

ADVIES Nr. 1.685

Zitting van woensdag 6 mei 2009

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever – Artikel 38 sexies, eerste lid, 2° van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers

x x x

2.357-1

ADVIES Nr. 1.685

Onderwerp: Hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever – Artikel 38 sexies, eerste lid, 2° van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers

Bij brief van 27 november 2008 heeft mevrouw J. MILQUET, vice-eersteminister en minister van Werk en Gelijke Kansen, het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over de concretisering van de begeleidende maatregel bepaald in artikel 38 sexies, eerste lid, 2° van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers.

Het onderzoek van deze kwestie werd toevertrouwd aan de commissie Individuele Arbeidsverhoudingen en Sociale Zekerheid.

Op verslag van deze commissie heeft de Raad op woensdag 6 mei 2009 navolgend advies uitgebracht.

x x x

ADVIES VAN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD

I. ONDERWERP EN DRAAGWIJDTE VAN DE ADVIESAANVRAAG

1. De Raad herinnert er aan dat op 1 mei 2004 de EU uitgebreid werd met 10 nieuwe lidstaten (Estland, Cyprus, Hongarije, Letland, Lithouwen, Malta, Polen, Tsjechische Republiek, Slowakije en Slovenië). Binnen de EU geldt in beginsel het vrij verkeer van werknemers. Het toetredingsverdrag voorziet echter in de mogelijkheid voor de oude lidstaten om gedurende een overgangperiode van maximum 7 jaar (2 + 3 + 2) maatregelen toe te passen waarbij het vrij verkeer van werknemers uit deze nieuwe lidstaten aan beperkingen wordt onderworpen. België heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Na een eerste overgangperiode van 2 jaar namelijk van 1 mei 2004 tot 1 mei 2006, loopt thans de tweede overgangperiode van 3 jaar namelijk van 1 mei 2006 tot 1 mei 2009. Een laatste verlenging met 2 jaar is mogelijk namelijk tot 1 mei 2011, indien het openstellen van de grenzen zou leiden tot ernstige verstoringen van de arbeidsmarkt en nadat de Europese Commissie hiervan in kennis is gesteld. De overgangperiode is niet van toepassing op de onderdanen van Cyprus en Malta. Voor hen geldt sinds 1 mei 2004 volledig het vrij verkeer van werknemers.

Met ingang van 1 januari 2007 zijn ook Bulgarije en Roemenië toegetreden tot de EU. België heeft er voor gekozen om voor de onderdanen van deze twee nieuwe lidstaten het vrij verkeer van werknemers in een overgangperiode die verlengd werd tot 31 december 2011 te beperken volgens dezelfde overgangsmaatregelen die van toepassing zijn als voor de lidstaten bedoeld bij de eerste uitbreiding.

De toetredingsverdragen voorzien niet in overgangsmaatregelen voor de vrijheid van vestiging en van dienstverlening. De onderdanen van een nieuwe lidstaat kunnen zich dus als zelfstandige vestigen in eender welke andere lidstaat en een onderneming of zelfstandige kan via detachering van personeel diensten verlenen in een andere lidstaat zonder er gevestigd te zijn.

2. Bij brief van 27 november 2008 heeft mevrouw J. MILQUET, vice-eersteminister en minister van Werk en Gelijke Kansen, het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over de concretisering van de begeleidende maatregel bepaald in artikel 38 sexies, eerste lid, 2° van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers.

Krachtens die regelgeving moet voor de vervroegde openstelling van de Belgische grenzen voor de nieuwe EU-lidstaten inzake het vrije verkeer van werknemers, aan vier begeleidende maatregelen worden voldaan, waaronder de hoofdelijke aansprakelijkheid van de hoofdaannemers of opdrachtgevers voor de naleving van de loons- en arbeidsvoorwaarden van ter beschikking gestelde buitenlandse werknemers, een voorwaarde die nog moet worden geconcretiseerd.

