

<p style="text-align: center;">Samenvatting Tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten in de bouwsector De juridische constructies van deloyale concurrentie belicht en doorprikt (?)</p>

Inleidend

Op vraag van de Belgische sociale partners van de bouwsector werd een onderzoek uitgevoerd naar deloyale concurrentie die de sector vanuit het buitenland ondervindt.

Aanleiding tot dit onderzoek was de vaststelling dat de eigen reguliere tewerkstelling in de bouwsector steeds meer dreigt te worden ondermijnd door de opkomst van buitenlandse ondernemingen die via allerhande spitsvondige technieken de eigen nationale, reguliere arbeidsmarkt op vaak oneerlijke wijze beconcurreren.

Het siert de bouwsector van bij de aanvang diverse initiatieven te hebben ondernomen om deze vorm van sociale fraude te bestrijden. Zo hebben de sociale partners van de bouwsector begin jaren '90 – toen de oneerlijke concurrentie ernstig toenam - als eersten een aantal convenanten en samenwerkingsakkoorden afgesloten om het fenomeen (te trachten) in te dijken. Sindsdien, en meer bepaald vanaf de toetreding van de nieuwe lidstaten op 1 mei 2004, is de problematiek enkel maar verder uitgedeind. De mondialisering en de Europeanisering van de economische verhoudingen genereren een liberalisering van de arbeidsmarkt. Gebruik makend van Europese communautaire regelgeving, inzonderheid in verband met het vrij verkeer van diensten, hebben grensoverschrijdende oderaannemingspiramides het licht gezien. Deze piramides doen ernstige vragen rijzen over het bestaan en de effectiviteit van het Europese en Belgische regelgevings- en handhavingskader.

Mede gelet op de omvang, de complexiteit en de grensoverschrijdende dimensie van dit fenomeen, hebben de sociale partners in de bouwsector het nodig geacht een meer grondig onderzoek te laten verrichten naar de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten in België en de gevolgen hiervan voor de Belgische werkgevers en werknemers.

Dit onderzoek omvat twee luiken: een juridisch luik door de Onderzoeksgroep Sociaal Recht van de Universiteit Antwerpen en een socio-economisch luik door het Hoger Instituut voor de Arbeid.

In dit juridisch onderzoek¹ staat de specifieke situatie van de bouwsector centraal. Het onderzoek beoogt geen louter beschrijvende, exhaustieve analyse van de juridische reglementering die de thematiek van deloyale concurrentie door buitenlandse ondernemingen in de bouwsector omkadert. Van bij de aanvang werd het onderzoek toegespitst op een aantal concrete prototypes en constructies van oneerlijke concurrentie met als doel na te gaan hoe deze constructies zich tot de geldende rechtsregels verhouden, de bestaande regelgeving te evalueren als middel tot voorkoming en bestrijding van deze vormen van oneerlijke concurrentie om vervolgens

¹ Dit onderzoek werd wetenschappelijk begeleid door de professoren M.Rigaux, A.Van Oevelen, A.Van Regenmortel (promotoren) en H.Verschueren.

een aantal denkpijsten voor te stellen die tot een meer efficiënte bestrijding van deze oneerlijke concurrentie kunnen leiden.

Vanuit dit onderzoeksopzet werd onderhavige studie in vier hoofdstukken ingedeeld.

In een eerste hoofdstuk wordt het relevante Europese en Belgische recht in kaart gebracht. Aangezien de problematiek aan diverse rechtstakken raakt, worden naast het arbeids- en het socialezekerheidsrecht, ook het welzijnsrecht, het internationaal privaatrecht, het burgerlijk recht en het sociaal strafrecht belicht.

Het tweede hoofdstuk beschrijft de vijf meest voorkomende constructies en gaat uitgebreid in op hun al dan niet rechtsgeldigheid.

Het derde hoofdstuk vormt de kern van het onderzoek en evalueert het bestaande wettelijke arsenaal terzake.

In het vierde hoofdstuk tenslotte worden een aantal beleidsvoorstellen en denkpijsten geformuleerd. Het onderzoeksrapport wordt afgesloten met tien aanbevelingen.

Vanuit de bekommernis doorheen heel het onderzoek een confrontatie tussen theorie en praktijk te bewerkstelligen werd van bij de aanvang voor de oprichting van een stuurgroep geopteerd met de taak dit onderzoek te begeleiden en waar nodig bij te sturen. De vaste kerngroep bestond uit de academici en de vertegenwoordigers van de werkgevers- en werknemersorganisaties evenals de federale overheidsdiensten. Dankzij hun deskundige inbreng in combinatie met tal van gevoerde gesprekken met bevoorrechte getuigen - waaronder magistratuur, inspectiediensten, werkgevers en werknemers - kon deze problematiek niet enkel theoretisch maar ook praktisch worden belicht. Zo werden ondermeer in samenspraak met deze kerngroep de te onderzoeken constructies van deloyale concurrentie vastgelegd.

