



ADVIES Nr. 1.579

Zitting van dinsdag 21 november 2006

Monitoring en controle tewerkstelling buitenlandse arbeidskrachten - Ontwerp van wet tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen

x x x

2.194-1

ADVIES Nr. 1.579

Onderwerp : Monitoring en controle tewerkstelling buitenlandse arbeidskrachten - Ontwerp van wet tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen

De heer P. VANVELTHOVEN, minister van Werk, heeft bij brief van 11 mei 2006 het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over het voornoemde onderwerp.

De bespreking van dat dossier werd toevertrouwd aan de commissie Individuele Arbeidsverhoudingen van de Raad.

Op verslag van die commissie heeft de Raad op 21 november 2006 het volgende advies uitgebracht.

x x x

ADVIES VAN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD

I. ONDERWERP VAN DE ADVIESAANVRAAG

De heer P. VANVELTHOVEN, minister van Werk, heeft bij brief van 11 mei 2006 het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over het volgende ontwerp van wet en de volgende ontwerpen van koninklijk besluit :

- een ontwerp van wet tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen
- een ontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van de wet van ... tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen
- een ontwerp van koninklijk besluit betreffende het bijhouden van bepaalde sociale documenten voor gedetacheerde werknemers

Die ontwerp teksten werden tijdens de ministerraad van 28 april 2006 goedgekeurd.

Die ontwerpen hebben betrekking op de modernisering van het beheer van de sociale zekerheid en het verordenende kader van de monitoring en controle op de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten.

De minister wijst erop dat, hoewel die ontwerpen strikt genomen niet aan het sociaal overleg onderworpen zijn, de ministerraad toch heeft besloten het advies van de Nationale Arbeidsraad in te winnen. De minister dringt aan op een spoedbehandeling.

II. CONTEXT EN DRAAGWIJDTE VAN DE ADVIESAANVRAAG

Ter uitvoering van de beslissing van de ministerraad van 23 december 2005 volgens welke een elektronisch systeem van monitoring en controle moet worden opgezet voor elke vorm van tewerkstelling van buitenlanders in België, heeft de werkgroep Modernisering van het beheer van de sociale zekerheid in februari 2006 een stappenplan goedgekeurd voor het realiseren van het LIMOSA-project (Landenoverschrijdend Informatiesysteem ten behoeve van MigratieOnderzoek bij de Sociale Administratie).

Op basis van de informatie die de vertegenwoordiger van de minister van Werk en de vertegenwoordigers van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (RSZ) en de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid hebben verstrekt, blijkt dat dit project in drie fasen moet worden ontwikkeld.

De eerste fase beoogt de invoering van een meldingsplicht voor de naar België gedetacheerde werknemers, zelfstandigen en stagiairs¹.

Concreet moet, behoudens een aantal uitzonderingen die zijn gerechtvaardigd door de zeer korte duur of de aard van de activiteiten in België, naargelang van het geval bij de RSZ of de RSVZ en bij voorkeur via elektronische weg melding worden gedaan vooraleer de werkzaamheden op het Belgische grondgebied effectief aangevangen worden. Zodra de melding is ontvangen, wordt een ontvangstbewijs bezorgd aan de aangever.

Naargelang van het geval moet die melding gebeuren door de buitenlandse werkgever van de gedetacheerde werknemer, zijn aangestelde of zijn lasthebber, door de gedetacheerde zelfstandige of zijn lasthebber, door de gedetacheerde stagiair of de buitenlandse instelling waar hij zijn studies of beroepsopleiding volgt². Bovendien kan de verantwoordelijkheid ook bij de Belgische³ eindgebruiker of de opdrachtgever liggen. Indien geen ontvangstbewijs kan worden vorgelegd, moet de Belgische eindgebruiker of de opdrachtgever immers zelf melding van het ontbreken van het ontvangstbewijs doen.

¹ Voor de toepassing van het ontwerp van wet wordt bedoeld met :

- gedetacheerde werknemers : de werknemers die in België tijdelijk een arbeidsprestatie leveren en die hetzij gewoonlijk werken op het grondgebied van een of meer landen dan België, hetzij zijn aangeworven in een ander land dan België.
- gedetacheerde stagiairs : de stagiairs die in het kader van een buitenlands studieprogramma of een buitenlandse beroepsopleiding op het Belgische grondgebied een stage of een deel van een stage verrichten;
- gedetacheerde zelfstandigen : de zelfstandigen die in België tijdelijk een of meerdere zelfstandige activiteiten uitoefenen zonder er permanent te verblijven en die gewoonlijk werken op het grondgebied van een of meer landen dan België en 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 tijdelijke te vestigen als zelfstandige;
- gedetacheerde zelfstandige stagiairs : de stagiairs die in het kader van een buitenlands studieprogramma of een buitenlandse opleiding voor de toegang tot een vrij beroep op het Belgisch grondgebied een stage of een deel van een stage verrichten.

Om de tekst niet te zeer te verzwaren worden de verschillende door het wetsontwerp beoogde categorieën hierna aangeduid met "de gedetacheerde personen".

² Om de tekst niet te zeer te verzwaren wordt hierna "buitenlandse onderneming" gebruikt voor al diegenen die de voorafgaande melding van gedetacheerde personen moeten doen : in casu de werkgever, diens aangestelde of lasthebber, voor een gedetacheerde werknemer; de stagiair of de instelling waar hij zijn studies of beroepsopleiding volgt, voor een gedetacheerde stagiair; de zelfstandige of zijn lasthebber, voor een gedetacheerde zelfstandige.

³ Wanneer men het in deze context heeft over een Belgische eindgebruiker of opdrachtgever bedoelt men een in België gevestigde gebruiker of opdrachtgever.

De invoering van die verplichting gaat verder gepaard met zware strafsancties, die vergelijkbaar zijn met de sancties die zijn vastgesteld inzake de Dimona-aangifte.

