evenzeer geconfronteerd met de problemen om een sterke zaak te maken tegen buitenlandse werkgevers en zien zich vaak gedwongen andere prioriteiten te kiezen. Dit en de gekende onderbemanning van het auditoraat zorgt ervoor dat in het kader van de controle op buitenlandse ondernemingen weinig vervolgd wordt en dus alle hoop op regularisering moet worden gesteld. Er werd echter ook, zij het slechts voor één enkele regio, melding gemaakt van volkomen desinteresse door het arbeidsauditoraat in de "detacheringsproblematiek" in de ruime zin van het woord. Als het enkel gaat om controle op loon- en arbeidsvoorwaarden, zal het auditoraat daar onder geen enkel beding een georganiseerde controle instellen. De enige materies die prioriteit krijgen zijn de tewerkstelling van clandestiene arbeidskrachten en mensenhandel. Andere sociaalrechtelijke inbreuken zoals het niet betalen van (over)loon, premies, de niet-naleving van de arbeidsduurreglementering moeten volgens het betrokken auditoraat burgerrechtelijk afgehandeld worden. Daarbij wordt naar het vangnet van de administratieve geldboetes verwezen. Zeer veel dossiers met een niet te onderschatten socio-economische impact moeten daardoor het onderspit delven. Wat de regularisaties betreft in buitenlandse dossiers, werd door alle ondervraagden benadrukt dat deze vaak zeer moeilijk verkregen worden en, indien men tot een akkoord kan komen met de betrokken buitenlandse werkgever, men nog geen zekerheid heeft dat de geregulariseerde bedragen effectief zullen worden betaald. Het stopzetten van misbruiken is veelal een prioritaire doelstelling. De afhandeling van zaken door administratieve geldboetes wordt bijna unaniem als weinig doeltreffend beschouwd, gelet op het geringe aantal dat effectief wordt opgelegd en de laattijdigheid waarmee over het opleggen van de boetes wordt beslist, maar vooral omwille van de lage boetes die worden opgelegd. Vaak worden deze "met de glimlach" betaald aangezien zij in het niets verzinken bij de winsten die door de gebruikelijke fraudevormen op korte tijd kunnen worden gemaakt en daardoor elk afschrikwekkend effect missen. Wanneer een dossier terugkomt waarin werd beslist over het opleggen van een administratieve boete in de vorm van een brief waarin zonder verdere motivering "geklasseerd wegens inopportunititeit" wordt vermeld, leidt dit daarenboven vaak tot groot ongenoegen bij de controleurs die aan de betrokken dossiers hebben gewerkt.

Naast de klassieke instrumenten waarover de sociale inspecteurs beschikken, werden er de laatste jaren enkele tools ontwikkeld die gebaseerd zijn op IT-toepassingen en zich "vasthechten" aan de informatisering van de sociale zekerheid. De spil voor deze toepassingen is de vernieuwde Portalsite van de Sociale Zekerheid³⁵¹, waarop verschillende toegangen worden gecreëerd voor werkgevers, werknemers, maar ook voor "professionals

³⁵¹ <http://www.socialsecurity.be>

van de sociale sector”. Onder deze laatste hoofding werden toepassingen voorzien die specifiek gericht zijn op de activiteiten van de sociale inspectie, zoals raadpleging van GENESIS, het Rijksregister, de Dimona-aangifte, het personeelsbestand, DmfA en raadpleging van de werkmeldingen. GENESIS bevat op dit ogenblik twee grote functionaliteiten: het “synthetisch kadaster van onderzoeken” en de “geïntegreerde consultatie van de noodzakelijke signaletiek van de onderzoeken”. Het “synthetisch kadaster van de onderzoeken” is een database die informatie bevat over de lopende of afgesloten onderzoeken bij de inspectiediensten van R.S.Z., T.S.W., de Sociale Inspectie en de inspectie van de R.V.A. Daarin kan men gegevens consulteren over ondernemingen en de natuurlijke personen die het onderwerp van een onderzoek zijn, of zijn geweest, in één van deze inspectiediensten. De “geïntegreerde consultatie van de noodzakelijke signaletiek van de onderzoeken” maakt het mogelijk gegevens uit het Rijksregister, uit het R.S.Z.-register van werkgevers, uit het personeelsbestand, uit Dimona, uit DmfA, uit de Kruispuntbank van Ondernemingen, uit Duc (“werkmeldingen”) en uit Gotot te raadplegen. Tijdens de consultatie kan de inspecteur de ontvangen gegevens die hij relevant acht opslaan als bewijsstukken en deze bewijsstukken aan een onderzoek toevoegen. De toegang is gereserveerd voor de professionals van de betrokken inspectiediensten. Voor de raadpleging van het Rijksregister wordt een beroep gedaan op gegevens die ter beschikking worden gesteld door de Kruispuntbank voor Sociale Zekerheid voor alle natuurlijke personen die ingeschreven zijn in de bevolkings- en vreemdelingenregisters die worden bijgehouden in de gemeenten. Iedere natuurlijke persoon die in België verblijft, moet immers in zijn hoofdverblijfplaats in één van die registers worden ingeschreven. De raadpleging van dit register laat toe de belangrijkste wettelijke identificatiegegevens te consulteren. Consultatie is mogelijk op basis van het Rijks- of Bis-registernummer (INSZ) of op basis van de naam en de geboortedatum. De onmiddellijke aangifte van tewerkstelling (DIMONA) is, zoals reeds vermeld, een elektronisch bericht waarmee de werkgever de RSZ ervan op de hoogte brengt dat hij een werknemer aanwerft of dat een werknemer zijn onderneming verlaat. Deze bestaat voor alle werkgevers van de private en de publieke sector sinds 1 januari 2003 en is een zeer handig instrument voor de inspectiediensten om na te gaan of de op de arbeidsplaats aanwezige werknemers werden aangegeven bij de Belgische socialezekerheidsinstellingen. Het personeelsbestand is een database van Dimona-relaties tussen werkgevers en werknemers die wordt afgeleid uit de Dimona-aangiftes. De elektronische RSZ-kwartaalaangifte “DmfA” is een driemaandelijks aangifte waarbij een werkgever de loon- en arbeidstijdgegevens kan doorsturen die betrekking hebben op zijn werknemers. Deze aangifte kan alleen via elektronische weg en is de basis voor het contact tussen de werkgevers en de sociale zekerheid. Deze aangifte gebeurt ofwel door de werkgevers zelf ofwel door een erkend sociaal secretariaat of een andere dienstverlener (boekhouder, softwarebureau of andere tussenpersonen die de sociale administratie van de onderneming verzorgen). Tenslotte kunnen de sociale inspectiediensten via de portaalsite de verschillende soorten werkmeldingen raadplegen. Deze hebben allen betrekking op aannemers die zijn gebonden aan bepaalde wettelijke verplichtingen inzake de melding van werken. Naar gelang van de aard en de omvang van de uitgevoerde werken, moeten diverse meldingen aan verschillende instellingen uitgevoerd worden die aan de hand van de toepassing “werkmeldingen” op de portaalsite van de sociale zekerheid gelijktijdig of apart kunnen worden doorgevoerd. Het gaat daarbij onder andere over de melding van de werken “30bis” aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, maar ook om de melding van werken aan het Nationaal Actiecomité voor Veiligheid en Hygiëne in het Bouwbedrijf of de melding van tijdelijke of mobiele bouwplaatsen aan de FOD WASO, Administratie Arbeidsveiligheid, etc ... Tenslotte wordt

een beroep gedaan op de GOTOT-database. De toepassing GOTOT-IN³⁵² ("GrensOverschrijdende Tewerkstelling – Occupation Transfrontalière") biedt de inspecteurs van de inspectiediensten de kans om de beschikbare informatie rond tijdelijke activiteit van buitenlandse werkgevers of werknemers op Belgisch grondgebied te consulteren in één centrale databank.

VIII.1.3.2 Nieuwe tools in de praktijk

Met deze nieuwe tools wordt in de praktijk maar zelden gewerkt en zeer weinig in het kader van buitenlandse dossiers in het bijzonder. De voornaamste reden voor de lage interesse in instrumenten zoals het Portaal Sociale Zekerheid, GENESIS en OASIS is het gebrek aan informatie in deze applicaties met betrekking tot buitenlandse ondernemingen, aangezien zij uiteraard grotendeels gegevens bevatten over in België gevestigde ondernemingen. Ook bepaalde misvattingen, zoals de overtuiging dat tools zoals OASIS enkel nuttig kunnen zijn voor de inspectiediensten van de R.V.A., plaatsen een rem op het enthousiasme voor de mogelijkheden die worden aangeboden. Daarnaast worden deze instrumenten vaak terzijde gelaten omdat vele mensen nog niet vertrouwd zijn met de toepassing ervan en nog geen afdoende opleiding kregen om er efficiënt mee te werken. In Limburg werd een specialist aangeduid om alle medewerkers een inleiding te geven in het gebruik van GENESIS en daar ziet men het gebruik stijgen, hoewel dit om een derde reden ook nog niet op het gewenste niveau staat. Vaak neemt het gebruik van deze applicaties veel tijd in beslag, zeker indien men er onvoldoende vertrouwd mee is. Om een controle ten gronde voor te bereiden moet men proportioneel veel te veel tijd steken in het opzoeken van de benodigde informatie. Het is dus noodzakelijk om de opleiding die in Limburg werd voorzien, uit te breiden naar alle regio's teneinde alle controleurs een bepaald basisoniveau te laten bereiken. Bovendien zou men voor een optimale benutting kunnen denken aan het voorzien van analisten die zich specialiseren in het voorbereiden van controles aan de hand van de beschikbare applicaties. Op dit ogenblik wordt vooral gebruik gemaakt van GENESIS om werfmeldingen na te gaan teneinde vast te stellen op welke onderaannemers een beroep werd gedaan, om de Dimona-aangiftes te controleren, maar evenzeer om zich te informeren over de bij andere inspectiediensten lopende en afgewerkte dossiers. Dit laatste maakt het in beginsel mogelijk om verschillende vaststellingen in verschillende districten te bundelen en zodoende een sterker dossier aan het arbeidsauditoraat voor te leggen teneinde een vervolging af te dwingen.