De vele, actuele ontwikkelingen, zowel op wetgevend als jurisprudentieel vlak, werden permanent opgevolgd en in het rapport verwerkt tot op datum van 15 februari 2007.

Beschrijving onderzoek

I. In het onderzoek werden de legale en semilegale constructies als uitgangspunt genomen. Volgende constructies werden gedetecteerd en beschreven: detachering-aanneming, detachering-onderaanneming, detachering-uitzendkantoor, detachering-tussenpersonen en het werken met schijnzelfstandigen (al dan niet gedetacheerd).

DETACHERING – AANNEMING

Een eerste constructie betreft de *klassieke vorm* van aanneming en detachering, waarbij een Belgische opdrachtgever beroep doet op een buitenlandse aannemer, die met zijn eigen werknemers werkzaamheden komt uitvoeren in België.

DETACHERING – ONDERAANNEMING

In de tweede constructie (die vaker voorkomt) wordt gewerkt met buitenlandse onderaannemers. De opdrachtgever of hoofdaannemer besteedt in dit geval een deel van het werk uit aan deze onderneming. Meestal gaat het om (bijna eindeloze) ketens van onderaanneming, waarbij de opdrachtgever of hoofdaannemer werkt met een Belgische onderaannemer, die dan contracteert met een buitenlandse subonderaannemer. Die buitenlandse subonderaannemer werkt op zijn beurt dan nog met diverse andere buitenlandse subonderaannemers. In veel van deze gevallen komt deze constructie voor in combinatie met nevenaanneming, waarbij verschillende aannemers apart contracteren met de opdrachtgever en parallel van elkaar werken met verschillende onderaannemers zodat er een web of piramide wordt gecreëerd.

DETACHERING – UITZENDKANTOOR

De derde mogelijke constructie bestaat erin dat een aannemer (of (sub)onderaannemer) via een uitzendkantoor beroep doet op buitenlands personeel.

DETACHERING – TUSSENPERSONEN

Naast 'officiële' uitzendkantoren worden in de ketens van onderaanneming vaak nog andere tussenpersonen opgemerkt (detacheringsbureaus, projectbureaus, bemiddelaars, intermediairs,...). Soms noemen ze zich ook gewoon "bouwonderneming". De hoofdactiviteit van deze tussenpersonen bestaat echter in het leveren van personeel.

SCHIJNZELFSTANDIGEN

Verschillende constructies worden gehanteerd om buitenlandse onderdanen in België werkzaamheden te laten verrichten als zelfstandige.

In deze constructie kunnen we *twee vormen* onderscheiden:

- a) een buitenlandse zelfstandige die zichzelf detacheert naar België;
- b) een Belgische zaakvoerder die samen met personen van buitenlandse nationaliteit een Belgische vennootschap opricht.

II. Twee constructies leveren een duidelijk probleem van rechtsgeldigheid op: het detacheren van werknemers door uitzendkantoren, die niet beschikken over de nodige arbeidsvergunningen en het uitlenen van personeel door tussenpersonen zonder erkenning om aan private arbeidsbemiddeling te doen.

De andere drie constructies (klassieke aanneming, onderaanneming, zelfstandigen) zijn zowel naar Belgisch als Europees recht geldig.

Voor alle constructies situeren de problemen zich op het vlak van de arbeids- en sociaalzekerheidsrechtelijke *invulling* van de constructie (schending van loon- en arbeidsvoorwaarden, bijhouden van sociale documenten, taal- en welzijnswetgeving resp. het niet-(volledig) betalen van sociale bijdragen).

III. De Europese en nationale wetgeving is in eerste instantie te weinig stringent om een antwoord te bieden op deze constructies. De sociaalzekerheidsrechtelijke detachering vormt hiervan een goed voorbeeld. De inhoudelijke voorwaarden voor een sociaalzekerheidsrechtelijke detachering zijn vrij goed. Maar het opsommen van de inhoudelijke voorwaarden betreft een vrij theoretische oefening, omdat het Hof van Justitie zo goed als geen enkel gevolg verbindt aan het niet-naleven van de voorwaarden. Van zodra er een E101-formulier voorhanden is, blijven de inhoudelijke voorwaarden vaak dode letter.

Vaak wordt de Europese en Belgische wetgeving omzeild en soms is ze contraproductief, met name de versoepeling van het verbod op terbeschikkingstelling en de strenge vereisten om te herkwalficeren bij schijnzelfstandigheid. De bewijslevering door zowel de gedetacheerde werknemer als de sociale inspectiediensten is daardoor ernstig bemoeilijkt geworden.

IV. Dit uit handen nemen van (belangrijke) actiemiddelen komt bovenop de reeds gebrekkige handhaving (smogelijkheden). Want als er één zaak is die alle constructies gemeen hebben is het wel dat de controle en sanctionering te wensen overlaat. Het duidelijkst/pijnlijkst komt dit tot uiting bij de naleving van loon- en arbeidsvoorwaarden, het voorhanden zijn van sociale documenten en de erkenning voor bureaus van private arbeidsbemiddeling.