Ten slotte leidt de melding tot de vrijstelling, gedurende 12 maanden, van een aantal verplichtingen, zoals het bijhouden van sociale documenten of de opstelling van een arbeidsreglement, op voorwaarde dat vergelijkbare documenten die in het buitenland werden opgesteld, beschikbaar zijn.

De tweede fase bestaat in het aanleggen van een centraal kadaster op basis van de gegevens van de verplichte melding, aangevuld met bestaande maar thans verspreid opgeslagen informatie, zoals kopieën van buitenlandse detachingsverklaringen (RSZ - RSVZ), arbeidsvergunningen en arbeidskaarten (gewesten en gemeenschappen), beroepskaarten voor zelfstandigen (FOD Economie) en verblijfsvergunningen (Dienst Vreemdelingenzaken - FOD Binnenlandse Zaken).

De aldus verzamelde gegevens zouden toegankelijk zijn voor de betrokken instellingen en de inspectiediensten door middel van het gemeenschappelijke platform GENESIS.

Een derde fase beoogt de oprichting van een uniek elektronisch loket waar zowel de veralgemeende meldingsplicht als de aanvraag van arbeidskaarten, beroepskaarten, vestigingsattesten en verblijfsvergunningen kunnen worden behandeld.

Het wetsontwerp en de ontwerpen van koninklijk besluit waarover het advies van de Raad wordt ingewonnen, hebben tot doel de eerste fase te verwezenlijken, namelijk de instelling van een voorafgaande meldingsplicht voor alle gedetacheerde personen.

III. STANDPUNT VAN DE RAAD

Gezien de gevraagde spoedhandeling spreekt de Nationale Arbeidsraad zich in dit advies enkel uit over het voorgelegde wetsontwerp. Hij zal zich later uitspreken over de twee ontwerpen van koninklijk besluit.

De Raad heeft het ontwerp van wet tot voorafgaande melding voor gedetacheerde personen aandachtig onderzocht. In het kader van dat onderzoek heeft hij kunnen rekenen op de medewerking van de vertegenwoordiger van de minister van Werk en de vertegenwoordigers van de RSZ en de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid.

Naast een aantal algemene beschouwingen over het wetsontwerp formuleert de Raad een aantal opmerkingen op grond van een onderzoek van de artikelen van het wetsontwerp.

A. Algemene beschouwingen over het wetsontwerp

1. Met betrekking tot de beleidsdoelstellingen van het wetsontwerp

De Raad constateert dat het voorgelegde wetsontwerp enerzijds moet worden gezien in het kader van het openstellen van de grenzen voor gedetacheerde personen en anderzijds tot doel heeft problemen inzake de niet-naleving van de loon- en arbeidsvoorwaarden voor buitenlandse arbeidskrachten te voorkomen.

Hij staat positief tegenover het doel van het wetsontwerp, namelijk een betere kennis van de tewerkstelling van buitenlanders in België en het bestrijden van sociale dumping door de controle op de tewerkstelling van die personen te verbeteren.

Hij herinnert er meer bepaald aan dat de strijd tegen zwartwerk en sociale dumping een thema is dat de sociale partners al lang bezighoudt en hij onderschrijft globaal genomen de regeling waarin het onderhavige wetsontwerp voorziet; hij verklaart zich bereid mee te werken aan de tenuitvoerlegging van deze maatregel.

De Raad wijst erop dat een facultatieve melding al bestaat voor de buitenlandse werkgevers, krachtens artikel 6 ter van het koninklijk besluit van 23 oktober 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten.

Hij merkt op dat het de bedoeling is om de doeltreffendheid van die maatregel te verhogen in het kader van het voorgelegde wetsontwerp. Die facultatieve melding wordt namelijk grondig herbekeken, uitgebreid en verplicht gemaakt, opdat ze op alle vormen van tewerkstelling van buitenlanders in België betrekking zou hebben.

Overeenkomstig de voornoemde beschouwingen onderschrijft de Raad het beginsel van de verplichte voorafgaande melding waarin het wetsontwerp voorziet.

2. Met betrekking tot de voorwaarden om deze beleidsdoelstellingen te realiseren

De Raad zou evenwel de volgende opmerkingen willen formuleren met betrekking tot de voorwaarden die moeten vervuld zijn opdat de beleidsdoelstellingen van het wetsontwerp zouden kunnen gerealiseerd worden.

a. Wat het controleaspect betreft

De Raad heeft er tijdens de commissiewerkzaamheden akte van genomen dat behoedzaam met het aspect controle van de tewerkstelling van buitenlanders in België moet worden omgesprongen in het kader van de Europese regelgeving inzake vrij verkeer.

In de mate dat de voorgestelde meldingsplicht van het ontbreken van het ontvangstbewijs aanleiding kan geven tot een bijkomende controle door de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever, die zijn aansprakelijkheid kan teweegbrengen, zouden er twijfels kunnen rijzen over de compatibiliteit van het voorgestelde met de Europese regelgeving inzake vrij verkeer.

b. Wat het verzamelen van informatie over de tewerkstelling van gedetacheerde personen betreft

- De Raad neemt er akte van dat volgens de memorie van toelichting bij het aan hem voor advies voorgelegde wetsontwerp de voorlopig reeds beschikbare gegevens (bijvoorbeeld via het encoderen van sociaalrechtelijke detachingsformulieren in één centrale databank, het GOTOT IN- project) helemaal niet volstaan om een accuraat beeld te krijgen van de tewerkstelling van buitenlanders in België.

Hij heeft tijdens de commissiewerkzaamheden vernomen dat het de bedoeling van de invoering van een meldingsplicht is om iets te doen aan het fragmentaire karakter van de informatie die reeds verkregen wordt door twee ingangen van melding te voorzien : zowel de buitenlandse onderneming als de Belgische onderneming staan in voor de melding.

