DETACHERING EN ARBEIDSRECHT

Herman van Hoogenbemt
Vennoot, Tilleman van Hoogenbemt Advocaten

2022

Tilleman van Hoogenbemt Advocaten bv

Meir 24 b. 6, 2000 Antwerpen
Tel. +32 (0) 3 220 64 01

Koloniënstraat 11, 1000 Brussel
Tel. +32 (0) 2 512 09 80

herman.vanhoogenbemt@tvh-law.be

1. Het begrip detachering, meer bepaald in de EER

1.- Begrip - Klassiek verstaat men onder detachering de situatie waarin een werknemer door zijn werkgever tijdelijk wordt uitgezonden om prestaties te verrichten in een ander land dan datgene waar hij normaal werkzaam is. In de meeste gevallen zal hij dan worden tewerkgesteld bij een gastonderneming, die al dan niet tijdelijk een gedeelte van het gezag van de gewone werkgever zal uitoefenen. De gastonderneming kan met de gewoonlijke werkgever verbonden zijn, omdat beide ondernemingen bv. behoren tot dezelfde groep, of kan een of ander contract hebben gesloten met de eigenlijke werkgever dat ertoe leidt dat tijdelijk een of meer werknemers van de eigenlijke werkgever in zijn onderneming worden tewerkgesteld.

Tussen de werknemer en de gastonderneming wordt doorgaans geen arbeidsovereenkomst gesloten. De situatie van de werknemer wordt, terwijl hij zich in het gastland bevindt, veelal geregeld door een detacheringsbrief, uitgaande van de gewoonlijke werkgever.

De arbeidsovereenkomst met de eigenlijke werkgever moet echter blijven bestaan, zij het niet noodzakelijk steeds met dezelfde intensiteit. Het is daarbij mogelijk dat de bestaande arbeidsovereenkomst verder wordt uitgevoerd, maar dat de opdracht van de werknemer tijdelijk wordt gewijzigd in die zin dat de taken gedurende enige tijd in het gastland zullen worden verricht. Het is echter ook niet uitgesloten dat de uitvoering van de bestaande arbeidsovereenkomst wordt opgeschort voor de duur van de detachering. Maar essentieel is dat de oorspronkelijke overeenkomst blijft bestaan. Is dat niet het geval, dan is er niet echt sprake van detachering, en zullen met name de socialezekerheidsinstellingen zich daartegen verzetten.

Aangezien in de regel de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst blijft bestaan, valt de gedetacheerde werknemer in principe onder toepassing van het recht van het land waarin hij normaal zijn prestaties verricht. Niets belet dat, als de partijen daarvoor opteren, de detachering zelf onder het recht van het gastland zou vallen, maar dat ligt uitdrukkelijk niet in de bedoeling. Detachering heeft immers tot doel de werknemer maximaal binnen de toepassing te houden van het rechtssysteem van de uitzendstaat. Niettemin moet ook rekening worden gehouden met het feit dat een aantal bepalingen van het arbeidsrecht van de staat waar tijdelijk prestaties worden verricht een dwingend karakter kunnen hebben, en dat zij dus zullen dienen te worden toegepast samen of zelfs in plaats van de regels van de nationale wet van het land waar normaal prestaties worden verricht. Overigens valt het zelfs niet uit te sluiten dat de partijen precies voor de detachering tijdelijk voor toepassing van de wet van de gaststaat opteren.

Men maakt tegenwoordig een onderscheid tussen meerdere types van detachering :
- de klassieke detachering, zoals zij hierboven werd omschreven;
- de detachering binnen een groep van ondernemingen;
- en de zgn. interimdetachering, waarbij een uitzendkantoor een werknemer uitstuurt om voor een gebruiker in een ander land te werken.

2. Evolutie : van *bona fide* constructie naar sociale dumping - Zeker binnen de Europese Unie werd de detachering aanvankelijk beschouwd als een middel om de mobiliteit van de werknemers en daardoor de Europese integratie te bevorderen. Zolang de Europese Unie een vanuit sociaal-economisch oogpunt relatief homogeen karakter vertoonde, waarbij de onderlinge verschillen tussen arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden binnen zekere perken bleven, was er dan ook nauwelijks kritiek op de rechtsfiguur. Vóór de toetreding van een aantal zuidelijke Lid-Staten, en vooral van de oostelijke Lid-Staten in de loop van de jaren ’90 van de vorige eeuw werd detachering dan ook door de Europese overheden bevorderd als een middel tot integratie van de markt.