V. De evaluatie toont evenwel aan dat een aantal mogelijkheden tot op heden niet of niet voldoende werden benut.

Meer bepaald ging het om volgende pistes:

- het counteren van de permanente aanwezigheid van gedetacheerde werknemers door hen uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn te laten;
- het opzichschuiven van de rechtspraak van het Hof van Justitie indien er sprake is van bedrog en misbruik bij E101-formulieren;
- de toepassing van de regels uit de Loonbeschermingswet op de praktijken van loonafhoudingen bij huisvesting, vervoer, enz.;
- de (her)sanctionering van de niet-melding van de onderaannemers;

- de (her)sanctionering van de niet-erkende activiteiten van tussenpersonen die aan private arbeidsbemiddeling doen;
- de actiemogelijkheden op basis van een combinatie van de Welzijnswet en de Arbeidsinspectiewet;
- tegenover mensonwaardige toestanden moet op een adequate manier gereageerd worden door beroep te doen op grondrechten en het misdrijf mensenhandel in te roepen.

Kernprobleem is dat er voorafgaand aan het aannemen van Europese wetgeving geen "sociale verhoudingen" werden opgebouwd, die de naleving van deze wetgeving konden vormgeven en controleren. Met sociale verhoudingen wordt hier bedoeld een internationale, overkoepelende sociale inspectie en een internationale samenwerking tussen de sociale partners. Nochtans had men kunnen voorzien dat deze fenomenen zouden opduiken.

Gelukkig kan er momenteel zowel Europees als nationaal een toenemende interesse voor de problematiek gedetecteerd worden.

Waar de discussie op Europees niveau vooral tussen de instellingen plaatsvindt, vertaalt deze interesse zich op nationaal vlak eveneens in bijkomende, wetgevende instrumenten (meldingsplicht, vorderingsrecht, samenwerking inspecties en hoofdelijke aansprakelijkheid voor loon- en arbeidsvoorwaarden).

VI. Na de recente initiatieven, zowel op Europees als nationaal niveau, te hebben geëvalueerd, worden een aantal beleidsvoorstellen en denkpistes gepresenteerd:

- het uniformiseren van de interpretatie en organisatie van de afgifte van E101-formulieren;
- het ongedaan maken van bepaalde wijzigingen en het invoeren van nieuwe wijzigingen (definitie private arbeidsbemiddeling, aandacht voor flankerende problemen zoals huisvesting)
- bilaterale akkoorden (over loon- en arbeidsvoorwaarden, samenwerking inspectiediensten) en contacten (bv. over de Nederlandse "uitzendkantoren");

VII. Het onderzoek wordt afgesloten met volgende tien aanbevelingen voor de sociale partners uit de bouwsector:

1. Hun stem meer laten horen in het Europese debat door:
 - a) de evaluatie van de Detacheringsrichtlijn nauwgezet op te volgen;
 - b) betrokken te worden bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn;
 - c) de wetgevingsevolutie in verband met de Toepassingsverordening van Verordening 883/2004 van nabij te volgen;
 - d) het voorstel om het EVO om te zetten in een verordening te onderzoeken;
 - e) evaluaties op te vragen over de omzetting van de Overheidsopdrachtenrichtlijn en Informatierichtlijn;
 - f) aan te dringen op een Europees kader met betrekking tot de uitvoering van strafsancities;
 - g) stelling in te nemen met betrekking tot het Groenboek van de Europese Commissie;
 - h) tussenkomsten van de Belgische overheid bij het Hof van Justitie te stimuleren

2. Het internationale niveau aanspreken. Klachten overwegen bij de toezichhoudende instantie in geval van de niet-nakoming van IAO-Verdragen, meer in het bijzonder Verdrag 81 over de inspectiediensten en Verdrag 94 over de overheidsopdrachten.
3. De Belgische overheid stimuleren bilaterale akkoorden af te sluiten over de vergelijking van loon- en arbeidsvoorwaarden.
4. Aandringen op een spoedige algemeenverbindendverklaring van CAO's.
5. Pleiten voor het vastleggen van meer voorwaarden in de wetgeving over overheidsopdrachten die verband houden met het naleven van de sociale wetgeving.
6. De overheid wijzen op haar plicht van informatieverstrekker. IJveren voor een performante website en brochures, in diverse talen.
7. De Belgische overheid stimuleren bilaterale akkoorden af te sluiten over de samenwerking van de inspectiediensten. Een capaciteitsuitbreiding van de inspectiediensten bepleiten. Nadenken over de voor- en nadelen van een Europese sociale inspectiedienst.
8. Reflecteren over een eigen CAO en nalevingsbureau of meldpunt.
9. Aan de normatieve commissie van de "Commissie ter regeling van de aard van de arbeidsrelaties" criteria voorstellen in verband met het onderscheid werknemer-zelfstandige.
10. Meer (proef)procedures voeren voor de rechtbanken. Meer aandringen op vervolging bij typische voorbeelden van deloyale concurrentie.