Zo werd hij er van geïnformeerd dat het de bedoeling van dit systeem is dat de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever, wanneer de gedetacheerde personen zich bij hem aandienen en voorafgaand aan hun tewerkstelling, navraag doet of er melding is gedaan (artikel 4 en 18 van het ontwerp van wet). Kan geen ontvangstbewijs worden voorgelegd van de melding, dan moet de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever zelf de melding doen van het ontbreken van het ontvangstbewijs, om zijn eigen aansprakelijkheid in te dekken (artikel 6 en 20 van het ontwerp van wet).

Dit zou meer garantie geven dat de nodige informatie daadwerkelijk wordt verkregen.

- De Raad is evenwel van oordeel dat de eenvoud, gebruiksvriendelijkheid en werkbaarheid van het meldingssysteem primordiaal is voor de efficiëntie en het welslagen van deze maatregel. Het is dan ook nodig om de modaliteiten van het meldingssysteem zo eenvoudig mogelijk te houden.

Hierbij wijst hij er in het bijzonder op dat alleen indien de buitenlandse onderneming tekort komt aan zijn meldingsplicht, de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever een meldingsplicht van het ontbreken van het ontvangstbewijs heeft. Het is dus van het grootste belang dat de omstandigheden worden gecreëerd die buitenlandse ondernemingen toelaten om hun meldingsplicht op correcte wijze te kunnen vervullen.

Ten eerste, is hiervoor nodig dat de groepen gegevens die in de melding moeten opgenomen worden pertinent en noodzakelijk zijn en niet te gedetailleerd (hierop wordt verder ingegaan in het advies over het ontwerp van koninklijk besluit dat de wet op dit punt uitvoert). De Raad wil de aandacht vestigen op het risico dat de verplichting te zwaar wordt, waardoor het stelsel onwerkzaam wordt voor de buitenlandse ondernemingen en het leven van de Belgische operatoren wordt bemoeilijkt.

Ten tweede, is het nodig dat de invoering van zo'n regeling gepaard gaat met een efficiënte en afdoende informatiecampagne. Het is immers de bedoeling ervoor te zorgen dat zowel de buitenlandse ondernemingen als de Belgische gebruikers perfect op de hoogte zijn van hun respectieve verplichtingen en de gevolgen die er qua aansprakelijkheid uit voortvloeien.

De Raad heeft vernomen dat in het project LIMOSA een luik communicatie is voorzien met als doel zoveel mogelijk informatie te verspreiden naar alle betrokkenen, zowel binnenlandse als buitenlandse ondernemingen. Er zou een viertalige website worden uitgebouwd waarop de verschillende elementen meldingsplicht zouden worden uitgelegd.

Hij wijst op het belang van het continu beschikbaar zijn van geactualiseerde informatie en vraagt dat hiervoor voldoende middelen ter beschikking worden gesteld. In dit kader vraagt hij bovendien dat de bestaande informatiekanaalen voor werkgevers (ondernemingsloket, kamer van koophandel, ...) bij het verspreiden van deze informatie worden betrokken.

Ten derde, is hij van mening dat de efficiëntie van de regeling afhangt van de snelle tenuitvoerlegging van de twee overige fasen waaruit het hele project uit drie fasen bestaat, m.n. de uitbouw van een centrale databank en de uitbouw van een uniek elektronisch loket. Het uniek loket zal, samen met een grootscheepse informatiecampagne, de toegankelijkheid bevorderen en zal de mate waarin de buitenlandse ondernemingen zich naar behoren van hun verplichtingen kwijten, aanzienlijk doen toenemen. Om deze reden is de realisatie van de drie luiken, die samen één geheel moeten vormen, van groot belang.

De Raad vraagt bijgevolg dat deze twee fasen zo spoedig mogelijk worden gerealiseerd. Hij zou willen dat de timing die hiervoor voorzien is aan hem wordt meegedeeld in het kader van het rapporteringsmechanisme over de uitvoering van het LIMOSA-project dat hij voorstelt (cf. infra).

- c. Wat de omstandigheden betreft waarin een verplichte voorafgaande melding niet aangewezen is

De Raad neemt er akte van dat de artikelen 1 tot 3 van het aan hem voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van de wet van XXX tot voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers en zelfstandigen de categorieën van gedetacheerde personen bepaalt die uit het toepassingsgebied van de wet zouden worden gesloten.

Hoewel hij zich in een tweede fase meer ten gronde zal uitspreken over het ontwerp van koninklijk besluit, is de Raad reeds van oordeel dat de categorieën van gedetacheerde personen waarvoor het de bedoeling is dat zij bij koninklijk besluit uit het toepassingsgebied van de wet worden gesloten, en voor wie/ten aanzien van wie de voorafgaande meldingsplicht dus niet zal gelden, moeten gedefinieerd worden in overeenstemming met de economische realiteit van het internationaal verkeer van werknemers en diensten.

3. Met betrekking tot de meldingsplicht van de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever

De Raad constateert dat het ontwerp van wet, in de artikelen 6 en 20, de persoon bij wie (eindgebruiker) of voor wie (opdrachtgever) de in het ontwerp van wet bedoelde personen rechtstreeks of via onderaanneming werkzaamheden verrichten de verplichting oplegt om, bij voorkeur via elektronische weg, voorafgaand aan het begin van de tewerkstelling van deze personen, de identiteitsgegevens van de personen die niet in de mogelijkheid zijn om het ontvangstbewijs (voor de melding door de buitenlandse onderneming) voor te leggen, te melden aan de RSZ of de RSVZ volgens de modaliteiten die bepaald worden in een koninklijk besluit. Zodra de melding van het ontbreken van het ontvangstbewijs is uitgevoerd, ontvangt de aangever hiervan ook een ontvangstbewijs.

De modaliteiten en groepen gegevens die moeten voorkomen in de melding worden bepaald bij koninklijk besluit; de RSZ zal de inhoud van de groepen gegevens bepalen.

De Raad stelt eveneens vast dat al wie zich niet schikt naar de bepalingen betreffende deze meldingsplicht van het ontbreken van het ontvangstbewijs zich blootstelt aan strafsancities die gelijkaardig zijn aan deze die voorzien zijn bij inbreuk op de DIMONA-wetgeving.