Dit veranderde gaandeweg naarmate meer nieuwe Lid-Staten tot de Unie toetraden, waarvan de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden op een veel lager niveau lagen dan die van de vroegere Lid-Staten.
De verruiming van de Europese Unie leidde ertoe dat de rechtsfiguur van de detachering zelf sociologisch veel diverser is geworden. Waar zij een jaar of twintig geleden nog voornamelijk werd aangewend om kaderleden, gespecialiseerde technici en andere gekwalificeerde werknemers tijdelijk in een ander land tewerk te stellen, is zij in de afgelopen decennia inderdaad een middel geworden om goedkope arbeidskrachten uit de nieuwe Lid-Staten tewerk te stellen in de 'oude' Lid-Staten.

Detachering werd nu meer en meer beschouwd als een figuur die kon leiden tot het fenomeen van zgn. sociale dumping. Detachering zou daarbij worden gebruikt om werknemers uit de nieuwe Lid-Staten tewerk te stellen in de rijkere Lid-Staten, zonder dat daarbij de lokale arbeidsvoorwaarden van de staat van (tijdelijke) tewerkstelling worden nageleefd. Dit fenomeen werd mede versterkt door de zeer liberale rechtspraak van het Hof van Justitie in verband met, meer bepaald, het vrij verkeer van diensten, die elke belemmering van het vrij verkeer trachtte op te ruimen. Deze rechtspraak, met name in de zaken *Rush Portuguesa* en *Vander Elst*[1], tolereerde immers geen beperking op het vrije verkeer van diensten, zodat ondernemingen die op de gemeenschappelijk markt actief waren vrij hun diensten moesten kunnen aanbieden op het grondgebied van andere Lid-Staten waarbij zij gebruik moesten kunnen maken van hun eigen personeel, ongeacht of zich dat kon beroepen op het vrije verkeer van werknemers. Op die wijze konden uiteindelijk zelfs onderdanen van derde landen worden ingezet in andere Lid-Staten dan die waarin ondernemingen normaal gevestigd en actief waren, op voorwaarde dat zij in de uitzendende Lid-Staten rechtsgeldig konden tewerkgesteld worden. De doctrine van het vrije verkeer van diensten verzette er zich op die manier tegen dat de wettelijke bepalingen van de ontvangstaat op de tijdelijk tewerkgestelde werknemers zouden worden toegepast. Op die manier werd het voor ondernemingen mogelijk om werknemers die normaal geen toegang zouden hebben gehad tewerk te stellen in andere Lid-Staten dan die waar zij normaal actief waren, en daarbij de wettelijke regels toe te passen die golden in de uitzendstaat in plaats van die van de ontvangststaat.
Bij de uitoefening van het vrij verkeer van diensten werden daarbij niet enkel de regels van de ontvangststaat uitgeschakeld inzake toegang tot de arbeidsmarkt (arbeidskaart, arbeidsvergunning, verblijfsvergunning) maar ook de regels van de arbeidsbescherming. Dit leidde tot het fenomeen van de zgn. sociale dumping, waarbij de gedetacheerde werknemers verstoken bleven van de bescherming van de ontvangststaat, en waarbij zij op die wijze ook in competitie kwamen met de lokale arbeidskrachten op wie immers de wet van die ontvangststaat moest worden nageleefd.
Daarbij doen zich ook, zeker in bepaalde ‘gevoelige’ sectoren, detacheringen voor die door de overheden als frauduleus worden beschouwd, omdat in een aantal gevallen ondernemingen uit de rijkere Lid-Staten dochterondernemingen oprichten in de nieuwe Lid-Staten, met als enig doel werknemers uit die laatste Lid-Staten tewerk te stellen in de eigen Lid-Staat.