Zij licht daarbij toe dat die voorwaarde de opdrachtgever die de vruchten plukt van het door de werknemers van zijn onderaannemer(s) verrichte werk, verantwoordelijkheidsgevoel wil bijbrengen en de bestrijding beoogt van praktijken van koppelbazen die aan hun klanten goedkope arbeidskrachten leveren omdat ze de elementaire arbeidsvoorwaarden niet naleven.

Aangezien het gaat om situaties waarin de contractant zich er voornamelijk toe verbindt arbeidskrachten te leveren, is het juridisch kader van die arbeidsrelatie hetzij terbeschikkingstelling van werknemers aan gebruikers, hetzij een vorm van onderaanneming zonder (althans ogenschijnlijke) gezagsoverdracht.

Gezien de draagwijdte van die toekomstige definitie, wenst de minister het advies van de Raad over deze problematiek en in het bijzonder over hoe genoemde begeleidende maatregel van artikel 38 sexies, eerste lid, 2° van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, het best wordt geconcretiseerd.

II. STANDPUNT VAN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD

1. De Raad heeft de adviesaanvraag van de minister met bijzondere aandacht onderzocht en leidt uit de toelichting van de vertegenwoordiger van de minister af dat deze een regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid wenst voor de hiernavolgende redenen :

Ten eerste zijn een aantal politieke afspraken gemaakt daaromtrent, in 2006 wanneer de toenmalige regering in het kader van de werf-arbeidsmarktbeleid de bespreking van die problematiek heeft doorgegeven aan de Groep van 10. In punt 12 van de zogenaamde "10 werven" werd daarbij het volgende voorzien :

"De regering wil de hoofdelijke aansprakelijkheid in het kader van aannemingsovereenkomsten doorvoeren en wil de sociale partners nauw betrekken bij het bepalen van de uitvoeringsmaatregelen. Het is daarbij de bedoeling om fraude in het kader van internationale tewerkstelling te voorkomen zonder dat dit een negatieve impact mag hebben op het economisch weefsel."

De hoofdelijke aansprakelijkheid is toen in het koninklijk besluit van 1999 opgenomen als één van de vier begeleidende maatregelen waaraan moest worden voldaan voor de vervroegde openstelling van de Belgische grenzen. Aan die regeling werd in maart 2009 opnieuw herinnerd door enkele gewestelijke ministers van Arbeid die vonden dat de grenzen nog niet konden worden opengesteld vooraleer de regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid zou zijn ingevoerd.

De tweede reden waarom de minister een regeling voor de hoofdelijke aansprakelijkheid wenst, is op vraag van de inspectiediensten. Die stellen immers vast dat ons land voor het ogenblik overspoeld wordt door zowel buitenlandse als Belgische detacheringbureaus en nepuitzendbureaus, die via buitenlandse constructies hier malafide komen werken.

De invoering van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever of de hoofdaannemer beoogt daarbij een dubbel doel : enerzijds de bescherming van de sociale rechten van de benadeelde werknemers en het voorkomen van sociale dumping en anderzijds het bestrijden van oneerlijke constructies (het laten uitvoeren van werken onder het statuut van schijnzelfstandige, via detachering in het kader van een dienstencontract of via zwartwerk) die aanleiding geven tot concurrentievervalsing.

Tenslotte wordt in de Europese context het beginsel van solidaire verantwoordelijkheid die reeds in een of andere vorm in een aantal lidstaten in hun wetgeving is opgenomen zoals o.a. in Frankrijk, Nederland, Duitsland, als een best practice beschouwd. Ook het voorstel van richtlijn tot vaststelling van sancties voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen voorziet in het principe dat alle ondernemingen in een onderaannemingsketen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de betaling van financiële sancties tegen een werkgever aan het eind van de keten, die illegaal verblijvende onderdanen van derde landen in dienst heeft.

2. Na de bespreking zijn de in de Raad vertegenwoordigde werkgevers- en werknemersorganisaties er niet in geslaagd over dit onderwerp unanieme voorstellen te doen.