Hij wil de volgende opmerkingen maken bij deze artikelen.

a. Wat de draagwijdte van de verplichtingen van de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever betreft

- De Raad heeft er tijdens de commissiewerkzaamheden kennis van genomen dat de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever die bij de gedetacheerde persoon navraag doet of er melding is gedaan en het ontvangstbewijs voorgelegd krijgt, ontslagen is van elke aansprakelijkheid, net zoals de buitenlandse onderneming zelf overigens.

Indien de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever, bij gebreke aan een melding door de buitenlandse onderneming, zelf de melding van het ontbreken van het ontvangstbewijs doet en hiervan een ontvangstbewijs in zijn bezit heeft, is alleen hij ontlast van zijn aansprakelijkheid, niet de buitenlandse onderneming.

De Belgische eindgebruiker of opdrachtgever die in het kader van een lastgevingsovereenkomst op zich genomen heeft om de melding in de plaats van de buitenlandse onderneming te doen (mogelijkheid die artikel 4 van het wetsontwerp voorziet), ontlast hiermee zowel zichzelf als de buitenlandse onderneming van elke aansprakelijkheid.

- De Raad is van oordeel dat dit alles onvoldoende blijkt uit het voorgelegde wetsontwerp. Hij meent dat het onontbeerlijk is dat de omstandigheden waaronder de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever ontslagen wordt van zijn aansprakelijkheid zeer duidelijk moeten zijn vastgesteld, niet alleen in de memorie van toelichting, doch tevens in de tekst van het wetsontwerp zelf.

Verder meent de Raad ook dat verduidelijkt moet worden waartoe de verplichtingen van de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever zich beperken, namelijk tot een louter formele controle : hij is enkel gehouden om na te gaan of de betrokken gedetacheerde werknemers of zelfstandige een ontvangstbewijs kunnen/kan voorleggen en dient de identiteitsgegevens van die personen niet te controleren. Bij gebreke aan een ontvangstbewijs, moet hij louter hun identiteitsgegevens melden (“signaleren”) aan de RSZ/RSVZ. Hij kan zich hiervoor enkel baseren op de gegevens die hem door de betrokken gedetacheerde personen worden meegedeeld.

b. Wat de in het wetsontwerp voorziene strafsanctie betreft

- De Raad constateert dat het ontwerp van wet voor inbreuken op zijn bepalingen zware strafsancties voorziet, die gelijkaardig zijn aan deze die voorzien zijn voor inbreuken op de DIMONA-wetgeving.

Zo stelt artikel 22, 5° van het ontwerp van wet dat “al wie zich niet schikt naar de bepalingen van de artikelen 6 en 20 (...) wordt gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en met een geldboete van 500 tot 2500 euro, of met één van die straffen alleen; de geldboete wordt zoveel maal toegepast als er werknemers zijn ten overstaan van dewelke een inbreuk is gepleegd, zonder dat het totaal bedrag van de geldboetes evenwel hoger mag zijn dan 125.000 euro”.

“Al wie zich niet schikt naar de bepalingen van artikel 6” kan een administratieve geldboete worden opgelegd van 1875 tot 6250 euro (artikel 15 van het ontwerp van wet).

- De Raad is van oordeel dat het nodig is om een onderscheiden sanctieniveau te voorzien voor inbreuken naargelang ze al dan niet een frauduleus karakter hebben.

Vanuit een bekommernis om de bestraffing proportioneel te laten zijn met het gepleegde vergrijp, zonder afbreuk te willen doen aan het ontrafend effect van de strafsanctie, stelt hij het volgende voor :

- voor inbreuken met een frauduleus karakter (d.i. met de bedoeling om de Belgische arbeids-en socialezekerheidswetgeving te ontduiken) kunnen de in het wetsontwerp opgenomen strafsancties behouden blijven;
- voor andere inbreuken, wordt een minder zware sanctie voorzien voor het niet naleven van de louter administratieve formaliteit die de melding eigenlijk is.

In dit kader wil hij verwijzen naar het ontwerp van wet tot invoering van een sociaal strafwetboek, dat er onder andere toe strekt om inbreuken op grond van hun ernst in te delen in drie niveaus, die overeenstemmen met drie sanctieniveaus. Het is de bedoeling om alle inbreuken van het sociaal strafrecht in te voegen in het sanctieschema van een sociaal strafwetboek.

Hij is van oordeel dat voor de inbreuken op de meldingsplicht die geen frauduleus karakter bezitten, het sanctieniveau 2 het meest aangewezen is. De sanctie van niveau 2 bestaat uit hetzij een strafrechtelijke geldboete van 250 tot 2.500 euro, hetzij een administratieve geldboete van 125 tot 1.250 euro.

Tenslotte is de Raad van oordeel dat moet verduidelijkt worden dat indien de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever zou nalaten om melding te maken van gedetacheerde personen die geen ontvangstbewijs kunnen voorleggen, dit enkel zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengt, maar geen hoofdelijke aansprakelijkheid voor eventuele inbreuken op andere regelgevingen door de buitenlandse werknemer/dienstverlener of diens werkgever (binnen het strikte kader van deze meldingsplicht en onverminderd eventuele bepalingen die een hoofdelijke aansprakelijkheid opleggen in het kader van andere regelgevingen).

c. Wat de beoordeling van overtredingen van de meldingsplicht betreft

De Raad stelt vast dat het hier niet de bedoeling is om een automatisch sanctiemechanisme te creëren. Hij vraagt dat dit duidelijk wordt aangegeven in de memorie van toelichting.

Ten eerste, meent de Raad dat in de memorie van toelichting zou moeten gewezen worden op de appreciatiebevoegdheid van de sociaal inspecteurs die het toezicht zullen uitoefenen op deze wet overeenkomstig de bepalingen van de Arbeidsinspectiewet van 16 november 1972 (art. 21 van het ontwerp van wet).