3.- Maatregelen - Dit leidde ertoe dat er maatregelen werden genomen om de werknemers die uit de nieuwe Lid-Staten werden gedetacheerd een zekere bescherming te bezorgen, en tegelijkertijd de lokale werknemers in de staat van tewerkstelling te beschermen tegen verscherpte concurrentie van goedkopere werkkrachten uit deze nieuwe Lid-Staten.
Aldus kwam de richtlijn 96/71/EG betreffende de bescherming van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (de zgn. detacheringsrichtlijn) tot stand, die in België werd omgezet door de wet van 5 maart 2002, die naderhand nog door de wet van 11 december 2016 aanzienlijk werd verscherpt. Deze richtlijn heeft precies tot doel de lidstaten van de Europese Unie toe te laten om een aantal nationale normen aan te wijzen die als absolute minimumvoorwaarden moeten worden

[1] H.v.J., 27 maart 1990 (Rush Portuguesa, C-113/89), *Jur.*, 1990, I, 1417; 9 augustus 1994 (Vander Elst, C-43/93), *Jur.*, 1994, I, 3803

toegepast door elkeen die op het grondgebied werknemers tewerkstelt, en die derhalve moeten worden toegepast ongeacht de bepalingen van de basisovereenkomst, de detacheringsbrief, of de wettelijke bepalingen van het land die normaal van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst.

De richtlijn zelf werd recent nog gewijzigd door richtlijn 2018/957 van 28 juni 2018, wat ertoe leidde dat de wet van 5 maart 2002 werd gewijzigd door de wet van 12 juni 2020[2].

De richtlijn voerde het principe in dat ondernemingen die tijdelijk een werknemer tewerkstellen op het grondgebied van een lidstaat die niet de staat is waar hij gewoonlijk werkt, ongeacht het op de arbeidsverhouding toepasselijke recht, een aantal minimumnormen moeten toepassen.
De lidstaten moeten er daartoe op toezien dat de bedoelde ondernemingen de op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden garanderen die, in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd, zijn vastgelegd in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en/of in algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten, voorzover deze betrekking hebben op (i) maximale werk- en minimale rustperioden, (ii) minimum aantal vakantiedagen, (iii) minimumlonen, met inbegrip van vergoedingen voor overwerk, (iv) voorwaarden inzake terbeschikkingstelling voor werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven, (v) gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk, (vi) bescherming van zwangere en pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren en (vii) gelijke behandeling van mannen en vrouwen alsook andere antidiscriminatieregelen. De richtlijn belet luidens haar artikel 10 niet dat de lidstaten 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 de zojuist vermelde.

België is binnen de EU een van de strengere landen, omdat de zgn. detacheringswet uitdrukkelijk bepaalt dat alle strafrechtelijk gesanctioneerde bepalingen inzake arbeidsrecht als dwingende wetsbepalingen moeten worden beschouwd. De recente wet van 12 juni 2020 heeft daar nog de bepalingen van algemeen verbindend verklaarde cao's aan toegevoegd. Blijkens de parlementaire voorbereiding zouden daarbij hoofdzakelijk de cao's zijn bedoeld van de Nationale Arbeidsraad, maar ook sectorale cao's kunnen bij K.B. algemeen bindend worden verklaard, en de wet maakt geen onderscheid tussen de niveaus waarop deze cao's worden gesloten. De website die de overheid ter uitvoering van de richtlijn heeft opgezet om buitenlandse werkgevers te informeren over de dwingende bepalingen die zij bij detachering dienen na te leven vermeldt trouwens ook zeer duidelijk de algemeen verbindend verklaarde cao's gesloten in paritaire comités.

De onwetendheid van de arbeidskrachten over de lokale arbeidsvoorwaarden werkt overigens in een aantal gevallen de niet-naleving in de hand van zelfs de meest dwingende maatregelen.
Om die reden werd het arsenaal waarover de overheden beschikken om tegen deze zgn. sociale dumping op te treden de afgelopen jaren uitgebreid. Er mag worden aangenomen dat deze evolutie nog geenszins is beëindigd, zodat er nog nieuwe maatregelen zullen volgen, ook op Europees vlak.
De recente wijziging van de richtlijn heeft de Lid-Staten trouwens de verplichting opgelegd om te voorzien in een website die op een begrijpelijke en overzichtelijke wijze informatie biedt over de bestaande dwingende regelen die bij detachering moeten worden nageleefd[3]. Daarbij heeft België