A. Standpunt van de leden die de werkgeversorganisaties vertegenwoordigen

De vertegenwoordigers van de werkgeversorganisaties stellen vooreerst vast dat de invulling van het begrip hoofdelijke aansprakelijkheid in het persbericht dat de minister van Werk hierover heeft verspreid, wordt gesitueerd in het kader van het vrij verkeer van werknemers als één van de voorwaarden voor openstelling van de grenzen voor werknemers afkomstig uit de nieuwe Europese Lidstaten. Zij wensen eraan te herinneren dat het principe van het vrij verkeer van werknemers volgens hen één van de meest fundamenteel principes is van de Europese Unie en bijgevolg overgangsmaatregelen niet nodig zijn.

Vervolgens merken die leden vanuit juridisch oogpunt op dat de invoering van een hoofdelijke aansprakelijkheid van de hoofdaannemers of opdrachtgevers als één van de voorwaarden voor een vervroegde openstelling van de grenzen voor werknemers uit de nieuwe Europese Lidstaten zonder voorwerp is geworden daar deze grenzen ten laatste op 30 april 2009 moeten opengesteld worden.

Daarnaast wijzen zij erop dat een koppeling van de openstelling van de grenzen aan dergelijke voorwaarde leidt tot verwarring. Er is immers geen enkele band tussen een dergelijke maatregel die gericht is op het bestrijden van fraude in geval van detachering en de tewerkstelling van een buitenlandse werknemer op volkomen legale wijze en conform de Belgische wetgeving door een in België gevestigde werkgever.

Bovendien is de invoering van een hoofdelijke aansprakelijkheid een disproportionele maatregel die desastreuze gevolgen dreigt te hebben voor de Belgische bedrijven. Enerzijds treft hij alle ondernemingen ongeacht of het gaat om een zuiver Belgische situatie van aanneming en onderaanneming, ongeacht of een beroep wordt gedaan op werknemers van buitenlandse oorsprong en of de ondernemingen bona fide zijn. Anderzijds wordt de controletaak van de overheid doorgeschoven naar de Belgische ondernemingen terwijl dit niet hun taak is en deze in de praktijk ook niet in staat zijn om deze verantwoordelijkheid op te nemen. Opdrachtgevers kunnen immers geen controle uitoefenen op hun medecontractanten of onderaannemers.

Zij hebben immers geen inzicht in hun prijs- en kostenstructuren waarvan de loon- en arbeidsvoorwaarden bovendien slechts één van de elementen naast vele andere uitmaken. Bovendien zijn zij niet in staat om de volledige ketting van onderaannemers te achterhalen en de arbeids- en loonvoorwaarden - die van sector tot sector kunnen verschillen - te kennen. Het is dan ook aan de overheid om haar controletaak uit te oefenen eerder dan de lasten te verzwaren die op de ondernemingen rusten en zij beschikt hiervoor over alle bevoegdheden, instrumenten en data.

Daarenboven zou de invoering van een hoofdelijke aansprakelijkheid bovenop de reeds bestaande systemen van hoofdelijke aansprakelijkheid en bovenop de reeds bestaande administratieve verplichtingen die rusten op de ondernemingen onverantwoord zijn. Efficiënt gebruik maken van de bestaande verplichtingen (die bona fide bedrijven respecteren) gekoppeld aan doeltreffende controles met als enige bedoeling de mala fide bedrijven het werken uiterst moeilijk maken of zelfs onmogelijk maken moet de enige doelstelling van de overheid zijn, in plaats van diegenen aan te pakken die vandaag al de grootste moeite hebben om het hoofd te bieden aan alle opgelegde verplichtingen

Het zou tevens vanuit economisch oogpunt onverantwoord zijn om het beroep op onderaanneming en outsourcing te bemoeilijken daar deze de hoeksteen van onze diensteneconomie vormen in een context van internationale concurrentie die onze bedrijven verplicht om zich te richten op hun corebusiness.