De sociaal inspecteurs hebben op basis van deze wet de beoordelingsbevoegdheid (en dus de keuze) om ofwel waarschuwingen te geven, ofwel voor de overtreder een termijn te bepalen om zich in regel te stellen ofwel een proces-verbaal tot vaststelling van een inbreuk op te stellen (art. 9, eerste lid van de Arbeidsinspectiewet).

Deze appreciatiebevoegdheid werd trouwens onverkort overgenomen in het ontwerp van wet tot invoering van een sociaal strafwetboek.

Ten tweede, is de Raad van oordeel dat de memorie van toelichting er best aan herinnert dat ook de arbeidsauditeur, geconfronteerd met de vaststelling van een strafrechtelijk gesanctioneerde inbreuk, beschikt over een ruime appreciatiebevoegdheid, die maakt dat bepaalde inbreuken worden geseponeerd, andere leiden tot het opleggen van een administratieve geldboete, en nog andere leiden tot strafvervolging.

In dit kader wil de Raad herhalen hetgeen hij reeds stelde in zijn advies nr. 1.549 van 9 maart 2006 met betrekking tot het voorontwerp van wet tot wijziging van diverse bepalingen met betrekking tot het sociaal strafrecht.

Eenzijds, onderschrijft de Raad de demarche die een strafrechtelijk vervolgingsbeleid voor zware sociale fraude wil uittekenen dat over heel België wordt toegepast, en, anderzijds, is hij van oordeel dat het beleid zou moeten verduidelijkt worden zodat er aandacht is voor omstandigheden waarbij vervolging niet opportuun is omdat argumenten kunnen aangebracht worden die afwezigheid van bedrog aantonen. In elk geval moet de bestrafing proportioneel zijn met het gepleegde vergrijp.

Daarom is de Raad, ten derde, van oordeel dat het aangewezen zou zijn om in de memorie van toelichting een aantal concrete situaties te beschrijven waarbij de sociaal inspecteurs, of in het voorkomend geval, de arbeidsauditeurs van deze appreciatiebevoegdheid gebruik zouden moeten maken in het voordeel van de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever.

Zo meent de Raad dat bij de melding van onjuiste identificatiegegevens, er rekening mee moet gehouden worden dat de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever er enkel toe gehouden is om na te gaan of er al dan niet een ontvangstbewijs van melding voorhanden is, de identiteitsgegevens van de betrokken personen niet dient te controleren (zie hoger, punt a.) en daar ook niet de middelen toe heeft. Hij kan dus niet aansprakelijk zijn voor de melding van eventueel onjuiste gegevens. De melding van het ontbreken van het ontvangstbewijs heeft veeleer een signaalfunctie.

Ook is hij van mening dat bij de onmogelijkheid om een melding te doen of om alle vereiste gegevens mede te delen omdat geen of onvoldoende identificatiegegevens worden verkregen, de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever moet kunnen ontlast worden van zijn aansprakelijkheid wanneer hij het bewijs levert dat hij daartoe de nodige stappen heeft gedaan ten aanzien van de buitenlandse ondernemer maar niet beschikt over de nodige gegevens om zelf de melding van het ontbreken van het ontvangstbewijs te doen.

Hij is tenslotte van oordeel dat de wijziging van de identiteit van de gedetacheerde personen die het werk komen uitvoeren nadat de melding van het ontbreken van het ontvangstbewijs reeds is gebeurd, niet mag leiden tot de aansprakelijkheid van de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever. De melding heeft in deze situatie enkel een signaalfunctie en moet zich beperken tot één voorafgaande melding vóór de aanvang van de activiteiten in België. Eens die melding is gebeurd, heeft de gebruiker zijn taak volbracht : de inspectiediensten zijn op de hoogte van de buitenlandse activiteit en kunnen zonodig controleren.

d. Wat de problematiek van de onderaanneming betreft

De Raad constateert dat de melding van het ontbreken van het ontvangstbewijs bedoeld in de artikelen 6 en 20 van het ontwerp van wet moet gebeuren door iedere persoon bij wie (eindgebruiker) of voor wie (opdrachtgever) rechtstreeks of via onderaanneming werkzaamheden worden verricht door gedetacheerd personeel.

Volgens de voorliggende tekst moet elke Belgische onderneming waarbij werkzaamheden door gedetacheerd personeel worden verricht, nagaan of de melding door hun buitenlandse werkgever is gebeurd, onafhankelijk of het personeel gedetacheerd werd door de buitenlandse onderneming waarmee de Belgische een contract heeft of door één van de onderaannemers van die buitenlandse onderneming; gebeurde dit niet (afwezigheid van ontvangstbewijs), dan moet de Belgische onderneming zelf een melding betreffende een aantal identificatiegegevens doen.

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen vinden het belangrijk dat deze cascade in de verantwoordelijkheid om de verificatie van de melding na te gaan en desgevallend zelf de melding te doen, behouden moet blijven.

De solidaire verantwoordelijkheid tussen opdrachtgever, eindgebruiker en onderaannemers moet behouden blijven teneinde frauduleuze constructies te kunnen bestrijden. De bedoeling van het ontwerp is dat de inspectiediensten minstens weten welke buitenlandse gedetacheerde personen er op ons grondgebied aanwezig zijn. Om deze doelstelling te realiseren is het belangrijk dat er geen onderbreking is in de verantwoordelijkheid van eenieder die betrokken is in een keten van onderaanneming.

De redenering van de werkgevers dat een Belgische gebruiker of opdrachtgever enkel een verplichting en aansprakelijkheid draagt ten aanzien van de directe contractuele relatie, houdt geen steek.

In het kader van de veiligheid en gezondheid van werknemers is het onbegrijpelijk, niet aanvaardbaar, dat een werkgever of opdrachtgever niet zou weten welke arbeidskrachten of zelfstandigen er op de werf of de bedrijfsvloer aanwezig zijn.