Specifiek in het kader van de controle van buitenlandse dossiers werd door de FEDCOM een **“Handleiding betreffende de controle van buitenlandse werkgever: Bruikbare tips voor de inspecteurs van de diverse sociale en fiscale inspectiediensten”** uitgewerkt, tot stand gekomen door de samenwerking van een multidisciplinaire werkgroep. Deze handleiding moet de inspecteurs van de verschillende betrokken inspectiediensten een beter inzicht verschaffen in de controlemiddelen van hun eigen dienst, maar ook in deze van andere controlediensten. Zij geeft informatie over de verplichtingen van buitenlandse werkgevers met of zonder vaste inrichting in België, de registratieaanvraag, de voorbereiding van een werfcontrole, de controle op de plaats van tewerkstelling, de informatie-uitwisseling, etc ... Deze handleiding wordt in het veld zeer geapprecieerd. Het is een handig instrument

³⁵² De toepassing GOTOT-OUT zorgt voor een snelle elektronische afhandelingen van E101-aanvragen voor Belgische werknemers die in het buitenland gaan werken. Door deze toepassing werd de wachttijd teruggebracht van twee weken tot 24 uur in de normale gevallen. Deze tool betreft uiteraard enkel Belgische werknemers die in het buitenland worden tewerkgesteld en behoeft geen verdere toelichting in het kader van dit onderzoeksrapport.

waarnaar vaak wordt teruggegrepen bij de controle op buitenlandse werkgevers door de verschillende inspectiediensten en waardoor de samenwerking tussen deze inspectiediensten zeker werd aangezwengeld. Het bestrijkt een brede waaier aan relevante onderwerpen. Toch werd vermeld dat deze handleiding reeds had moeten bestaan op het ogenblik dat de nieuwe lidstaten zijn toegetreden, waardoor iedereen die met de controle op buitenlandse werkgevers wordt geconfronteerd zich had kunnen inwerken in de materie en met een bepaald niveau van know-how aan bepaalde dossiers had kunnen starten. Bovendien is werd de methodiek in beginsel goed uitgewerkt, maar als het op de concrete aanpak op het terrein komt, komen vaak tegenstrijdige richtlijnen uit het I.S.W.-hoofdbestuur, waardoor spanningen ontstaan op het terrein. Hierdoor raken sommige directiehoofden en controleurs het spoor bijster zijn over welke de voorgestelde beste aanpak is. Duidelijke en eenstemmige instructies over hoe bepaalde vormen van deloyale concurrentie moeten worden aangepakt zijn voor de benadering van deze complexe problematiek nochtans van het allergrootste belang.

VIII.2 SAMENWERKING TUSSEN DE INSPECTIEDIENSTEN

VIII.2.1 Samenwerking tussen I.S.W. en andere Belgische inspectiediensten

Op **30 juli 1993** werd voor de eerste keer beslist om de verschillende inspectiediensten dichter bij elkaar te brengen en werd een aanzet gegeven tot samenwerking door het **Protocolakkoord**, ondertekend door de verschillende bevoegde ministers. In 1995 werd dit akkoord uitgebreid tot de regionale inspectiediensten, voornamelijk om de samenwerking op het vlak van de tewerkstelling van vreemdelingen te verbeteren.

Sinds het Protocolakkoord verloopt de samenwerking tussen de verschillende inspectiediensten in de meeste regio's zeer vlot. Een efficiënte samenwerking tussen alle betrokken inspectiediensten is dan ook een must zowel voor de controle op binnenlandse als voor deze op buitenlandse ondernemingen. In het kader van deze laatste controles wordt algemeen erkend dat de samenwerking nog veel belangrijker is om de vastgestelde problemen in kaart te kunnen brengen en krachtdadig aan te pakken. In het kader van de arrondissementscellen worden vaak doeltreffende gezamenlijke acties ingesteld die de grip van de verschillende inspectiediensten aanzienlijk vergroten. Vooral deze arrondissementscellen worden zeer positief geëvalueerd. In sommige districten verloopt de werking ervan stroever omwille van desinteresse of het dwarsliggen van bepaalde diensten, maar dit lijkt eerder de uitzondering. De enige vorm van algemene kritiek op de werking van deze cellen die vaak wordt herhaald is dat een samenwerking tussen inspectiediensten die, dossiergericht, spontaan en op eigen initiatief tot stand is gekomen op basis van persoonlijke contacten, meestal vlotter verloopt dan een kunstmatig tot stand gekomen samenwerkingsverband in het kader van de arrondissementscellen. Hoe dan ook is een gestructureerde en systematische vorm van samenwerking noodzakelijk en worden de arrondissementscellen als de beste fora beschouwd om daaraan invulling te geven. In sommige districten ondervindt men immers dat de samenwerking tussen de inspectiediensten niet spontaan tot stand komt en daar toont een opgelegde structuur zich uiteraard zeer nuttig. Bij de controle op buitenlandse ondernemingen staan sommige inspectiediensten weliswaar voor een groot stuk aan de zijlijn. In dit verband moeten de R.V.A., de R.S.V.Z. en de gewestelijke inspectiediensten worden genoemd. Hoewel de R.V.A. over de grootste Belgische inspectiedienst beschikt, merkt men op het terrein dat de betrokken controleurs de middelen en de opleiding missen om zich mee toe te leggen op de buitenlandse dossiers. Het R.S.V.Z. is evenmin betrokken bij de verhoogde inspanningen tot samenwerking tussen de verschillende inspectiediensten. De R.S.V.Z. is betrokken in de samenwerking tussen

inspectiediensten door persoonlijke en spontane contacten tussen mensen van dezelfde regio die goed samenwerken en informatie uitwisselen, maar er is geen officiële betrokkenheid bij de verschillende samenwerkingsinitiatieven. Er zijn bovendien in totaal maar 49 inspecteurs die jaarlijks gemiddeld 900 dossiers moeten afhandelen, waardoor zij geen afzonderlijke prioriteit kunnen maken van de controles op buitenlandse ondernemingen. Deze inspectie heeft geen bovendien geen specifieke bevoegdheden en er werden intern geen echte doelstellingen geformuleerd ten aanzien van de controle op buitenlandse zelfstandigen. Andere inspectiediensten zijn weliswaar verplicht om de R.S.V.Z. de nodige inlichtingen te verstrekken, maar meestal komen de dossiers van de FOD Financiën en daarop wordt door de R.S.V.Z. verder gebouwd. Als de betrokken zelfstandige echter niet wil meewerken, kunnen zij geen verdere actie ondernemen. De controleurs hebben geen bevoegdheid om een P.V. op te stellen, dus de controleverslagen kunnen enkel in het kader van een bepaald dossier “mee verstuurd” worden naar het arbeidsauditoraat. De slagkracht van deze inspectiedienst is dus zeer beperkt, hetgeen haaks staat op het groeiende fenomeen van buitenlandse schijnzelfstandigen. In theorie is er samenwerking voorzien tussen de federale en regionale inspectiediensten sinds de uitbreiding van het Samenwerkingsprotocol in 1995 naar de regionale inspectiediensten. Waar de regionale inspectiediensten daar werden opgenomen in de arrondissementele cellen, werden zij niet officieel opgenomen in de door de Wet van 3 mei 2003 opgerichte cellen (zie verder). De aanwezigheid van WSE in deze cellen is dus louter gebaseerd op de vroegere Protocolstructuren en op basis van informele toezeggingen, maar zonder wettelijke basis. Hierdoor bestaat het gevoel dat de aanpak van fraude door buitenlandse ondernemingen teveel geconcentreerd is rond de 4 traditioneel betrokken diensten (I.S.W., Sociale Inspectie, Inspectie R.S.Z. en Inspectie R.V.A.) en de gewesten op dit vlak nogal stiefmoederlijk worden behandeld. Bovendien is er op het gebied van informatie-uitwisseling tussen de federale en regionale inspectiediensten een gebrek aan regelmaat. Ook bij COVRON probeert WSE zich aan te sluiten waar mogelijk, maar hier bestaat evenmin een officiële betrokkenheid.

Door de Wet van 3 mei 2003 houdende oprichting van de Federale Raad voor de strijd tegen de illegale arbeid en de sociale fraude, het Federale Coördinatiecomité en de Arrondissementscellen werd de samenwerking tussen de verschillende inspectiediensten in wetgeving gegoten in het kader van de strijd tegen illegale arbeid en sociale fraude. Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder sociale fraude en illegale arbeid: iedere inbreuk op een sociale wetgeving die tot de bevoegdheid van de federale overheden behoort. De wet zorgde eveneens voor de instelling van een Federale Raad voor de strijd tegen illegale arbeid en de sociale fraude, een Federaal Coördinatiecomité en arrondissementscellen. In het kader van zijn opdracht waakt de Raad over het uitvoeren van het beleid zoals vastgesteld door de Ministerraad, waarbij aandacht wordt besteed aan de coördinatie van de acties gevoerd door de verschillende administraties die bevoegd zijn voor de strijd tegen de illegale arbeid en de sociale fraude en de sensibilisering van de verschillende diensten en besturen. Daarnaast zorgde de Federale Raad voor de oriëntering inzake preventie en het bepalen van de acties die er betrekking op hebben en had tot opdracht, voorstellen te richten aan de bevoegde minister teneinde de wetgeving die van toepassing is op de strijd tegen de illegale arbeid en de sociale fraude aan te passen, aanbevelingen op te stellen en adviezen uit te brengen, ambtshalve of op verzoek van een minister, over ontwerpen en voorstellen van wetten betreffende de strijd tegen de illegale arbeid en de sociale fraude. De Raad werd eveneens belast met het voorbereiden van de samenwerkingsprotocollen tussen de Federale overheid en de Gewesten betreffende de coördinatie van de controles inzake tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit. Om zijn opdracht uit te voeren wordt de Raad bijgestaan door het Federaal Coördinatiecomité. Dat Comité werd belast met verschillende

uitvoerende taken die concreet vorm moesten geven aan de door de Raad uitgestippelde weg. Zo diende het Comité bijvoorbeeld de acties van de arrondissementele cellen te coördineren, federale preventieacties te voeren, informatie-verstrekking verzorgen, studies te verwezenlijken, etc ... De opdrachten van de arrondissementscellen waren controles op het naleven van de verschillende sociale wetgevingen in verband met de illegale arbeid te organiseren en te coördineren, het uitvoeren van de richtlijnen en de onderrichtingen van het comité, informatie aan te leggen en opleidingen in te richten voor de leden van de diensten die deelnemen aan de vergaderingen van de cel, de balans op te stellen van de gezamenlijke acties van de inspectiediensten die gevoerd worden binnen de cel en een jaarlijks activiteitenverslag op te stellen.

Omtrent de door de Wet van 3 mei 2003 ingestelde overkoepelende organen bestaat eensgezindheid dat deze op het vlak van de samenwerking tussen de verschillende inspectiediensten weinig invloed hebben gehad omwille van verschillende redenen. Op de eerste plaats stelde men vast de bevoegdheden van deze nieuwe organen te vaag in de wet waren omschreven, waardoor nooit duidelijkheid heeft bestaan over de door hen in te vullen taken. Als gevolg van interne conflicten, praktische problemen en een te ambitieuze planning zijn de resultaten in de praktijk grotendeels uitgebleven. Over de noodzaak van de aanwezigheid van dergelijke overkoepelingen bestaat echter geen discussie. Vele problemen waren wellicht ook te wijten aan kinderziekten die gepaard gaan met elke vernieuwing van structuren en het wordt erkend dat deze organen weinig tijd hebben gekregen om echt te wegen op een vernieuwd beleid op het vlak van de controle op buitenlandse ondernemingen. Wat de output betreft, wordt de handleiding voor de controle op buitenlandse ondernemingen die door het Federaal Coördinatiecomité werd opgesteld, net als de gelijkaardige bovenvermelde COVRON-handleiding als een zeer nuttig instrument geëvalueerd. De nieuwe organen waren bovendien een ideale manier om contacten te leggen die zeker hier en daar samenwerkingsverbanden hebben bevorderd, maar de samenwerking tussen de inspectiediensten is er niet fundamenteel door veranderd. Zoals reeds vermeld, werken deze over het algemeen al goed samen sinds het Protocolakkoord en in de regio's waar tussen bepaalde diensten niet goed wordt samengewerkt, kan een overkoepelend orgaan weinig verandering brengen. In de meeste regio's werd het "aanbod" vanuit het Federaal Coördinatiecomité meer als een supervisie ervaren dan als een beleids- of operationele ondersteuning. De geleverde operationele ondersteuning werd vaak als hinderend ervaren. Zo werd vanuit de arrondissementscellen de opdracht gegeven om drie controleacties per maand te organiseren, waarbij bepaalde formulieren dienden te worden ingevuld en een bepaalde planning werd opgelegd. Dit stuitte echter op onbegrip, aangezien veelal vanuit de dossiers wordt vertrokken en op basis daarvan een samenwerking tussen verschillende diensten op poten werd gezet. Zo kwam men tot het ongewenste en misleidende resultaat dat, indien een bepaalde actie niet vooraf in de arrondissementscel werd gemeld, deze niet als een "celactie" werd beschouwd voor de statistieken binnen het Coördinatiecomité, terwijl de samenwerking en de organisatie van een "spontane en dossiergerichte actie" niet onder het niveau van een celactie ligt en het resultaat minstens hetzelfde is. In de praktijk is het uiteraard onaanvaardbaar om, wanneer er zich een zeer interessante werf voor controle aanbiedt, te wachten tot een volgende celactie. Zo werd al gauw vastgesteld dat de opgelegde celplanningen niet steeds overeenkomen met de realiteit van de controlenoden. Waar de spontane controles niet werden gekwalificeerd als "celacties" en bijgevolg niet in de statistieken werden opgenomen, ontstaat er immers een verkeerde beeldvorming van de controle-inspanningen in de praktijk. Ook de niet ingeloste belofte om de bilaterale contacten met andere lidstaten aan te zwengelen wordt als een grote teleurstelling ervaren, omdat op dat

vlak een grote vraag bestond en nog steeds bestaat voor een efficiëntere aanpak van de controle op buitenlandse ondernemingen.