---

[2] *B.S.*, 18 juni 2020. Voor de transportsector stelde richtlijn 2020/1057/EU van 15 juli 2020 (*PB L.* 249 dd. 31 juli 2020) bijzondere regels vast voor de toepassing van de detacheringsrichtlijn. Er is geen sprake van detachering in de zin van richtlijn 96/71 voor bestuurders die bilateraal vervoer verrichten, d.w.z. tussen de Lid-Staat van vestiging en een andere Lid-Staat. De regels aangaande detachering gelden m.a.w. slechts bij binnenlands vervoer door een werknemer van een bedrijf gevestigd in een andere Lid-Staat of om internationaal vervoer tussen Lid-Staten waar de Lid-Staat van vestiging niet toe behoort. Bij cabotage (vervoer tussen twee punten in hetzelfde land door een bedrijf gevestigd in een andere Lid-Staat valt echter wel onder de detacheringsregels.

[3] https://employment.belgium.be/en/themes/international/posting/working-conditions-be-respected-case-posting-

het zich natuurlijk niet bijzonder gemakkelijk gemaakt door het gros van de arbeidsrechtelijke bepalingen, inclusief de algemeen verbindend verklaarde cao's als dwingend te bestempelen.

Overigens heeft de nieuwe richtlijn ook het principe ingevoerd dat de regels inzake detachering gaandeweg strikter worden. Na 12 maanden detachering worden de regels inderdaad minder soepel. Het valt daarbij op dat het Europese arbeidsrecht minder soepel wordt voor detachering dan het socialezekerheidsrecht, waar detachering tot twee jaar kan duren en bij een *ad hoc* akkoord tussen twee Lid-Staten zelfs tot vijf jaar kan worden verlengd op grond van artikel 16 van Verordening 883/2004.

4.- Kritiek - Overigens blijft bij de zeer algemene uitvoering van de richtlijn in België de vraag bestaan die destijds reeds door critici werd geuit, of deze wel in overeenstemming is met het vrije verkeer van diensten, die een van de vier fundamentele vrijheden is van het Europese recht. Zgn. secundaire wetgeving, zoals verordeningen en richtlijnen, kunnen deze vrijheden niet vrijelijk beperken.

In elk geval hebben de mechanismen die in België werden ingevoerd ter controle van de naleving van de Belgische regels door werkgevers uit andere Lid-Staten al tot zeer ernstige kritiek geleid van het Hof van Justitie. Reeds voor de inwerkingtreding van de richtlijn had het Hof geoordeeld dat de verplichting om voor elke gedetacheerde werknemer een individuele rekening bij te houden een belemmering inhield van het vrije verkeer van diensten in de mate waarin de werkgever reeds aan een gelijkaardige verplichting was onderworpen in de Lid-Staat waar hij was gevestigd. Het beoogde doel van de controle kon ook worden bereikt door minder ingrijpende maatregelen, bijvoorbeeld door de werkgever te verplichten de documenten gelijkaardig aan een individuele rekening en een personeelsregister op te sturen aan de autoriteiten van de Lid-Staat van tijdelijke tewerkstelling.[4]
De wet van 5 maart 2002 en haar uitvoeringsbesluit voerden destijds, ter uitvoering van de richtlijn, een vereenvoudigd systeem in voor het bijhouden van sociale documenten voor ondernemingen die werknemers detacheren naar België. Dit regime, dat werd afgevoerd bij de invoering, op 1 april 2007, van de voorafgaande Limosa-verklaring, die elektronisch wordt afgelegd, werd door het Hof van Justitie gedeeltelijk in strijd bevonden met de regelen betreffende het vrije verkeer van diensten.[5]
Ook de conformiteit van de huidige Limosa-verklaring met het Europese recht gaf overigens aanleiding tot een inbreukprocedure tegen België op initiatief van de Europese Commissie. De Limosa-procedure verschilt van het vroegere regime op het vlak van snelheid, en door de omstandigheid dat de aanvang van de detachering niet afhankelijk is gesteld van de verplichting om een bevestiging van de administratie af te wachten. Inzoverre zij betrekking heeft op buitenlandse werknemers heeft de Limosa-verklaring inmiddels de toets van het Hof doorstaan. Alleen voor zelfstandigen vond het Hof op 19 december 2012 de verklaring een belemmering voor het vrij verkeer van diensten. De maatregel werd door het Hof inderdaad niet evenredig bevonden, omdat de Belgische overheid te veel informatie eiste vanwege de zelfstandigen, terwijl België niet voldoende bewees dat dergelijke gedetailleerde gegevens noodzakelijk zijn om fraude te bestrijden. België heeft de Limosa-verklaring voor zelfstandigen thans ook beperkt tot enkele fraudegevoelige sectoren (bouw, vleesverwerkende industrie en schoonmaak).