Daarom is het eveneens onbegrijpelijk dat diezelfde werkgever of opdrachtgever niet zou kunnen nagaan of er een elektronische aanmelding gebeurd is.

In de cascade van verantwoordelijkheid van diverse onderaannemers moet de opdrachtgever die buiten de grenzen van het Belgisch grondgebied arbeidskrachten of zelfstandigen recruteert, instaan voor de verificatie van de aanmelding. Deze verantwoordelijkheid moet afgedekt worden in de onderlinge relaties tussen elke aannemer en zijn onderaannemers.

Het feit dat deze verplichting op dezelfde wijze gesanctioneerd wordt ongeacht de eventuele goeder trouw van de persoon in de keten, is irrelevant aangezien er bij de beoordeling van een misdrijf steeds rekening gehouden wordt met het intentioneel element en de goeder trouw van diegene bij wie een inbreuk vastgesteld wordt.

De leden die de werkgeversorganisaties vertegenwoordigen wijzen erop dat, in de huidige economische realiteit over alle sectoren heen steeds meer in netwerking tussen opdrachtgevers, contractanten en subcontractanten wordt gewerkt in een internationaal kader. Vaak is het daarbij voor de Belgische opdrachtgever niet evident om te weten welke werknemers nu voor welke (onder)aannemer werken. Zij menen dat het ten volle laten spelen van de controle- en meldingsplicht én de aansprakelijkheid van de Belgische gebruiker of opdrachtgever ten aanzien van (het gedetacheerd personeel) van alle mogelijke onderaannemers waaraan de directe buitenlandse contractant het werk uitbesteedt in de praktijk onwerkbaar is en onbillijke gevolgen zal hebben. Bovendien wensen zij de ondernemingen niet de verantwoordelijkheid te laten dragen voor controletaken die in feite door de overheid moeten worden waargenomen.

Anderzijds willen zij het welslagen en de efficiëntie van de maatregel, waaraan zij hun volledige medewerking toezeggen, niet in het gedrang brengen en moeten constructies die tot doel hebben de wetgeving te omzeilen, worden voorkomen. Het beperkt aantal fraudegevallen dat men hier probeert te bestrijden mag echter niet voor gevolg hebben dat alle Belgische gebruikers en opdrachtgevers zonder beperking deze verregaande verplichtingen en aansprakelijkheid opgelegd krijgen.

Daarom wensen zij dat, in zoverre niet wordt ingegaan op hun nadrukkelijke vraag om de verplichtingen en de aansprakelijkheid van de Belgische gebruiker of opdrachtgever tot de contractuele relatie met de directe buitenlandse contractant te beperken, in elk geval een differentiatie wordt voorzien in de controle- en meldingsplicht en de sanctie die geldt bij niet-naleving van die verplichtingen, waarbij de toepassing van de controle- en meldingsplicht in alle gevallen zou blijven gelden, terwijl de sanctie in beginsel beperkt blijft tot de contractuele relatie tussen de Belgische onderneming en haar directe buitenlandse contractant, daar dit het enige niveau is waar ten aanzien van de Belgische onderneming rechtszekerheid kan worden gewaarborgd.

Met andere woorden :

- In de contractuele relatie tussen de Belgische onderneming en (het gedetacheerd personeel van) haar directe buitenlandse contractant zijn de controle- en meldingsplicht en de sanctie volledig van toepassing.
- Ten aanzien van (het gedetacheerd personeel van) eventuele onderaannemers waaraan de directe buitenlandse contractant het werk geheel of gedeeltelijk verder heeft uitbesteed, behoudt de Belgische onderneming weliswaar de controle- en meldingsplicht, doch kan de sanctie enkel worden opgelegd indien wordt aangetoond dat het eventueel niet-ervullen van de meldingsplicht door de Belgische onderneming frauduleus van aard is.

Zoals reeds hoger gesteld werd, is de Belgische eindgebruiker of opdrachtgever er, in hypothese waarin hij een contract heeft met een andere Belgische onderneming voor de uitvoering van bepaalde werkzaamheden, die deze laatste in onderaanneming toevertrouwt aan een buitenlandse firma die personeel hiervoor naar België detacheert, niet noodzakelijk van op de hoogte dat er met een buitenlandse firma wordt gewerkt. In dit geval moet het de Belgische aannemer en niet de Belgische gebruiker of opdrachtgever zijn die van (het gedetacheerd personeel van) de buitenlandse contractant het bewijs moet vragen dat de melding is gebeurd, en die, bij gebreke daarvan, dit moet melden aan de RSZ. Indien de buitenlandse contractant het werk zelf nog verder in onderaanneming uitbesteedt, moet ten aanzien van de Belgische aannemer die beroep doet op de buitenlandse contractant wel diezelfde differentiatie tussen de controle- en meldingsplicht en de sanctie gelden.

Op deze wijze geldt rechtszekerheid voor de Belgische gebruikers en opdrachtgevers die te goeder trouw zijn, maar blijft de mogelijkheid om fraude en constructies die tot doel hebben om de wetgeving te omzeilen, te bestrijden onverkort gelden en kunnen de doelstellingen van de maatregel worden bereikt. De leden wijzen er overigens op dat, naast deze meldingsplicht, in de zogenaamde "gevoelige sectoren" nog specifieke maatregelen bestaan of genomen zullen worden in het kader van de fraudebestrijding (werfmelding, ...).

B. Beschouwingen van de Raad op grond van een onderzoek van de artikelen van het wetsontwerp

De Raad heeft in tweede instantie de artikelen van het wetsontwerp grondig onderzocht. Op basis van dat onderzoek doet hij een aantal vaststellingen en maakt hij een aantal gerichte of technische opmerkingen.

Titel II. Toepassingsgebied en omschrijvingen

Artikel 2

De Raad formuleert twee opmerkingen over dat artikel :

1. De Raad constateert dat artikel 2, 1° de werknemers als volgt omschrijft: "de personen die tegen loon en onder het gezag van een andere persoon, arbeidsprestaties leveren".