In 2006 werd door de Minister van Werk en de Minister van Sociale Zaken het plan opgevat om het Federaal Coördinatiecomité om te vormen tot een **nieuwe SIOD** (Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst) met eigen personeel (in plaats van gedetacheerd personeel uit de betrokken administraties) en onder leiding van een overheidsmanager die rechtstreeks aan de bevoegde Ministers zal rapporteren. Op 24 mei 2006 werd in dat verband een strategisch plan goedgekeurd. Het plan bestond uit twee luiken. Het plan bestaat uit 2 luiken. Het eerste luik geeft de aandachtspunten aan voor de strijd tegen bijdragen- en uitkeringsfraude en heeft betrekking op de invordering van R.S.Z.-bijdragen en de opsporing van misbruiken met een terugvordering van uitkeringen. Hierbij zal maximaal gebruik gemaakt worden van elektronische controles door middel van datamatching en risicoanalyse. Zo zal iedere gecontroleerde persoon voor wie geen Dimona-aangifte werd gedaan, gemeld worden aan de R.V.A., het R.I.Z.I.V. en de R.V.P. Iedere gecontroleerde persoon die verklaart zelfstandige te zijn, moet aan het R.S.V.Z. gemeld worden. In het tweede luik wordt een strategie voorgesteld voor de strijd tegen onregelmatige tewerkstelling, waarbij de werking van de arrondissementscellen fundamenteel wordt geacht. Zij zullen thematische acties moeten ondernemen en in 2006 moeten de cellen op de eerste plaats grootschalige fraude bestrijden, met uitgesproken aandacht voor mensenhandel, de detachering van buitenlandse werknemers en zwartwerk in welbepaalde sectoren. De rol van de SIOD (Sociale Inlichtingen en Opsporingsdienst) wordt vooral een ondersteunende functie (met een eigen kenniscentrum), om vanaf 2007 naar een aansturende functie te evolueren.

Van de nieuwe SIOD verwachten de ondervraagden vooral een nieuwe ondersteunende output op het vlak van know-how, wetgeving en het versterken van de administratieve samenwerking met andere landen. Zo is er een grote vraag naar ondersteuning door informatici om in grote dossiers bijstand te bieden, maar ook naar een sterk uitgebouwde juridische cel die ten dienste van alle inspectiediensten snel nieuwe wetgeving kan interpreteren en informatie kan verstrekken over buitenlandse rechtsstelsels. In dit verband werd gesuggereerd dat het nuttig zou zijn om op projectbasis partnerschappen te creëren tussen de nieuwe SIOD en universitaire instellingen om samen te werken rond deze problematiek, waarbij het theoretisch onderzoek wordt verricht door een universitaire onderzoeksgroep en de resultaten daarvan worden geëvalueerd en geïmplementeerd door de diensten van de SIOD om ze over te brengen naar de verschillende inspectiediensten. Voor de uitbouw van de internationale contacten ziet men de SIOD als het perfecte aanspreekpunt voor het concentreren en systematiseren van de inspanning en als centraal contactpunt voor grensoverschrijdende dossiers.

Zeer concreet zou werk moeten worden gemaakt van één centraal meldpunt voor alle dossiers. Momenteel wordt eenzelfde klacht vaak op verschillende diensten gedeponed. Door de meldingen van deze klacht aan verschillende diensten wordt in elke dienst een werkgeversdossier opgesteld, op DIMONA gecontroleerd, controles uitgevoerd, rapporten opgesteld, etc ... Dergelijk meldpunt zou de kans geven een overzicht te verschaffen op de dossiers die binnenkomen en wie ze in hoofdzaak moet behandelen. Een meldpunt dat de inspectiediensten overstijgt zou dergelijk overlappend werk vermijden en bijgevolg enerzijds zeer veel administratiekost uitsparen maar anderzijds ook het gevoel van “overcontrole” bij werkgevers wegnemen. GENESIS benadert weliswaar deze informatiefunctie over onderzoeken door andere inspectiediensten, maar vertoont nog vele gebreken. Zo zijn

bepaalde diensten niet in het systeem opgenomen of worden de dossiers pad in GENESIS opgenomen nadat ze afgehandeld zijn.

De wenselijkheid om samenwerking en coördinatie tussen de verschillende inspectiediensten te ruilen voor een verdere integratie tot zelfs een **fusie van alle bestaande inspectiediensten** tot één grote sociale inspectiedienst, werd nagenoeg door alle ondervraagden zeer positief beoordeeld. Een integratie van de inspectiediensten wordt als de uitgelezen optie beschouwd om de bestaande overlappingsen weg te werken. Bovendien zou de administratie, coördinatie, intern overleg, planning en uitvoering in het kader van controleopdrachten aanzienlijk verbeteren omdat de verschillende departementen in dezelfde richting onder één hoofdbestuur zouden kunnen werken. In regio's waar verschillende inspectiediensten in één gebouw zijn ondergebracht worden de voordelen van de nabijheid en het gemak waarmee de krachten gebundeld worden onomstotelijk vastgesteld. In de huidige situatie moet voor een goede samenwerking immers veel tijd en energie worden besteed aan de bijkomende organisatie die een gezamenlijke aanpak met zich meebrengt. Dat men zich na een fusie als controleur in teveel verschillende materies zou moeten inwerken, wordt als een drogreden beschouwd om verdere integratie van de inspectiediensten tegen te gaan. Ook binnen een eenheidsdienst zijn immers specialisaties en verschillende departementen nodig, naar het voorbeeld van de eengemaakte federale politie, waarbinnen ook zeden-, drugs-, moord- en andere secties bestaan.

VIII.2.2 Samenwerking tussen I.S.W. en arbeidsinspecties in andere lidstaten

Overeenkomstig artikel 4, 2^o lid, van de Detacheringsrichtlijn moeten de lidstaten ervoor zorgen dat er samengewerkt wordt tussen de overheidsinstanties die overeenkomstig de nationale wetgeving bevoegd zijn voor het toezicht op de arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden zoals bedoeld in artikel 3 van de richtlijn. Daarbij wordt gepreciseerd dat deze samenwerking vooral bestaat uit het beantwoorden van gemotiveerde verzoeken om nadere inlichtingen over de transnationale terbeschikkingstelling van werknemers, inclusief over kennelijke gevallen van misbruik of vermoedelijke gevallen van onwettige transnationale activiteiten. De verantwoordelijkheid voor het tot stand brengen van deze administratieve samenwerking tussen lidstaten werd dus in beginsel volledig bij de lidstaten zelf gelegd en de Commissie nam verder geen eigen initiatieven op dit vlak. In het implementatierapport van 2003³⁵³ van de Commissie werd reeds erkend dat het gebrek aan administratieve samenwerking en informatie-uitwisseling tussen de lidstaten één van de grootste pijnpunten was die heel wat praktische problemen deed ontstaan bij de toepassing van de richtlijn. Daarom werd in het kader van de “groep van directeuren-generaal voor arbeidsverhoudingen”³⁵⁴ een deskundigengroep opgericht, waarbij naargelang van de te bespreken onderwerpen deskundigen werden aangesteld die afkomstig zijn uit de diverse bevoegde instanties, de samenwerkingsinstanties, verbindingsbureaus of arbeidsinspecties, de zogenaamde “expertengroep Detacheringsrichtlijn”. Deze expertengroep diende zich te concentreren op het ontwikkelen van een strategie om zowel de administratieve samenwerking tussen lidstaten als het beschikbaar stellen van informatie over de toepasselijke wetgeving (zie verder) te verbeteren.

³⁵³ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's betreffende de tenuitvoerlegging van Richtlijn 96/71/EG in de lidstaten, COM(2003) 458 definitief.

³⁵⁴ Besluit 2002/260/EG van de Commissie van 27 maart 2002 tot instellen van een groep van directeuren-generaal voor arbeidsverhoudingen, *P.B.* L 91/30 van 6 april 2002.

Volgens de recente Detacheringsrichtsnoeren³⁵⁵ van de Europese Commissie moeten de toezichtautoriteiten zodanig georganiseerd en toegerust zijn dat zij deze taken goed kunnen uitoefenen en verzoeken snel kunnen beantwoorden. Bovendien stelt zij dat het in deze kan nodig zijn dat de betrokken instanties een onderzoek kunnen instellen of informatie kunnen inwinnen bij andere bronnen of instanties (zoals de socialezekerheidsorganen), waarbij zij op dezelfde manier moeten tewerk gaan als voor binnenlandse gevallen en overeenkomstig de nationale wetgeving. Het verzoek om informatie kan ook in omgekeerde richting plaatsvinden, bijvoorbeeld wanneer de gedetacheerde werknemer na afloop van zijn detachering wil weten of hij alles heeft gekregen waar hij tijdens de detacheringperiode recht op had. In het kader van de expertengroep heeft de Commissie uiteindelijk zelf enkele initiatieven genomen die de samenwerking moeten verbeteren. Zo werd voorzien in de opstelling van een “gedragscode voor goede samenwerking” en de opstelling van een “meertalig formulier voor de uitwisseling van informatie” tussen de autoriteiten. Bovendien wordt voorzien dat in de toekomst gebruik zal kunnen worden gemaakt van het in te stellen elektronisch systeem voor administratieve samenwerking in het kader van de dienstenrichtlijn.