5.- Terbeschikkingstelling - Het begrip detachering werd wel eens vervangen door het begrip terbeschikkingstelling. De oorspronkelijke versie van de wet van 5 maart 2002 die, wat België betreft, uitvoering heeft gegeven aan de zgn. detacheringsrichtlijn 96/71/EG van 16 december 1996

---

belgium/working

[4] H.v.J., 23 november 1999 (Arblade, C-369/96 en C-376/96), *Jur.*, I-8453

[5] H.v.J., 7 oktober 2010 (Santos Palhota, C-515/08), *J.T.T.*, 417

'betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten' en natuurlijk de richtlijn zelf gebruikten dit begrip. Volgens de definitie in artikel 2, lid 1, van Richtlijn 96/71/EG wordt voor de toepassing van die richtlijn onder "*ter beschikking gestelde werknemer*" verstaan, iedere werknemer die gedurende *een bepaalde periode* werkt op het grondgebied van een lidstaat *die niet de staat is waar die werknemer gewoonlijk werkt*. De Belgische wet sloot hier aanvankelijk naadloos bij aan.
Het begrip terbeschikkingstelling is hier wat misleidend, omdat de wet eigenlijk toepassing vindt op alle personen die een arbeidsprestatie verrichten in België en die hetzij gewoonlijk werken op het grondgebied van één of meer andere landen dan België, hetzij zijn aangeworven in een ander land dan België. De richtlijn en de wet eisen dus niet dat er uitlening is van personeel door een in het buitenland gevestigde werknemer aan een in België gevestigde gebruiker.
Nochtans dient, in de gevallen waarin buitenlandse werknemers hier in België tijdelijk worden tewerkgesteld binnen een hier gevestigd bedrijf, ook rekening te worden gehouden met het principiële verbod van terbeschikkingstelling van de wet van 24 juli 1987, dat nog in januari 2013 aanzienlijk werd verstrengd. Dit verbod kan in gevallen van detachering vanuit het buitenland naar België wel degelijk toepassing vinden. Ook in de omgekeerde richting kan het verbod eventueel een rol spelen[6].
Overigens werd het voor de Belgische praktijk wat verwarrende begrip 'terbeschikkingstelling' uit de wet van 5 maart 2002 verwijderd door de wet van 11 december 2016 houdende diverse bepalingen inzake detachering van werknemers. Deze heeft het opschrift van de wet van 2002 trouwens veranderd : deze is nu de wet 'betreffende de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden in geval van detachering van werknemers in België en de naleving ervan'.

2. De huidige regeling

6.- Detachering : wettelijke definitie - Artikel 2 van de wet van 5 maart 2002 bepaalt nader wat onder gedetacheerde werknemers wordt verstaan. De richtlijn eist inderdaad van de Lid-Staat van ontvangst dat hij, geval per geval, een beoordeling uitvoert van alle feitelijke elementen, waarbij met name een rol speelt of de uitzendende onderneming in de Lid-Staat waar zij gevestigd is substantiële activiteiten uitvoert. Sedert 2011 is detachering ingevolge Verordening 1071/2009 inderdaad slechts mogelijk en toegelaten als de uitzendende onderneming een stabiele en effectieve vestiging heeft in de uitzendstaat.
De wet bepaalt dan ook in artikel 2, 2° dat, om te bepalen of de werknemers tijdelijk arbeidsprestaties verrichten in België, alle feitelijke elementen die hun werk en situatie kenmerken, moeten worden onderzocht. Deze feitelijke elementen kunnen met name omvatten :
a) het werk dat voor een bepaalde periode wordt verricht in België;
b) de datum waarop de detachering begint;
c) de situatie voor de werknemer die wordt tewerkgesteld in België en die op die manier wordt gedetacheerd in een ander land dan dat waar of van waaruit hij gewoonlijk zijn arbeid verricht;
d) het feit dat de werknemer die op die manier wordt tewerkgesteld in België, na de beëindiging van de werkzaamheden of de dienstverrichting waarvoor hij was gedetacheerd naar België, terugkeert of geacht wordt zijn activiteit te hernemen in het land van waaruit hij werd gedetacheerd;
e) de aard van de activiteiten;