Daarnaast kan men ook nog stellen dat een Europees probleem oplossen met een nationaal sanctiesysteem utopisch en onhaalbaar is.

De vertegenwoordigers van de werkgeversorganisaties wijzen er tenslotte op dat de piste waarnaar werd verwezen door de vertegenwoordigers van de minister en waarbij artikel 31 Wet van 27 juli 1987 zou worden gewijzigd zodat deze in zijn oorspronkelijke versie van voor de wijziging van 2000 zou worden hersteld voor hen onaanvaardbaar en onbegrijpelijk is. Vandaag wordt immers een veelheid van activiteiten uitgevoerd door Belgische en buitenlandse dienstverleners en dit voor het hele spectrum aan economische activiteiten. Welnu, door een dergelijke wijziging dreigt het beroep op werknemers van bona fide dienstverleners gekwalificeerd te worden als een verboden terbeschikkingstelling terwijl dit beantwoordt aan een praktische noodzaak (bv. veiligheidsinstructies gegeven door een SEVESO onderneming aan de werknemers van een dienstverlener).

B. Standpunt van de leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen

De vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties zijn van oordeel dat de invoering van de hoofdelijke aansprakelijkheid van opdrachtgever (hoofdaannemer) een noodzakelijk sluitstuk vormt in de aanpak van sociale dumping.

Buitenlandse werknemers die tewerkgesteld worden op de Belgische arbeidsmarkt maken aanspraak op de loon- en arbeidsvoorwaarden, zoals vastgelegd in algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten.

Dit is de kern van de wet van 5 maart 2002 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.

De toepassing van deze regel in praktijk laat evenwel te wensen over. Het niet respecteren van de cao's in verband met loon- en arbeidsvoorwaarden leidt niet alleen tot sociale dumping en concurrentievervalsing maar zorgt ook voor problemen in verband met veiligheid en coördinatie van het uit te voeren werk. Bovendien creëert het een ongelijke behandeling van werknemers op de arbeidsmarkt.

Daarom hebben de werknemersorganisaties steeds vier voorwaarden verbonden aan het vrij verkeer van werknemers en het vrij verkeer van diensten met als implicatie de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten op ons grondgebied:

1. Aanmelden :

Het is belangrijk te weten wie op de Belgische arbeidsmarkt komt werken. In principe kan deze informatie verzameld worden door middel van het LIMOSA-systeem. Dit systeem functioneert nog niet optimaal. Vooral wat betreft de verificatie van de gegevens die via LIMOSA aangemeld wordt, moet nog een en ander verbeterd worden

2. Informereren :

Buitenlandse arbeidskrachten die hier komen werken zijn vaak onvoldoende op de hoogte van onze loon- en arbeidsvoorwaarden. De noodzakelijke informatie die verstrekt moet worden is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van werkgevers, vakbonden en overheid.

In dit verband pleiten de vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties voor het invoeren van een informatieplicht door de werkgever-gebruiker. Zij worden in eerste instantie met deze buitenlandse arbeidskrachten geconfronteerd.

3. Controle en handhaving :

De effectiviteit van een regel kan slechts afgetoetst worden aan de kwaliteit van de toepassing op het terrein. Het ontbreekt tot op vandaag aan voldoende, daadkrachtige en systematische controles. Ons inspectieapparaat moet verder versterkt worden maar moet ook (nog) meer gebruik maken van de technische middelen die voorhanden zijn (cross controles, linken van databanken,...).

De vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties betreuren in dit verband dat de inspectie toezicht sociale wetten die normalerwijze een bondgenoot is van de werknemer, steeds meer de opdracht krijgt om als een soort migratiepolitie op te treden tegen buitenlandse werknemers (controle op ongeldige verblijfsdocumenten).

4. Sanctionering :

In de sanctionering van eventuele misbruiken moet ook een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever (hoofdaannemer) voorzien worden. Een stap in de goede richting is de invoering van het vermoeden van sociale dumping indien uit de prijsbepaling blijkt dat onze loon- en arbeidsvoorwaarden onmogelijk gerespecteerd kunnen zijn. In deze gevallen mag de opdrachtgever (hoofdaannemer) onmogelijk vrijuit gaan.