In het samen met de Detacheringsrichtsnoeren gepubliceerde werkdocument van de Europese Commissie “Rapport betreffende de tenuitvoerlegging van Richtlijn 96/71 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers in het kader van het vrij verkeer van diensten”³⁵⁶ onderstreept de Commissie dat, hoewel sommige lidstaten reeds heel wat inspanningen hebben gedaan om de administratieve samenwerking te verbeteren, er voor vele nog werk aan de winkel is om de tekst en de geest van artikel 4 van de Detacheringsrichtlijn te respecteren. Omdat het taalprobleem bij de uitwisseling van informatie nog steeds bepalend blijft, werd binnen de expertengroep het meertalig formulier voor informatie-uitwisseling uitgewerkt en beëindigd in 2005. Dit formulier zal worden gebruikt als standaardformulier voor het versturen van gemotiveerde verzoeken naar de bevoegde instanties in andere lidstaten. Het formulier bevat informatie over de afzender (verzoekende overheidsdienst), de ontvanger (aangesproken overheidsdienst), de identificatiegegevens van de betrokken werknemer en werkgever, de motivatie voor het verzoek. De inlichtingen die op deze manier kunnen worden ingewonnen betreffen bijkomende informatie over de werkgever (wettige vestiging in de lidstaat van oorsprong, substantiële activiteiten, activiteitensector, erkenning als uitzendkantoor of andere te specificeren vragen), informatie over de detachering (arbeidsrelatie tussen de werknemer en de werkgever, begin en duurtijd van de detachering, plaats van detachering, verrichte werkzaamheden of andere vragen) en informatie over de voor de werknemer geldende arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden op basis van de individuele arbeidsovereenkomst en/of de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of collectieve arbeidsovereenkomsten (werktijden, rusttijden, referentieperioden, bestaan van een fonds voor betaalde vakantie, vorstverlet, vergoedingen voor overwerk, toeslagen in verband met de detachering, verstrekte opleidingen op het gebied van veiligheid en gezondheid, e.d.m.). Daarnaast werd een ‘code of conduct’ opgesteld die de samenwerking tussen de lidstaten moet omkaderen en in goede banen leiden. Overeenkomstig deze gedragscode moeten zowel de verbindingsorganen als de toezichthoudende instanties een aantal basisprincipes voor informatieverstrekking respecteren. Zo moeten zij, binnen hun mogelijkheden en in het kader

³⁵⁵ Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, Brussel, 2006, COM(2006) 159 definitief.

³⁵⁶ Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the free provision of services, Brussel, 4 April 2006, SEC(2006) 439.

van hun nationale wetgeving, de nodige onderzoeken verrichten om de gevraagde informatie te verkrijgen. Zij moeten bij het verstrekken van informatie zoveel mogelijk proberen de relevante regels en maatregelen doorgeven en zich niet beperken tot verwijzingen naar de betrokken wettelijke instrumenten. De verzoeken moeten worden behandeld als kwamen zij van een binnenlandse overheidsdienst en elk verzoek om informatie moet beantwoord worden en de redenen waarom zij dat niet kunnen moet worden opgegeven. Zeer belangrijk is dat de betrokken administraties hun best moeten doen om de inlichtingen uiterlijk binnen een periode van vier weken te verstrekken en de verzoekende overheden mogen uitzonderlijk een “deadline voor hoogdringendheid” vooropstellen indien dat in het betrokken geval nodig is. Indien niet aan deze deadline kan worden tegemoet gekomen, moeten daarvoor eveneens de redenen worden opgegeven.

De administratieve samenwerking en informatie-uitwisseling met de bevoegde diensten in andere lidstaten staat in België tot op vandaag op een zeer laag niveau. De grensoverschrijdende samenwerking bestaat enkel met Nederland, Duitsland en Frankrijk. Door de goede contacten met de inspecties in de buurlanden worden op geregelde tijdstippen concrete dossiers uitgewisseld. In West-Vlaanderen bestaan zeer goede contacten met de Noord-Franse regio (DILTI³⁵⁷). In Oost-Vlaanderen, Antwerpen (twee maal per jaar overleg) en Limburg (vier maal per jaar overleg) werden zeer goede samenwerkingsverbanden opgezet met de Nederlandse (FIOD³⁵⁸, ECD³⁵⁹ en SIOD³⁶⁰) en Duitse (Finanzkontrolle Schwarzarbeit) collega's. Uiteraard bestaat ook een goede samenwerking tussen deze laatste en de Belgische Duitstalige directie van I.S.W.. Met Nederland worden zelfs gezamenlijke acties ondernomen, waarbij Belgische inspecteurs hun Nederlandse collega's bijstaan zonder zelf vaststellingen te doen. In Brussel bestaan nagenoeg geen vaste contacten met buitenlandse inspectiediensten. Opvallend is dat deze banden meestal spontaan en op eigen initiatief zijn gegroeid en niet structureel of systematisch werden georganiseerd. Wel werden samenwerkingsakkoorden afgesloten met Nederland, Frankrijk en Duitsland. Door bepaalde specificiteiten blijft de samenwerking ook met de buurlanden vaak moeilijk. Zo gaan de Franse inspectiediensten nooit op werven controleren en dientengevolge kunnen zij bepaalde voor de Belgische inspectiediensten essentiële gegevens niet doorgeven.

De grootste informatienood die door alle bevrageden werd aangehaald is deze rond de activiteiten van buitenlandse ondernemingen in hun lidstaat van vestiging. Idealiter moeten Belgische controleurs relatief eenvoudig het land van oorsprong kunnen contacteren en vragen of de betrokken onderneming daar gevestigd is, daadwerkelijk activiteiten ontplooid, wie aan het hoofd staat, hoeveel werknemers de onderneming telt, hoeveel E101's voor deze onderneming werden uitgeschreven voor België, etc ... Maar ook het doorspelen van informatie naar andere lidstaten wordt op lange termijn als een fraudewerende strategie beschouwd. Vooral in het kader van de sociale zekerheid zou deze informatie-uitwisseling vruchten kunnen afwerpen voor de bescherming van de Belgische arbeidsmarkt. Door het verstrekken van informatie over in België geregulariseerde lonen aan de bevoegde instanties

³⁵⁷ Délégation Interministérielle à la Lutte contre le Travail Illégal.

Cf. <http://www.cohesionsociale.gouv.fr/ministere/presentation-organigramme/ministre-emploi-cohesion-sociale-du-logement-autorite-par-delegation-du-premier-ministre-sur/delegation-interministerielle-lutte-contre-travail-illegal-dilti-634.html>

³⁵⁸ Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst. Cf. http://www.belastingdienst.nl/organisatie/organisatie-15.html#P381_21253

³⁵⁹ Economische Controledienst. Cf. http://www.belastingdienst.nl/organisatie/organisatie-15.html#P381_21253

³⁶⁰ Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst. Cf.

http://home.szw.nl/navigatie/rubriek/dsp_rubriek.cfm?rubriek_id=7&subrubriek_id=390439&link_id=43501

van andere lidstaten om daar socialezekerheidsfraude te kunnen tegengaan is er geen direct, maar wel een belangrijk indirect voordeel voor de Belgische arbeidsmarkt. Indien de fraudeurs merken dat er een systematiek komt in het doorspelen van informatie en zij daarop meer aangesproken worden in hun lidstaat van vestiging, bestaat de kans dat België op langere termijn als een te mijden trajectpunt wordt beschouwd in het kader van frauduleuze constructies.

Bovendien is er bij de controle op buitenlandse ondernemingen een grote vraag naar het ontwikkelen van een basiskennis van de rechtsstelsels in de landen van herkomst. Nu realiseren vele controleurs zich dat de beschikbaarheid van een aantal basisgegevens over het arbeids- en sociale zekerheidsrecht in de 8 nieuw toegetreden Centraal- en Oost-Europese lidstaten van groot nut was geweest om een inschatting te maken van de manier waarop de in België aanwezige ondernemingen hun activiteiten zouden ontplooien en zodoende op een aantal ontwikkelingen te kunnen anticiperen. Dit moet in het kader van toekomstige toetredingen, zoals deze van Bulgarij en Roemenië, zeker in rekening worden genomen. Alleen al het voorafgaand aan de toetreding zoeken naar aanspreekpunten binnen de overheidsdiensten van de betrokken landen zou een groot voordeel opleveren. De toekomstige SIOD moet hier een voortrekkersrol in spelen.

VIII.3 INFORMATIE VOOR BUITENLANDSE WERKGEVERS

Met betrekking tot de in een lidstaat toepasselijke arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden op gedetacheerde werknemers, heeft het Hof de lidstaten een verplichting tot transparantie opgelegd. Dit houdt in dat het voor dienstverrichtende werkgevers klaar en duidelijk moet zijn welke verplichtingen op hen wegen en welke rechten de dienstenverstrekkende werknemers precies hebben wanneer zij in België hun werkzaamheden verrichten. De betrokken wetgeving, algemeen bindende CAO's, met inbegrip van eventuele bepalingen van openbare orde en de voorwaarden van uitzendkrachten moeten nauwkeurig en voldoende toegankelijk zijn, zonder daarbij al te grote moeilijkheden te ondervinden en dit in meerdere talen³⁶¹. In artikel 4 van de Detacheringsrichtlijn worden de lidstaten dan ook verplicht passende maatregelen te voorzien om ervoor te zorgen dat de informatie betreffende de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden voor buitenlandse dienstverleners en werknemers algemeen toegankelijk is. Met het oog daarop diende elke lidstaat een verbindingsbureau in te stellen dat verzoeken om informatie over de in de betrokken lidstaat toepasselijke wetgeving kan beantwoorden. Een lijst van deze verbindingsbureaus werd op de website van de Commissie gepubliceerd. Aan deze vereist werd door alle lidstaten voldaan, maar tot op vandaag werd deze informatieplicht echter door vele lidstaten niet afdoende ter harte genomen. Voornamelijk het beschikbaar stellen van informatie via brochures, handleidingen of op het internet laat nog te wensen over.

In het implementatierapport van de Commissie³⁶² werd gehouden dat voorafgaande informatie aan betrokkenen over de arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden die van toepassing zijn in het ontvangende land van wezenlijk belang is voor de verrichting van diensten en voor de

³⁶¹ BLANPAIN, R., *Vrij verrichten van diensten en arbeidsrecht. Europese Unie en België*, Brugge, Vanden Broele, 2005, 192.

³⁶² Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's betreffende de tenuitvoerlegging van Richtlijn 96/71/EG in de lidstaten, COM(2003) 458 definitief.

naleving van de dwingende bepalingen die tijdens de periode van terbeschikkingstelling van toepassing zijn op de werknemers. De tijdelijke aard van de terbeschikkingstelling en de daarmee verband houdende conflicten tussen de rechtsstelsels van de lidstaten kunnen immers de toepassing bemoeilijken van bepalingen die uit de omzetting van de richtlijn voortvloeien. Er werd vastgesteld dat alle lidstaten instanties hebben opgericht die deze voorlichtingsfunctie moeten uitoefenen en een groot aantal lidstaten hebben ook informatie over de toepasselijke wetgeving op het internet beschikbaar gemaakt of handleidingen of brochures uitgegeven. Toch werd vastgesteld dat vele dienstverrichters nog problemen ondervonden om deze informatie terug te vinden of, indien zij gemakkelijk te vinden is, te begrijpen. In het rapport werd de hoop uitgedrukt dat vele praktische problemen bij de toepassing van de richtlijn na verloop van tijd zouden verdwijnen dankzij betere informatie en administratieve samenwerking tussen de overheden. De hierboven reeds vermelde expertengroep diende zich daarover te buigen. Deze zou de mogelijkheden onderzoeken voor het bevorderen van de toegang tot informatie over de toepasselijke wetgeving, in het bijzonder door de ontwikkeling van informatiebrochures, informatie voor internetsites, contactpersonen in de verbindingbureaus, met koppelingen naar de internetsites van andere lidstaten en de Commissie. Ook de Commissie nam het initiatief om alle beschikbare informatie over de Detacheringsrichtlijn samen met koppelingen naar nationale websites op haar webstek te plaatsen.