Hij wijst erop dat in de artikelsgewijze bespreking van die bepaling wordt verduidelijkt dat die omschrijving bijzonder ruim is en dat personen die tewerkgesteld zijn "met een statuut of pseudo-statuut" er dus ook onder vallen.

De Raad meent dat het woord "statuut" niet duidelijk is en aanleiding kan geven tot verwarring.

Hij constateert dat die formulering tot doel heeft het geheel van de verschillende kwalificaties die in de andere lidstaten kunnen bestaan, te omvatten en hij stelt dus voor het woord "kwalificaties" te gebruiken in plaats van het woord "statuut".

Het is volgens hem ook nuttig in de artikelsgewijze bespreking voorbeelden op te nemen van de situaties die kunnen worden geïllustreerd, om te verduidelijken welke interpretatie aan deze bepaling moet worden gegeven.

Die laatste beschouwing is gerechtvaardigd door het feit dat de Raad meer bepaald vragen heeft over de situatie van de zeelieden, de zeevissers en de binnenschippers. Hij vraagt zich namelijk af of de bepalingen van het wetsontwerp van toepassing zijn op die categorieën van personen.

2. De Raad wijst erop dat artikel 2, 2° de gedetacheerde werknemers als volgt omschrijft: "de personen bedoeld in punt 1° die in België tijdelijk een arbeidsprestatie leveren en die hetzij,
- a) gewoonlijk werken op het grondgebied van een of meer andere landen dan België;
 - b) zijn aangeworven in een ander land dan België".

Op basis van de verduidelijkingen die in het kader van de commissievergaderingen werden gegeven, constateert hij dat het begrip "detachering" in het onderhavige wetsontwerp is ingegeven door de definitie in artikel 2, tweede alinea van de wet van 5 maart 2002⁴. Aangezien het LIMOSA-project tot doel heeft alle vormen van tewerkstelling van buitenlanders in België te bestrijken, werd de draagwijdte van die definitie evenwel uitgebreid door er het woord "tijdelijk" aan toe te voegen.

Het begrip "gedetacheerde werknemers" in het wetsontwerp heeft dus een eigen autonomie en moet dus worden geïnterpreteerd in het kader van de doelstellingen van het LIMOSA-project.

De Raad merkt op dat het wetsontwerp het woord "tijdelijk" niet omschrijft, terwijl het op twee manieren kan worden geïnterpreteerd. Zoals dat woord wordt verduidelijkt in de artikelsgewijze bespreking, kan het gaan om werknemers die hun prestaties voltijds op het Belgische grondgebied verrichten tijdens een bepaalde periode of werknemers die zowel in België als in andere landen werken.

Volgens de Raad is de uitleg in de artikelsgewijze bespreking over de draagwijdte van dat woord in het kader van het onderhavige wetsontwerp niet duidelijk genoeg.

Ter wille van de rechtszekerheid vraagt hij dus dat het woord "tijdelijk" in de tekst zelf van het wetsontwerp wordt omschreven.

⁴ 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.

Titel III. De voorafgaande melding voor gedetacheerde werknemers

Artikel 4

De Raad formuleert twee opmerkingen over dat artikel :

1. De Raad constateert dat de tweede alinea van dat artikel als volgt is geformuleerd :

"Voorafgaandelijk aan de komst van een stagiair gedetacheerd op het Belgische grondgebied moet deze of de instelling waar hij zijn studies of beroepsopleiding volgt bij de Rijksdienst voor sociale zekerheid een elektronische melding doen (...)".

Volgens de informatie die de vertegenwoordiger van de RSZ heeft verstrekt, zullen de woorden "Voorafgaandelijk aan de komst" worden vervangen door de woorden "Voorafgaandelijk aan de aanvang van zijn stage", om discussies over de vaststelling van dat ogenblik te vermijden en het te koppelen aan het reële begin van de prestaties.

Hij wijst erop dat dezelfde wijziging zal worden aangebracht in de tweede alinea van artikel 18 van het wetsontwerp, dat betrekking heeft op de voorafgaande melding voor gedetacheerde zelfstandige stagiairs.

De Raad neemt akte van die wijziging en gaat ermee akkoord.

2. De Raad wijst erop dat de vijfde alinea van dat artikel als volgt luidt : "De Koning bepaalt binnen welke termijn een voorafgaande melding kan worden geannuleerd."

Uit de artikelsgewijze bespreking blijkt dat dit artikel tot doel heeft de annulatie van de melding mogelijk te maken wanneer de geplande activiteit op het Belgische grondgebied niet is doorgedaan, om de gegevens up-to-date te houden. Er moet evenwel worden voorzien in een termijn om een onbeperkte mogelijkheid tot annulatie te vermijden.

De Raad constateert dat de artikelsgewijze bespreking geen criteria vaststelt die het mogelijk maken een onderscheid te maken tussen een onwettige en een wettige annulatie van de voorafgaande melding. Hij meent dus dat in de artikelsgewijze bespreking moet worden verduidelijkt dat het koninklijk besluit ter uitvoering van het onderhavige wetsontwerp zal voorzien in de voorwaarden waaronder en de termijn waarbinnen de melding kan worden geannuleerd.

Artikel 15

De Raad wijst erop dat punt b) van dat artikel voorziet in geldboeten "van 1.875 tot 6.250 euro, al wie die zich niet schikt naar de bepalingen van artikel 7 van voornoemde wet van XXX".

Hij constateert dat volgens de uitleg van de vertegenwoordiger van de RSZ die bepaling niet moet verwijzen naar artikel 7, maar naar artikel 6 van het onderhavige wetsontwerp.

De Raad vraagt dus dat die bepaling in die zin wordt gewijzigd.

Titel IV. Voorafgaande melding voor gedetacheerde zelfstandigen

Artikel 18

De Raad constateert dat de eerste alinea van dat artikel als volgt is geformuleerd :

"Voorafgaandelijk aan de komst van een zelfstandige gedetacheerd op het Belgische grondgebied moet deze of zijn lasthebber bij het Rijksinstituut voor de sociale verzekeringen der zelfstandigen een elektronische melding doen (...)".