[6]Zie hierover H. van Hoogenbemt, 'Detachering en terbeschikking van werknemers', in A. Van Regenmortel & Y. Jorens (ed.), *Internationale Detachering*, Brugge, Die Keure, 1993, 437-472

f) de werkgever die de werknemer detacheert, zorgt voor het vervoer, de kost en inwoon of accommodatie of dat deze door hem wordt terugbetaald en waar dit het geval is, op welke wijze hierin is voorzien of op welke manier dit wordt terugbetaald;

g) alle eerdere tijdvakken waarin dezelfde of een andere gedetacheerde werknemer de betrokken werkzaamheden heeft verricht.

Bij K.B. kan deze lijst, na beraadslaging in de Ministerraad, nog worden uitgebreid.

Om vast te stellen of de uitzendende onderneming daadwerkelijk substantiële activiteiten verricht, wordt een algemene beoordeling uitgevoerd van alle feitelijke elementen die, gedurende een langere periode, kenmerkend zijn voor de activiteiten die deze onderneming verricht in de lidstaat waar zij is gevestigd en, zo nodig, in België. Deze elementen kunnen met name omvatten :

a) de plaats waar de onderneming haar statutaire zetel heeft en haar administratie wordt verricht, waar zij kantoren heeft, belastingen en socialezekerheidspremies betaalt, en waar zij, indien van toepassing, overeenkomstig het nationale recht een vergunning voor de uitoefening van een beroep heeft of is ingeschreven bij kamers van koophandel of beroepsorganisaties;

b) de plaats waar gedetacheerde werknemers worden aangeworven en van waaruit ze worden gedetacheerd;

c) het recht dat van toepassing is op de overeenkomsten van de onderneming met haar werknemers, enerzijds, en haar klanten, anderzijds;

d) de plaats waar de onderneming haar belangrijkste ondernemingsactiviteiten ontplooit en waar zij administratief personeel heeft;

e) het aantal uitgevoerde overeenkomsten en/of de grootte van de omzet in het land van vestiging, rekening houdend met onder andere de specifieke situatie van nieuwe ondernemingen en kleine en middelgrote ondernemingen.

Ook hier kan bij een K.B. vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de lijst van feitelijke elementen worden aangevuld.

7.- Regel – De werkgever die zijn werknemers naar België detacheert, moet voor de arbeidsprestaties die in België worden verricht, de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden naleven die bepaald worden door Belgische wettelijke, bestuursrechtelijke of conventionele bepalingen die strafrechtelijk worden beteugeld, alsook door algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten (art. 5, § 1 van de wet van 5 maart 2002).

Deze regel vormt uiteraard geen beletsel voor de toepassing van buitenlandse arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden die gunstiger zijn voor de gedetacheerde werknemer (art. 7).

De Memorie van Toelichting van de wet van 12 juni 2020 geeft een opsomming van de belangrijkste wetgeving die dient te worden toegepast. Het gaat met name over volgende wetten :

- de Arbeidswet van 16 maart 1971
- de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen;
- de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers gecoördineerd op 28 juni 1971;
- de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers;
- de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk;
- de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers;
- de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, net zoals de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen
- net zoals de uitvoeringsbesluiten van bovengenoemde wetten.

Wat de cao's betreft verwijst de Memorie van Toelichting alleen naar de cao's gesloten in de Nationale Arbeidsraad. Aangezien de wet het echter heeft over alle algemeen verbindend verklaarde cao's gaat het echter ook om de sectorale cao's die bij K.B. algemeen verbindend werden verklaard. Dit is trouwens ook wat te lezen staat op de officiële website van de overheid waarbij de buitenlandse werkgevers geïnformeerd worden over de arbeidsvoorwaarden die zij bij detachering naar België dienen in acht te nemen[7].