In de recente Detacheringsrichtsnoeren van de Commissie herhaalt zij dat het gebruik van de middelen voor de verspreiding van informatie over de arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden en de geldende verplichtingen zeker nog voor verbetering vatbaar is. Zij erkent dat er bijkomende inspanningen vereist zijn met betrekking tot een betere benutting van de mogelijkheden die het internet biedt en om de toegankelijkheid en duidelijkheid van de informatie op de nationale websites te verbeteren. De lidstaten moeten duidelijk aangeven welk deel van hun nationale wetgeving op buitenlandse dienstverleners van toepassing is en mogen zich niet beperken tot het verstrekken van informatie over het arbeidsrecht in het algemeen zonder de voorwaarden te vermelden die op gedetacheerde werknemers van toepassing zijn. De informatie moet ook beschikbaar zijn in andere talen dan die van de betrokken lidstaat. Bovendien benadrukt de Commissie nog eens dat de verbindingbureaus over het nodige personeel en de nodige middelen moeten beschikken om zich van hun informatieplicht te kunnen kwijten en dat de lidstaten voor de behandeling van informatieverzoeken een contactpersoon moeten aanwijzen. De verbindingbureaus moeten ook als schakel kunnen dienen tussen degenen die informatie zoeken en andere bevoegde nationale instanties. Dit alles zal verder worden uitgewerkt binnen de expertengroep voor de Detacheringsrichtlijn. De Commissie nam recentelijk het initiatief tot het instellen van een rondvraag over de tevredenheid van “gebruikers” van de verbindingbureaus.

Uit de Belgische praktijk blijkt dat buitenlandse ondernemingen die zich willen informeren over de in België toepasselijke reglementering geen gebruik maken van het internet. Een realistische kijk op de zaken gebiedt evenwel te vermelden dat de in België na te leven wetgeving voor buitenlandse ondernemingen vaak geen hoofdprioriteit is en zij, zoals reeds meermaals gemeld, uitgaan van de transporteerbaarheid van de wetgeving van de lidstaat waar zij gevestigd zijn. Dit verandert echter niets aan de principiële informatieplicht die op de Belgische overheid rust ten aanzien van buitenlandse ondernemingen die zich wel willen conformeren aan de Belgische wetgeving. Wel wordt vaak rechtstreeks beroep gedaan op de lokale diensten van I.S.W. om informatie op te vragen. Zij worden aangesproken door

Belgische werkgevers die door buitenlandse ondernemingen met voorstellen tot samenwerking worden benaderd, maar soms ook door vertegenwoordigers van buitenlandse ondernemingen zelf. Soms gebeurt dit rechtstreeks, soms ook via de registratiecommissie voor aannemers. Andere veel door buitenlandse ondernemingen aangesproken informatiekanaalen zijn werkgeversfederaties, consultancybureaus, advocatenkantoren en reeds met de Belgische markt vertrouwde buitenlandse ondernemingen.

In België laat de beschikbaarheid van informatie over de toepasselijke wetgeving voor dienstverrichters te wensen over. Het verbindingsbureau³⁶³ heeft niet de mogelijkheden of de tijd om een volledige informatieservice te bieden. In de mate van het mogelijke, proberen zij zelf te antwoorden en voor de rest fungeren zij voornamelijk als contactpunt en doorverbindingorgaan naar de bevoegde autoriteiten. Er werd geen bijkomend personeel voorzien in de bestaande dienst die als verbindingsbureau werd aangeduid met het oog op de creatie van de verbindingfunctie. In de praktijk wordt zeer zelden beroep gedaan op het Belgische verbindingorgaan. Op de website van de FOD WASO is de uitgebreide informatie over de toepasselijke Belgische wetgeving enkel beschikbaar in het Nederlands en in het Frans. De informatie die in het Engels op de website werd gepubliceerd is beperkt tot een voorstelling van de FOD, de contactmogelijkheden, enkele links naar andere websites en de “Metaguide”. Deze laatste, aan de hand waarvan men door het klikken op sleutelwoorden bij een nuttige uitleg terechtkomt over de betrokken begrippen en de gerelateerde regelgeving, is echter zeer beperkt beschikbaar in de Engelse taal en bevat onvoldoende informatie om buitenlandse werkgevers de mogelijkheid te geven zich op de hoogte te stellen van de toepasselijke wetgeving bij de detachering van werknemers. Met de beschikbaarheid van internet voor het aanleveren van informatie over de toepasselijke wetgeving voor ogen, is het onaanvaardbaar dat zo weinig gebruik wordt gemaakt van dit voor de hand liggend informatiekanaal. Hiervan moet dringend werk worden gemaakt. Daarnaast moet worden nagedacht over de oprichtingen van een contactpunt voor buitenlandse ondernemingen die inlichtingen willen inwinnen over de in België geldende regelgeving. Het verdient te voorkeur om dit informatiekanaal niet te beperken tot een binnen I.S.W. opgericht verbindingsbureau dat informatie verstrekt over de in België toepasselijke wetgeving. Er moet worden nagedacht om een dienstenoverschrijdend(e) contactpunt(en) op te richten dat (die) eerstelijnsinformatie kan (kunnen) verstrekken over verschillende rechtstakken waarmee buitenlandse ondernemingen worden geconfronteerd, meer bepaald inzake verblijfswetgeving, socialezekerheidsrecht, arbeidsrecht, fiscaal recht, etc ... Een verwijzing naar de contactgegevens van deze dienst(en) zou kunnen worden vermeld op de ontvangstbevestiging in het kader van de LIMOSA-meldingsplicht. Het verstrekken van dergelijke overall-informatie kan aan LIMOSA worden gekoppeld als een “quid pro quo” van de Belgische overheid. Dit zou een uitstekend signaal zijn vanuit de Belgische administratie om zich internationaal te laten gelden, niet alleen op handhavings- en controlevlak maar ook op informatievlak waardoor het voor buitenlandse ondernemingen ook aantrekkelijker wordt “om een relatie met de Belgische overheid aan te gaan”. Dergelijke opdracht lijkt weggelegd voor een overkoepelende instantie zoals de toekomstige SIOD. De invulling van dergelijk contactpunt kan op verschillende manieren. In de eerste plaats kan natuurlijk worden gedacht aan een centraal contactpunt in Brussel dat als een call center functioneert voor het gehele Belgische grondgebied, met de mogelijkheid om voor zeer gedetailleerde informatie toch naar gespecialiseerde diensten te verwijzen. Alternatieve benaderingen waarbij wordt gebruik gemaakt van reeds bestaande expertise in de privé-sector zijn denkbaar. Zo bestaat in I.S.W.

³⁶³ Administratie van de individuele arbeidsbetrekkingen, Afdeling van de reglementering van de individuele arbeidsbetrekkingen.

Hasselt een zeer goed draaiende samenwerking tussen I.S.W. Hasselt en een groot boekhoudkantoor dat zich heeft gespecialiseerd in activiteiten van buitenlandse ondernemingen op Belgisch grondgebied. I.S.W. speelt daar zeer kort op de bal door voortdurend overleg met het kantoor, waardoor dit laatste, dat zowat 800 buitenlandse klanten heeft, eigenlijk als schakel wordt ingesteld om de activiteiten van buitenlandse ondernemingen in België in regel te stellen. Er werd een samenwerkingsverband gecreëerd waarbij alle betrokken partijen elkaar nodig hebben en aan elkaar relevante informatie doorspelen. Dergelijke publiek-private partnerschappen zouden kunnen worden geïnstitutionaliseerd in officiële samenwerkingsverbanden, gekoppeld aan bepaalde door de overheid opgelegde erkenningscriteria om daarvoor in aanmerking te komen.

Bibliografie Project Detachering FOD WASO

Wetgeving

European Interim Agreement on Social Security Schemes Relating to Old Age, Invalidity and Survivors, *C.E.T.S.* No. 12.

European Interim Agreement on Social Security other than Schemes for Old Age, Invalidity and Survivors, *C.E.T.S.* No. 13.

European Convention on Social Security, *C.E.T.S.* No. 78.

Supplementary Agreement for the Application of the European Convention on Social Security, *C.E.T.S.* No. 78A.

Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (geconsolideerde versie), *P.B.* C 325/1 van 24 december 2002.

Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (geconsolideerde versie), *P.B.* C 27/34 van 26 januari 1998.

Verordening 1612/68/EEG van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *P.B.* L 257 van 19 oktober 1968.

Verordening 1408/71/EEG van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, *P.B.* L 28/1 van 30 januari 1971.

Verordening 574/72/EEG van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening 1408/71/EEG betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, *P.B.* L 28/1 van 30 januari 1971.

Verordening 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *P.B.* L 294/1 van 10 november 2001.

Verordening 883/2004/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *P.B.* L 166/1 van 30 april 2004.

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, *P.B. L* 18/1 van 21 januari 1997.

Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *P.B. L* 158/77 van 30 april 2004.

Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM(2004) 2 def.

Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), COM(2005) 650 def.

Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening 883/2004/EG betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, COM(2006) 16 def.

Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad vastgesteld met het oog op de aanneming van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, Interinstitutioneel dossier 2004/0001 (COD), Brussel, 17 juli 2006, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/nl/06/st10/st10003.nl06.pdf>.

Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede de modernisering ervan, COM(2002) 654 def.

Besluit nr. 128 van de Administratieve Commissie van de Europese Gemeenschappen voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers van 17 oktober 1985 betreffende de toepassing van de artikelen 14, lid 1 sub a), en 14 ter, lid 1, van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad inzake de op gedetacheerde werknemers toe te passen wetgeving, *P.B. C* 141/6 van 7 juni 1986.

Besluit nr. 148 van de Administratieve Commissie van de Europese Gemeenschappen voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers van 25 juni 1992 inzake het gebruik van de verklaring betreffende de toepasselijke wetgeving (E 101) bij detacheringen van ten hoogste drie maanden, *P.B. C* 22/124 van 30 januari 1993.

Besluit nr. 162 van de Administratieve Commissie van de Europese Gemeenschappen voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers van 31 mei 1996 betreffende de uitlegging van artikel 14, lid 1, en van artikel 14 ter, lid 1, van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad betreffende de wetgeving die van toepassing is op gedetacheerde werknemers, *P.B. L* 241/28 van 21 september 1996.

Besluit nr. 181 van de Administratieve Commissie van de Europese Gemeenschappen voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers van 13 december 2000 betreffende de uitlegging van artikel 14, lid 1, artikel 14 bis, lid 1, en artikel 14 ter, lid 1 en lid 2, van Verordening 1408/71 van de Raad betreffende de wetgeving die van toepassing is op de

gedetacheerde werknemers en zelfstandigen, die tijdelijk werken buiten de bevoegde lidstaat, *P.B. L 329/73* van 14 december 2001.

Aanbeveling nr. 16 van de Administratieve Commissie van de Europese Gemeenschappen voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers van 12 december 1984, *P.B. C 273/3* van 24 oktober 1985.

Besluit 2002/260/EG van de Commissie van 27 maart 2002 tot instellen van een groep van directeuren-generaal voor arbeidsverhoudingen, *P.B. L 91/30* van 6 april 2002.

Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's betreffende de tenuitvoerlegging van Richtlijn 96/71/EG in de lidstaten, COM(2003) 458 definitief.

Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, Brussel, 2006, COM(2006) 159 definitief.

Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the free provision of services, Brussel, 4 April 2006, SEC(2006) 439.

Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, *BS* van 30 december 1944

Wet van 7 januari 1958 betreffende de Fondsen voor bestaanszekerheid, *BS* van 07-02-1958

Wet van 6 april 1960 betreffende de uitvoering van bouwwerken, *BS* van 07 mei 1960

Wet van 19 februari 1965 betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen, *BS* van 26 februari 1965.

Wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen, *BS* van 05 mei 1965

Wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, *BS* van 30 april 1965

Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, *BS* van 15 januari 1969.

Arbeidswet van 16 maart 1971, *BS* van 30-03-1971

Wetten van 28 juni 1971 betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers gecoördineerd op 28 juni 1971, *BS* van 30 september 1971

Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie, *BS* van 8 december 1972.

Wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen, *BS* van 31 januari 1974

Wet van 6 juli 1976 tot beteugeling van het sluikwerk met handels- of ambacht karakter, *BS* van 20 juli 1976.

Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* van 22 augustus 1978.

Wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers, *BS* van 2 juli 1981.

Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, *BS* van 20 augustus 1987

Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, *BS* van 18 september 1996

Wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, *BS* van 21 mei 1999.

Wet van 10 augustus 2001 betreffende de verzoening van werkgelegenheid en kwaliteit van het leven, *BS* van 15 september 2001

Wet van 5 maart 2002 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, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen, *BS* van 13 maart 2002

Wet van 3 mei 2003 houdende oprichting van de Federale Raad voor de strijd tegen de illegale arbeid en de sociale fraude, het Federale Coördinatiecomité en de Arrondissementscellen, *BS* van 10 juni 2003

Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *BS* van 27 juli 2004.

Koninklijk besluit van 26 mei 1965 getroffen in uitvoering van de wet van 19 februari 1965, betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen en houdende aanduiding der ambtenaren, gelast te waken over de toepassing van de hierboven vermelde wet, *BS* van 17 juli 1965.

Koninklijk Besluit van 28 november 1975 betreffende de exploitatie van bureaus voor arbeidsbemiddeling tegen betaling, *BS* van 22 januari 1976.

Koninklijk besluit nr. 5 van 23 oktober 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten, *BS* van 2 december 1978

Koninklijk besluit van 8 augustus 1980 betreffende het bijhouden van sociale documenten, *BS* van 27 augustus 1980

Koninklijk besluit nr. 213 van 26 september 1983 betreffende de arbeidsduur in de ondernemingen die onder het paritair comité voor het bouwbedrijf ressorteren, *BS* van 7 oktober 1983

Koninklijk besluit van 10 april 1992 tot coördinatie van wettelijke bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *BS* van 30 juli 1992.

Koninklijk besluit van 26 december 1998 tot uitvoering van de artikelen 400, 401, 403, 404 en 406 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 en van artikel 30bis van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, *BS* van 31 december 1998

Koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, *BS* van 26 juni 1999.

Koninklijk besluit tot vaststelling van de uitvoeringsmodaliteiten van het vereenvoudigde stelsel betreffende het opmaken en bijhouden van sociale documenten voor de ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen en tot bepaling van de activiteiten in de bouwsector bedoeld in artikel 6, §2, van de wet van 5 maart 2002 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, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen, *BS* van 17 april 2002.

Koninklijk besluit van 5 november 2002 tot invoering van een onmiddellijke aangifte van tewerkstelling, met toepassing van artikel 38 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels, *BS* van 20 november 2002

Koninklijk besluit van 27 november 2002 tot wijziging van het koninklijk besluit van 26 mei 1965 getroffen in uitvoering van de wet van 19 februari 1965 betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen en houdende aanduiding der ambtenaren, gelast te waken over de toepassing van hierboven vermelde wet, gewijzigd door het Koninklijk besluit van 13 juni 1973, *BS* van 20 december 2002.

Koninklijk Besluit van 3 februari 2003 tot vrijstelling van bepaalde categorieën van vreemdelingen van de verplichting houder te zijn van een beroepskaart voor de uitoefening van een zelfstandige beroepsactiviteit, *BS* van 4 maart 2003.

Koninklijk besluit van 12 april 2004 tot wijziging, naar aanleiding van de toetreding van de nieuwe lidstaten tot de Europese Unie, van het koninklijk Besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, *BS* van 21 april 2004.

Koninklijk besluit van 24 april 2006 tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, naar aanleiding van de verlenging van de overgangsbepalingen die werden ingevoerd bij de toetreding van nieuwe lidstaten tot de Europese Unie, *BS* van 28 april 2006.

Koninklijk Besluit van 23 mei 2006 betreffende de modaliteiten van indiening van de aanvragen en aflevering van de arbeidsvergunningen en arbeidskaarten bepaald in artikel 38quater, § 3, van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemer, *BS* van 31 mei 2006

Decreet van het Vlaams Parlement van 13 april 1999 met betrekking tot de private arbeidsbemiddeling in het Vlaamse Gewest, *BS* van 5 juni 1999

Decreet van de Waalse Gewestraad van 13 maart 2003 betreffende de erkenning van arbeidsbemiddelingsbureau's, *BS* van 31 maart 2003.

Ordonnantie van de Brussels Hoofdstedelijke Raad van 26 juni 2003 betreffende het gemengd beheer van de arbeidsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* van 29 juli 2003.

Besluit van de Vlaamse Regering tot uitvoering van het decreet van 13 april 1999 met betrekking tot de private arbeidsbemiddeling in het Vlaamse Gewest, *BS* van 11 november 2000

CAO nr. 26 van 15 oktober 1975, <http://www.cnt-nar.be/CAO/cao-26.doc>

CAO van 2 juni 2005, <http://meta.fgov.be/pdf/pk/124/124-2005-002099.pdf>

CAO van 24 juni 2005, <http://meta.fgov.be/pdf/pk/124/124-2005-002894.pdf>

Belgische Senaat, Wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving betreffende overuren, 17 juni 2004, <http://www.senate.be/www/?MIval=/dossier.html&LEG=3&NR=755&LANG=nl>

Belgische Senaat, donderdag 9 Maart 2006, “Mondelinge vraag van de heer Berni Collas aan de Minister van Werk over de tewerkstelling van werknemers van de nieuwe lidstaten van de Europese Unie” (nr. 3-1039), <http://www.senate.be/www/?MIval=/Registers/ViewReg.html&COLL=H&PUID=50334617&TID=50347331&POS=1&LANG=nl>

Belgische Senaat, “Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, met als doel de aftrek mogelijk te maken van kosten die betrekking hebben op woongebouwen”, 18 maart 2004, <http://www.senate.be/www/?MIval=/dossier.html&LEG=3&NR=568&LANG=nl>

Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp 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, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen in het kader van de Europese rechtspraak, DOC 50 1441/001.

Verslag namens de commissie voor de sociale zaken uitgebracht door de heer Paul Timmermans betreffende het Wetsontwerp 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, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen in het kader van de Europese rechtspraak, DOC 50 1374/002.

Advies Nr. 1.290: Ontwerp van wet tot omzetting van de richtlijn 96/71/EG van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, Adviezen NAR 1.260 – 1.299.

Advies Nr. 1.313: Ontwerp van wet tot omzetting van de richtlijn 96/71/EG van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, Adviezen NAR 1.300 – 1.329.

Samenwerkingsovereenkomst tussen de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg en de sociale partners, zijnde de representatieve werkgeversorganisatie “Confederatie Bouw” enerzijds en de representatieve werknemersorganisaties van de bouwsector “ACV”, “ACLVB” en “ABVV” anderzijds, niet gepubliceerd.

Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen, versie 26 april 2006

Brief van Vlaams minister van Werk, Onderwijs en Vorming Frank Vandenbroucke aan Vlaams volksvertegenwoordiger Jan Laurys betreffende de overgangsregeling voor werknemers uit de acht nieuwe lidstaten vanaf 1 mei 2006, Brussel, 1 juni 2006.

Rechtspraak

H.v.J. 5 december 1967, nr. C-19/67 (Van der Vecht), *Jur. H.v.J.* 1967, 432.

H.v.J. 17 december 1970, nr. C-35/70 (Manpower), *Jur. H.v.J.* 1970, 1251.

H.v.J. nr. C-120/78 (Rewe-Zentral-AG), 20 februari 1979, *Jur.* 1979, 649.

H.v.J. 17 december 1981, nr. C-279/80 (Webb), *Jur. H.v.J.* 1981, 3305.

H.v.J. 3 februari 1982, nrs. C-62 en 63/81 (Seco), *Jur. H.v.J.* 1982, 223.

H.v.J. 11 maart 1982, nr. C-93/81 (Knöllner), *Jur. H.v.J.* 1982, 951.

H.v.J. nr C-107/83 (Klopp), 12 juli 1984, *Jur.* 1984, 2971.

H.v.J. 17 mei 1984 (Brusse), nr. 101/83, *Jur. H.v.J.* 1984, 2223.

H.v.J. 3 juli 1986, nr. C-66/85 (Lawrie Blum), *Jur. H.v.J.* 1986, 2121.

H.v.J. nr C-3/88 (Commissie t. Italië), 5 december 1989, *Jur.* 1989, 4035

H.v.J. 3 mei 1990, nr. C-2/89 (Kits van Heijningen), *Jur. H.v.J.* 1990, I-1755.

H.v.J. nr C-288/89 (Gouda), 25 juli 1991, *Jur.* 1991, 4007

H.v.J. 25 juli 1991, nr. C-76/90 (Säger), *Jur. H.v.J.* 1991, I-4221.

H.v.J. nr C-19/92 (Kraus), 31 maart 1993, *Jur.* 1993, 1663.

H.v.J. 9 augustus 1994, nr. C-43/93 (Vander Elst), *Jur. H.v.J.* 1994, 3803.

H.v.J. nr C-55/94 (Gebhard), 30 november 1995, *Jur.* 1995, 4165.

H.v.J. 27 maart 1990, nr. C-113/89 (Rush Portuguesa), *Jur. H.v.J.* 1990, 1417.

H.v.J. 28 maart 1996, nr. C-272/94 (Guiot), *Jur. H.v.J.* 1996, 1905.

H.v.J. nr C-70/95 (Sodemare), 17 juni 1997, *Jur.* 1997, 3395.

H.v.J. 26 januari 1999, nr. C-18/95 (Terhoeve), *Jur. H.v.J.* 1999, 345.

H.v.J. 23 november 1999, nr. C-369 en 376/96 (Arblade / Leloup), *Jur. H.v.J.* 1999, 8453.

H.v.J. 10 februari 2000, nr. C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur. H.v.J.* 2000, 883.

H.v.J. 30 maart 2000, nr. C-178/97 (Banks), *Jur. H.v.J.* 2000, 2005.

H.v.J. 9 november 2000, nr. C-404/98 (Plum), *Jur. H.v.J.* 2000, I-9379.

H.v.J. nr. C-205/99 (Analir), 20 februari 2001, *Jur.* 2001, I-1271.

H.v.J. 15 maart 2001, nr. C-165/98 (Mazzoleni), *Jur. H.v.J.* 2001, 2189.

H.v.J. 20 november 2001, nr. C-268/99 (Jany e.a.), *Jur.* 2001, I-8615

H.v.J. 25 oktober 2001, nr. C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 (Finalarte), *Jur. H.v.J.* 2001, 7831.