Het invoeren van een dergelijk vermoeden vormt een belangrijk hulpmiddel voor de inspectiediensten.

Om misbruiken door middel van onderaanneming te bestrijden is een betere definitie van de gezagsoverdracht van de werkgever naar de gebruiker noodzakelijk. Dit zou een belangrijk hulpmiddel bieden voor de inspectiediensten om onwettige vormen van terbeschikkingstelling aan te pakken.

De regel van de hoofdelijke aansprakelijkheid is dus niet beperkt tot de migratie en sociale dumping van werknemers uit de nieuwe Europese lidstaten. De hoofdelijke aansprakelijkheid moet gelden voor alle buitenlandse arbeidskrachten ook diegenen die via detachering en het vrij verkeer van diensten op onze arbeidsmarkt terechtkomen. Daarom moet het artikel 31 § 4 van de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, veralgemeend worden.

De hoofdelijke aansprakelijkheid voor fiscale en parafiscale schulden die momenteel al bestaat voor sommige sectoren, zou, zonder onderscheid, uitgebreid moeten worden tot alle sectoren.

Het invullen van deze voorwaarden zorgt er voor dat de interne markt tegelijk een transparante en concurrentiële markt wordt, waar de gelijke behandeling van de werknemers bijdraagt tot een eerlijke concurrentie tussen alle ondernemingen, zowel grote als kleine.

Het Europees Hof van Justitie is van oordeel dat de invoering van een systeem van verantwoordelijkheid niet indruist tegen het gemeenschapsrecht maar net een bescherming van gedetacheerde werknemers inhoudt (zie arresten Wolff en Müller).

Naast de uitbreiding van de hoofdelijke aansprakelijkheid van fiscale en parafiscale schulden is het voor de werknemersorganisaties meer dan nodig om over te gaan tot een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loon- en arbeidsvoorwaarden. Deze maatregel was als bijkomende maatregel voorzien in het kader van de discussie rond het openstellen van de grenzen voor werknemers uit de nieuwe lidstaten maar bleef tot op vandaag zonder uitvoering.

De vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties wijzen in dit verband op de resolutie van het Europees Parlement met betrekking tot de invoering van een hoofdelijke aansprakelijkheid¹. Zij onderschrijven volledig de analyse die zegt dat de invoering van een ketenaansprakelijkheid tussen hoofdaannemer-opdrachtgever en onderaannemers niet alleen de werknemers maar ook de overheden en de werkgevers, voornamelijk KMO's, ten goede zou komen.

De Europese Commissie promoot uitdrukkelijk de voordelen van ketenaansprakelijkheid om in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening sociale fraude te voorkomen en te bestrijden en te sanctioneren².

Studiewerk van de Dublin Foundation toont aan dat het beperken van de aansprakelijkheid tot één element in de keten leidt tot inefficiëntie van de maatregel. In diezelfde studie wordt aangetoond dat deze ketens uitermate lang en complex worden. Vaak worden doelbewust ondoorzichtige en complexe structuren uitgewerkt waardoor het voor bonafide ondernemingen moeilijk is om het hoofd boven water te houden.

¹ Resolutie van het Europees Parlement van 26 maart 2009 over de sociale verantwoordelijkheid van onderaannemers in productieketens.

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

Daarom pleiten de vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties voor de invoering van een ketenaansprakelijkheid voor de loon- en arbeidsvoorwaarden, naar analogie van wat in verschillende andere lidstaten reeds gebeurde (Italië, Frankrijk, Duitsland, Spanje, Oostenrijk, ...).

Zij willen daarbij rekening houden met de bezorgdheden van de werkgevers en zijn bijgevolg bereid om dit op een zo pragmatisch mogelijke wijze uit te werken.

De Secretaris,

De Voorzitter,

J.-P. Delcroix

P. Windey