Volgens de vertegenwoordiger van de RSZ en overeenkomstig dezelfde doelstelling als die welke wordt nagestreefd door de voornoemde wijziging die zal worden aangebracht in de tweede alinea van artikel 4 van het wetsontwerp, zullen de woorden "Voorafgaandelijk aan de komst" aan het begin van die alinea worden vervangen door de woorden "Voorafgaandelijk aan de uitoefening van de beroepsactiviteit".

De Raad gaat daarmee akkoord en verwijst voor de gedetacheerde zelfstandige stagiairs in de tweede alinea van dat artikel naar de commentaar bij artikel 4 van het wetsontwerp.

Titel V. Toezicht en sancties

Artikel 22

De Raad constateert dat artikel 22, 3° de gedetacheerde zelfstandige viseert die zich niet schikt naar de bepalingen van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan.

Hij wijst erop dat dit punt de gedetacheerde zelfstandige stagiair niet vermeldt en meent dat het gaat om een vergetelheid die moet worden rechtgezet.

Titel VI. Overgangs- en slotbepalingen

Artikel 27

De Raad merkt op dat artikel 27 bepaalt dat de RSZ en het RSVZ een gegevensbank van gedetacheerde werknemers, zelfstandigen en stagiairs bijhouden waarin gegevens van andere instanties worden opgenomen.

Dat artikel bepaalt ook dat de gegevens uit de voornoemde gegevensbank via de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid ter beschikking kunnen worden gesteld van andere instanties.

De Raad vraagt bijgevolg dat wordt voorzien in de maatregelen die de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid wettelijk bevoegd verklaren om die taak uit te voeren.

Hij dringt er bovendien op aan dat, in zoverre aan de parastatale instellingen die betrokken zijn bij de uitvoering van deze nieuwe maatregel, namelijk de RSZ, KSZ en het RSVZ, nieuwe taken worden toegekend, daartoe de nodige budgettaire middelen moeten worden voorzien.

Artikel 29

De Raad merkt op dat artikel 29 bepaalt dat, indien de werkzaamheden op het Belgische grondgebied reeds een aanvang genomen hebben vóór de inwerkingtreding van de huidige wet, de termijn voor het doen van de verplichte melding 6 maanden na de inwerkingtreding van de huidige wet verstrijkt.

Hij wijst erop dat in de artikelsgewijze bespreking sprake is van een overgangstermijn van een jaar.

Volgens de informatie die de vertegenwoordiger van de RSZ heeft verstrekt, is die tegenstrijdigheid het gevolg van een fout in de tekst van de artikelsgewijze bespreking en moet dus rekening worden gehouden met een overgangstermijn van 6 maanden, zoals bepaald in het wetsontwerp.

Hij meent dat een overgangstermijn van 6 maanden logisch is voor de meldingen van detachering die worden verricht voor de inwerkingtreding van het nieuwe stelsel, aangezien in het huidige stelsel de voorafgaande melding de vrijstelling van een aantal verplichtingen voor een maximumperiode van 6 maanden met zich meebrengt.

De Raad vraagt zich evenwel af of het niet aangewezen is te voorzien in een overgangstermijn van een jaar voor de activiteiten die al aan de gang zijn op het ogenblik van de inwerkingtreding van het nieuwe stelsel. Hij viseert namelijk de gevallen waarin het materieel onmogelijk is nog een voorafgaande melding te verrichten omdat de activiteiten reeds een aanvang hebben genomen en een zekere omvang en duur kunnen hebben. Om ervoor te zorgen dat iedereen wereldwijd geïnformeerd wordt over de instelling van die verplichte voorafgaande melding en de verplichtingen die eruit voortvloeien, is een voldoende lange overgangsfase vereist, om ongewenste effecten te vermijden, meer bepaald voor de Belgische opdrachtgevers.

x x x

De Raad heeft tijdens de werkzaamheden vernomen dat de tekst van het wetsontwerp zal opgenomen worden in het wetsontwerp houdende diverse bepalingen en op 1 januari 2007 in werking zou moeten treden.

Hij dringt aan op een realistische timing die de effectiviteit en dus het welslagen van de hervorming kan waarborgen voor alle betrokken actoren, d.w.z. de ondernemingen wereldwijd die werknemers naar België detacheren, de zelfstandigen en stagiairs die in België komen werken, de Belgische eindgebruikers of opdrachtgevers, de betrokken parastatalen en de inspectiediensten.

Daarnaast is hij van oordeel dat een periode moet in acht genomen worden tijdens dewelke een foutenmarge wordt toegestaan, dit gezien de tijd die nodig zal zijn om de informatie aangaande de voorgestelde regeling te verspreiden onder alle betrokkenen gezien de internationale context van het voorliggende. In deze beginfase wordt gevraagd dat de betrokken overheidsdiensten zich concentreren op het verspreiden van informatie over de nieuwe regeling en bijstand aan diegenen die in gebreke zouden blijven, zoals dit ook is gebeurd bij de invoering van de DIMONA-wetgeving.

De Raad wijst er verder op dat vertegenwoordigers van de bevoegde besturen in het kader van de projecten inzake e-government regelmatig verslag uitbrengen aan de leden van de Raad over de tenuitvoerlegging van de DIMONA-, DMFA- en ASR-aangiften. Hij wordt aldus geïnformeerd over eventuele concrete moeilijkheden inzake de toepassing van die aangiften en kan bijgevolg passende oplossingen voorstellen. Hij wil ook dat hem op dezelfde wijze informatie over de toepassing van de verplichte voorafgaande melding wordt bezorgd. Op die basis behoudt hij zich de mogelijkheid voor om de tenuitvoerlegging van dat nieuwe mechanisme op regelmatige tijdstippen op te volgen en te evalueren op een door hem gekozen ogenblik.