H.v.J. nr C-493/99 (Commissie t. Duitsland), 25 oktober 2001, *Jur.* 2001, 8163.

H.v.J. 24 januari 2002, nr. C-164/99 (Portugaia Construções), *Jur. H.v.J.* 2002, 787.

H.v.J. nr. C-496/01 (Commissie t. Frankrijk), 11 maart 2004, *Jur.* 2004, I-2351.

H.v.J. 12 oktober 2004, nr. C-60/03 (Wolff & Müller), *Jur. H.v.J.* 2004, 9553.

H.v.J. 21 oktober 2004, nr. C-445/03 (Comm. t. Luxemburg), *Jur. H.v.J.* 2004, nng.

H.v.J. 14 april 2005, nr. C-341/02 (Comm. t. Duitsland), *Jur. H.v.J.* 2005, 2733.

H.v.J. 19 januari 2006, nr. C-244/04 (Comm. t. Duitsland), *Jur. H.v.J.* 2006, nng.

H.v.J. 26 januari 2006, nr. C-2/05 (Herbosch Kiere), *Jur. H.v.J.* 2006, nng.

Conclusie van 6 april 2006 van Advocaat-Generaal Tizzano bij H.v.J., nr. C-433/04 (Commissie t. België).

Verzoek van de Arbetsdomstol van 15 december 2005 om een prejudiciële beslissing in het geding tussen Laval un Parteneri enerzijds en Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska

Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1 Byggettan, en Svenska Elektrikerförbundet
anderzijds, zaak C-341/05, **PB**

Beroep, op 5 april 2004 ingesteld door Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen
Republiek Oostenrijk, zaak C-168/04, **PB**

Beroep, op 29 november 2004 ingesteld door Commissie van de Europese Gemeenschappen
tegen Bondsrepubliek Duitsland, zaak C-490/04, **PB**

EVA-Hof, nr. E-3/04 (Athanasios e.a.),
http://www.dinesider.no/customer/770660/archive/files/Decided%20Cases/2004/e_3_04decision-e.pdf.

H.v.J. , nr. C-/ (), *Jur. H.v.J.* , .

Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, 699.

Cass., 13 oktober 1957, *Arr. Cass.* 1958, 48.

Cass., 25 juni 1975, *Pas.*, 1975, 1038.

Cass. 10 november 1978, *Pas.* 1979, 309

Cass. 19 maart 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 830

Cass. 28 september 1979, *Pas.* 1980, 131

Cass. 4 december 1989, *J.T.T.* 1990, 77.

Cass. 17 december 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 432.

Cass. 3 maart 1997, *Arr. Cass.* 1997, 441.

Cass. 2 juni 2003, *Pas.* 2003, 1099.

Antwerpen, 21 oktober 2004, *R.W.* 2004-05, afl. 39, 1556.

Brussel, 7 september 1994, *J.T.T.* 1996, 81

Brussel (12e k.) 30 maart 2001, *J.T.T.* 2001, 431.

Arbh. Brussel 7 oktober 1998, *J.T.T.* 1998, 152

Arbh. Antwerpen (3e k.) 7 februari 2002, *R.H.A.* 2002, afl. 1, 9.

Arbh. Antwerpen (3e k.) 20 juni 2002, *R.H.A.* 2003, afl. 3, 215

Arbrb. Antwerpen 21 november 1989, *J.T.T.* 1990, 133.

Arbrb. Antwerpen 28 juni 1994, *R.W.* 1995-96, 234.

Arbrb. Brussel, 19 januari 1995, *AR*. 33 539/93, niet gepubliceerd

Arbrb. Gent 24 november 1995, *Soc. Kron.* 1996, 296.

Arbrb. Tongeren 11 januari 1996, *R.W.* 1996-97, nr. 15, 506-507.

Arbrb. Brussel 13 februari 1996, *Soc. Kron.* 1996, 299.

Arbrb. Gent 13 januari 1997, *A.J.T.* 1997-98, 242

Arbrb. Luik 19 september 1997, *Soc. Kron.* 1999, 563.

Arbh. Antwerpen 24 oktober 1997, *R.W.* 1998-99, 1422.

Arbrb. Luik 27 mei 2002, *J.T.T.* 2003, 50.

Kh. Charleroi 24 juni 1992, *J.L.M.B.* 1992, 1281.

Literatuur

A.B.V.V., *Bouw – Sectorale gids 2005-2006*, Brussel, Algemene Central ABVV, 2005, 240p.

ANTHONISSEN, K., “Terbeschikkingstelling en socialezekerheidsbijdragen”, *Doc. Min. Fin.* 2003, nr. 6, 39-67.

ARROWSMITH, J., *Temporary Agency Work in an enlarged European Union*, EIRO-rapport, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2006, 46p.

BARANYAI, M., BLOMME, F., DEPUYDT, K., TIJSEBAERT, C., VANDECASTEELE, W., VANKERSSCHAEVER, J. en VAN EECKHOUTTE, W., *Dossiers Sociaal Strafrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2005, 166p.

BLANPAIN, R., *Labour law and industrial relations in the European Union : European works councils, posting of workers, parental leave, working time, fundamental social rights, social policy, treaty of Amsterdam*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, 238p.

BLANPAIN, R. (ed.), *Private Employment Agencies – The Impact of ILO Convention 181 (1997) and the Judgment of the European Court of Justice of 11 December 1997*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, 403p.

BLANPAIN, R., *Vrij verrichten van diensten en arbeidsrecht. Europese Unie en België*, Brugge, Vanden Broele, 2005, 401p.

CLAUWAERT, S., *Survey of legislation on Temporary Agency Work*, ETUI-rapport, Brussel, ETUI, 2000, 127p.

CREMERS, J. en DONDERS, P. (eds.), *The free movement of workers in the European Union*, CLR Studies 4, Brussel, 2004, 144p.

DAVIES, P., “Posted workers: Single Market or protection of nationale labour law systems?”, *CMLR* 1997, 571-602.

DE BACKER, D., “De wisselwerking tussen ‘terbeschikkingstelling’ en ‘detachering’ in een internationaal gekleurde context”, *Expat News* 2003, No. 10, 5-9.

DE BAETS, Ph., “De Belgische arbeidsinspectie op de drempel van de eenentwintigste eeuw”, *Panopticon* 2001, 141-165.

DE BRABANDERE, N. en VAN OOSTVELDT, E., “Detachering van een zelfstandige”, *Oriëntatie* 2001, Vol. 2, 48-52.

DEBRAY, O., “Le détachement de travailleurs au sein de l’E.E.E.”, *Orientations* 2001, 85-99.

DEBRAY, O. en ECTORS, D., “Quel sera l’impact de la directive européenne relative au détachement sur la loi applicable au contrat de travail », *Orientations* 2003, 18-23.

DE NYS, V., “Besluit nr. 181: verduidelijking van het detacheringsbegrip”, *Expat News* 2002, No. 10, 20-23.

DENOLF, L. en DENYS, J., *Bemiddelaars in beweging*, Leuven, HIVA, 1998, 148p.

DENYS, J., “Het definitieve einde van het V.D.A.B.-monopolie inzake arbeidsbemiddeling”, *Or.* 1995, Vol. 8/9, 181-186.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civile belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, XX

DE PAUW, B., “Mogen zelfstandigen nu kiezen waar ze sociale zekerheid betalen in de E.E.R.? Het arrest Barry Banks van het Europees Hof van Justitie”, *T.S.R.* 2000, 644-661.

DE PAUW, B., “Het arrest Fitzwilliam van het Europees Hof van Justitie: een verduidelijking van het detacheringsbegrip?”, *J.T.T.* 2000, 297-299.

DE PAUW, B., “De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (I)”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 43-46.

DE PAUW, B., “De detachering van werknemers van en naar België: Inhoudelijke voorwaarden (II)”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 2, 47-50.

DE PAUW, B., “Internationale detachering vs. Terbeschikkingstelling: een tussenstand in deze titelkamp”, *Expat News* 2002, No. 7/8, 4-8.

DE PAUW, B., “Het ene werk is het andere niet; het begrip ‘werkzaamheden’ in de Europese Verordening nr. 1408/71”, *Expat News* 2003, No. 9, 15-17.

DE PAUW, B., “Een code van goede praktijken inzake detachering in de Europese Economische Ruimte en Zwitserland”, *Expat News* 2004, No. 11, ????

DE PAUW, B. en VAN LIMBERGHEN, G., “Grensoverschrijdende tewerkstelling”, *T.S.R.* 2004, 635-703.

DE PAUW, B., “Het formulier E101 nu onaantastbaar?”, *Expat News* 2006, No. 4, 9-10.

DESMET, R. en VANDEBROEK, S., “Invoering van de Wet van 5 maart 2002 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, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen in het kader van de Europese rechtspraak”, *Expat News* 2003, afl. 6, 7-8.

DE VOS, M., “De onrechtmatige terbeschikkingstelling van een vaste werknemer als een verboden activiteit van terbeschikkingstelling”, *A.J.T.* 1997-98, 243-248.

D’HALLEWEYN, S., “De hoofdelijkheid als sociaalrechtelijk strijdwapen tegen de ‘ongrijpbare’ koppelbazen (artt. 30bis en ter van de wet van 27 juni 1969)”, *R.W.* 1987-88, nr. 4, 118-126.

DRIJBER, B.J., “De bezems van Bolkestein”, *N.T.E.R.* 2004, nr. 5, 115.

DUMORTIER, J., *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 219-220

ENGELS, C., *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, 650p.

ENGELS, C., “Terbeschikkingstelling van personeel”, *J.T.T.* 1999, nr. 743, 329-339.

ENGELS, C., “De terbeschikkingstelling van personeel in het kader van de Wet van 24 juli 1987”, *Oriëntatie* 2000, Vol. 11, 201-219.

ENGELS, C., “Arbeidsovereenkomsten en toepasselijk recht”, *Soc. Kron.* 2000, Vol. 4, 157-167.

EUROPEAN FEDERATION OF BUILDING AND WOODWORKERS, “Directive 96/71 EC on the posting of workers in the framework of the provision of services – EFBWW remarks on the Communication COM (2003) 458 final of 27/07/2003 on the implementation of the Directive 96/71/EC”, Brussels, 12 November 2003.

FEDERALE RAAD VOOR DE STRIJD TEGEN DE ILLEGALE ARBEID EN DE SOCIALE FRAUDE EN HET FEDERAAL COORDINATIECOMITE, *Wegwijs in de tewerkstelling van buitenlandse werknemers in de bouw*, Brussel, 2006, 32p.

GIESEN, R., “Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?”, *C.M.L. Rev.* 2003, afl. 1, 143-158.

HERBOTS, J.H., “De aannemingsovereenkomst”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten: actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, PPP.

- HOGHE RAAD VOOR DE WERKGELEGENHEID, *De toegang tot de Belgische arbeidsmarkt voor onderdanen van de nieuwe lidstaten van de Europese Unie*, Brussel, 2006, 105p.
- HOUWERZIJL, M., *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 97/71*, Kluwer, Deventer, 428p.
- JORENS, Y. en VAN REGENMORTELE, A. (eds.), *Internationale detachering*, Bruges, Die Keure, 1993, 385p.
- JORENS, Y., “De nieuwe EG-Verordening 1408/71 inzake de sociale zekerheid van migrerende personen: naar een vereenvoudiging en modernisering?”, *T.S.R.* 2004, afl. 1, 193-231.
- JORENS, Y. en VAN OVERMEIREN, F., “The implementation, practical application and operation of the Posting Directive 96/71/EC in Belgium: the example of the construction sector”, *T.S.R.* 2005, nr. 3, 472-511.
- KAVELAARS, P., *Toewijzingsregels in het Europees sociaal-verzekeringsrecht*, Kluwer, Deventer, 1992, 522.
- LAMBERTS, I., “E-government binnen de sociale zekerheid”, *Expat News* 2002, No. 3, 22.
- LANTIN, B., “Le détachement des travailleurs étrangers en Belgique”, *Orientations* 2003, 2-17.
- LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 900p.
- MAVRIDIS, P., “Détachement des travailleurs dans l’Union européenne: le juge national, arbitre ou soumis au principe du pays d’origine?”, *J.T.T.* 2006, nr. 948, 225-233.
- NERINCKX, S., “Detachering van werknemers: enkele belangrijke arbeidsrechtelijke gevolgen”, *Expat News* 2002, No. 7/8, 21-23.
- NERINCKX, S., “Ontslag tijdens detachering in België – Belgisch recht van toepassing?”, *Expat News* 2004, No. 6, 3-5.
- NUYTS, D. en SONNEVILLE, I., “De omzetting van de ‘detacheringsrichtlijn’ 96/71/EG in België en de andere lidstaten van de EU”, *T. Vreemd.* 2003, afl. 1, 21-28.
- PACOLET, J. en MARCHAL, A., *Sociale fraude in België*, Leuven, HIVA, 2001, 274p.
- F. PENNING (ed.), *Tewerkstelling over de grenzen*, Deventer, Kluwer, 1996, 10.
- PENNING, F., *Introduction to European Social Security Law – third edition*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 347p.
- PERTRY, V., “Detachering en terbeschikkingstelling: een gespleten identiteit?”, *Oriëntatie* 1993, Vol. 8/9, 195-207.

PIETERS, D., “Kritische situering van de hervorming van de Europese Coördinatieverordening”, *B.T.S.Z.* 2004, Vol. 4, 657-737.

PLETS, I., “Uitlenen van personeel: mogelijkheden en beperkingen”, in RIGAUX, M. en HUMBLET, P., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 489-541.

PLETS, I., “Terbeschikkingstelling in België: meer last dan lust”, *Oriëntatie* 2002, Vol. 12, 281-290.

RASSCHAERT, K., “Werving, selectie, uitzendarbeid, outplacement, executive search of headhunting: wie mag wat in Vlaanderen na 1 september?”, *Or.* 2000, Vol. 8/9, 149-163.

RAUWS, W., “De kwalificatie van de (arbeids-)overeenkomst”, *J.T.T.* 2006, Afl. 940, 93-101.

REGIOPLAN BELEIDSONDERZOEK, *Poolshoogte: onderzoek naar juridische constructies en kostenvoordelen bij het inzetten van Poolse arbeidskrachten in drie sectoren*, Amsterdam, 2005, 94p.

RUELENS, F., “Vrij verkeer van diensten en toepassing bepalingen gewaarborgd minimumloon”, *Expat News* 2002, No. 10, 10-23.

RUELENS, F., “Detachering voor bepaalde duur en opzeg”, *Expat News* 2004, No. 5, 8-10.

SALEMBIER, B., “Triangulaire arbeidsverhoudingen en het verbod op terbeschikkingstelling van werknemers: enkele tendensen”, *R.W.* 2002-2003, 1452-1457.

SCHOUKENS, P., “De Europese ontwikkelingen inzake detachering van werknemers en zelfstandigen”, in X., *Vreemdelingen en Sociale Zekerheid*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 99-114.

STORME, H. en BOUZOUMITA, S., “Arbeidsovereenkomsten in internationaal privaatrecht”, *N.J.W.* 2005, nr. 103, 290-314.

TILLEMANN, F., *Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling van werknemers*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, 175p.

TILLEMANN, F., “Het sluipend gevaar van terbeschikkingstelling”, *Oriëntatie* 1997, 121-132.

TRAEST, M., “De detachering van werknemers in het internationaal privaatrecht na de Europese Richtlijn van 16 december 1996”, *R.W.* 1998-99, 1342.

TUTS, G., “Detachement et droit du travail: la directive 96/71/CE du Parlement et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectuée dans le cadre d’une prestation de services”, *J.T.T.* 1997, 265-272.

VAN DE MOSSELAER, G., *Grenzen aan detachering van werknemers binnen de Europese Unie*, F.O.D. Personeel en Organisatie, Opleidingsinstituut van de Federale overheid, 2005, 64p.

VAN DER STEEN, I., “Beperkingen op het vrije dienstenverkeer ter bescherming van werknemers”, *N.T.E.R.* 2000, 94.

VAN DRONGELEN, J. en FASE, W.J.P.M., *De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI)*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2005, 109.

VAN EECKHOUTTE, W., “Gezag in de cassatierechtspraak. Een kwestie van bewijs, interpretatie en kwalificatie”, *N.J.W.* 2005, nr. 95, 2-17.

VAN HOOGENBEMT, H., “Internationale detachering en terbeschikkingstelling van werknemers”, in JORENS, Y. en VAN REGENMORTEL, A. (eds.), *Internationale detachering*, Die Keure, Bruges, 1993, 215-243.

VAN HOOGENBEMT, “De rechtsverhouding tussen het Europees economisch recht en het nationaal sociaal recht”, *R.W.* 1995-96, 1105.

VAN HOOGENBEMT, H., “Detachering in de sociale zekerheid”, *Oriëntatie* 1998, Vol. 8/9, 155-166.

VAN LENT, C.M.E.P., *Internationale intra-concernmobiliteit*, Deventer, Kluwer, 2000, 412p.

VANDEBROEK, S. en NERINCKX, S., “Invoering van de wet van 5 maart 2002 – Praktische benadering”, *Expat News* 2003, No. 7, 19-22.

WILLOT, G. en DEFROY, G., “Detachering van buitenlandse werknemers in België”, *B.T.S.Z.* 1996, 189-222.

Internetbronnen

Laval un Partneri leaves Swedish site, <http://www.allaboutlatvia.com/article/103/laval-un-partneri-leaves-swedish-site>

RÖNNGREN, B., “The Directive on the Posting of Workers – the case of Sweden. Memorandum”, Stockholm, 4 februari 2005, 7, <http://www.epsu.org/IMG/pdf/Vaxholm-LO-Memorandum.pdf>

FOD ECONOMIE, KMO, MIDDENSTAND EN ENERGIE, “Beroepsbedrijvigheid van de vreemdelingen (natuurlijke personen)”, http://mineco.fgov.be/enterprises/vademecum/Vade19_nl.htm

FOD ECONOMIE, KMO, MIDDENSTAND EN ENERGIE, “Beroepskaart (aanvraag om machtiging tot het uitoefenen van een zelfstandige beroepsactiviteit door een vreemdeling in België)”, http://mineco.fgov.be/sme/Reglementation/beroepskaart_nl.htm

“Praktische gids voor de detachering van werknemers in de lidstaten van de Europese Unie, van de Europese economische ruimte en in Zwitserland”, http://ec.europa.eu/employment_social/social_security_schemes/docs/posting_nl.pdf

<http://www.meta.fgov.be>

<http://www.petervanvelthoven.be>

<http://www.vlaanderen.be/werk>

BIBLIOGRAFIE POOLSE ONDERZOEKSPARTNER

- Bąk E., *Elastyczne formy zatrudnienia*, [Flexible forms of employment], C.H.Beck, Warszawa 2006, s. 45
- Bulik A., Sobczyk A., *Ustawa o Zatrudnieniu pracowników tymczasowych – wady i zalety* [Act on temporary workers employment- advantages and disadvantages], „Monitor Prawa Pracy” 2006, nr 1, s. 6-16
- Chakowski M., Ciszek P., *Ustawa do remontu czyli o konieczności zmian w przepisach o zatrudnianiu pracowników tymczasowych*, [Act that needs repairing- on the necessity to change the provisions on temporary workers employment] „Personel i Zarządzanie” 2006, nr 3, s. 62
- Jackowiak U., (red.), Piankowski M., Stelina J., Uziak W., Wypych-Zywicka A., Zieleniecki M., *Kodeks pracy z komentarzem*, [Labour Code with commentary], Fundacja Gospodarcza, 2004, wyd. IV
- Jaroszewska-Ignatowska I., Sikora B., *Praca na etacie. Samozatrudnienie*, [Conventional employment. Self-employment.], Serwis Prawno-Pracowniczy Nr. 028/2005
- Lis K., *Samozatrudnienie i inne formy minimalizacji kosztów pracy*, [Self-employment and other ways to reduce the cost of work], Gdańsk 2004, s. 9.
- Makowski D., *Praca tymczasowa jako nietypowa forma zatrudnienia*, [Temporary work as a nontypical form of employment], Difin, Warszawa 2006.
- Owczarek J. Serwińska K., *Delegowanie pracownika za granice (3)*, [The posting of workers], Personel i Zarządzanie, 2005, nr 12.
- Raport Departamentu Pracy w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej z zakresu kontroli legalności zatrudnienia, [The Report of the Department of Labour in the Ministry of Labour and Social Affairs on the controlling of the legality of employment], Warszawa 2006
- Sobczyk A., *Zatrudnianie pracowników tymczasowych*, [Temporary workers employment], „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 2004, nr 14
- Sprawozdanie Głównego Inspektora Pracy z 2005r., [The Report by General Labour Inspector from 2005], Warszawa 2006.
- Strzelec L., Serwińska K., *Delegowanie pracownika za granice*, [The posting of workers], Personel i Zarządzanie, 2005, nr 10
- Tuchołka H., *Samozatrudnienie* [Self-employment], Mopr nr 10/2004
- Ustawa o pracy tymczasowej po roku funkcjonowania*, [Act on temporary workers employment after a year of functioning], artykuł opublikowany 23 stycznia 2005 na stronie: <http://www.egospodarka.pl/71178,Ustawa-o-pracy-tymczasowej-po-roku-funkcjonowania1343.html>
- Zbieglińska B., *Obowiązki płatników składek wobec ZUS*, [The duties of the contribution payer with respect to the Social Insurance Institution], Serwis Prawno-Pracowniczy 2005, nr 46.

Legal Acts

Act from 23 April 1964, Civil Code (Official 16, 93, with later changes)

Act from 26 June 1974. Labour Code (Official 21, from 1998, 94 with later changes)

Act from 20 November 1998 on the income tax deducted from some types of income achieved by natural persons (Official 144, 930, with later changes)

Act from 19 November 1999 on the economic activity law, (Official 101, 1178, with later changes)

Act from 13 October 1998 on social insurance scheme (Official 137, 887, with later changes)

Act from 9 July 2003 on temporary workers employment (Official 166, 1608)

Act from 2 July 2004 on the freedom of economic activity (Official 173, 1807, with later changes)

Act from 28 July 2005 on the promotion of employment and institutions of labour market (Official 99, 1001, with later changes)

Act from 28 July 2005 on the changes in the act on the promotion of employment and in some other acts. (Official 164 from 2005, 1366.

Regulation of the Minister of Labour and Social Policy from 19 December 2002 on the expenses of abroad business trip of budgetary worker (Official 236, 1991, with later changes)

Regulation of the Minister of Labour and Social Policy from 19 December 2002 on the expenses of business trip of budgetary worker within the territory of Poland. (Official 236, 1990, with later changes)