8.- Lonen - In de oude versie van de richtlijn was enkel bepaald dat de minimumlonen moesten worden nageleefd. Sedert richtlijn 2018/957 is er echter geen sprake meer van minimumloon, maar van 'beloning'. Het principe van de richtlijn is dus nu dat gedetacheerde werknemers evenveel loon moeten ontvangen als een lokale werknemer die hetzelfde werk uitvoert. Daarbij wordt uitgegaan van het principe van gelijk loon voor gelijk werk, wat eigenlijk een toepassing is van het principe van non-discriminatie op basis van nationaliteit. Het begrip beloning wordt vastgesteld overeenkomstig het nationale recht van de ontvangststaat, en omvat alle beloningscomponenten die verplicht zijn op grond van de nationale regelgeving.
Voor België veranderde de wijziging van de richtlijn op dit stuk weinig, gelet op de reeds zeer ruime omschrijving van de dwingende regelen. Eigenlijk vielen algemeen verbindend verklaarde cao's daar ook onder, zeker nu zij tot bij de inwerkingtreding van het Sociaal Strafwetboek strafrechtelijk waren gesanctioneerd. De invoering van het Sociaal Strafwetboek had tot gevolg dat algemeen verbindende collectieve arbeidsovereenkomsten vanaf 1 juli 2011 nog louter administratief (door een sanctie van niveau 1) en niet langer strafrechtelijk gesanctioneerd worden. De overheid ging er echter van uit dat dit niets veranderde, omdat de administratieve sanctie nog steeds in het Sociaal Strafwetboek was opgenomen. Door de aanpassing van de wet van 2002 door de wet van 12 juni 2020 is elke controverse onmogelijk geworden : een gedetacheerde werknemer heeft recht op de beloning vastgelegd door algemeen verbindend verklaarde (ook sectorale) cao's.

Onder loonvoorwaarden worden, naar luid van artikel 5 van de wet, verstaan de lonen, voordelen en vergoedingen die verschuldigd zijn krachtens algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten, met uitzondering evenwel van de bijdragen aan aanvullende bedrijfspensioenregelingen. De toeslagen die rechtstreeks verbonden zijn aan de detachering 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.
In elk geval moet er nog van worden uitgegaan dat enkel de minimumlonen kunnen worden opgelegd die bij c.a.o. werden vastgesteld, en niet noodzakelijk de reële lonen en voordelen die met 'Belgische' werknemers individueel of bij bedrijfsovereenkomst werden overeengekomen. Het Hof van Justitie oordeelde immers reeds dat onder minimumloon slechts kan worden verstaan datgene wat door een tekst met algemene draagwijdte wordt vastgelegd[8]. Voordelen die bij bedrijfsovereenkomst worden voorgeschreven vallen daar niet onder, aangezien deze overeenkomsten niet algemeen verbindend kunnen worden verklaard.

9.- Uitzondering - In afwijking van het bovenstaande worden de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen die voorzien in bijdragen aan aanvullende pensioenregelingen, niet beschouwd als arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden. Het gaat hier uiteraard om de sectorale stelsels van de tweede pijler. De stelsels die louter op bedrijfsvlak werden opgezet vallen *sowieso* niet binnen het begrip van de dwingende bepalingen.

---

[7] https://employment.belgium.be/en/themes/international/posting/working-conditions-be-respected-case-posting-belgium/working
[8] H.v.J., 18 december 2007 (C-341/05, Laval)

10.- Reis-, maaltijd- en verblijfskosten - Naar luid van artikel 5, §1, tweede lid van de wet zijn de bepalingen die voorzien in de betaling van toeslagen of een vergoeding van uitgaven voor reis-, maaltijd- en verblijfkosten voor werknemers die beroepshalve van huis zijn, slechts te beschouwen als arbeids-, loon en tewerkstellingsvoorwaarden in zoverre zij betrekking hebben op de reis-, maaltijd- en verblijfkosten die gedetacheerde werknemers maken wanneer zij moeten reizen van en naar hun gewone werkplaats in België, of wanneer zij door hun werkgever tijdelijk vanuit die gewone werkplaats in België naar een andere werkplaats worden gezonden. Enkel in dat geval zijn zij dus dwingend.

Volgens het nieuwe art. 6/1, §1 van de wet worden specifieke vergoedingen voor de detachering beschouwd als een deel van het loon voor zover zij niet worden betaald als vergoeding van de werkelijk gemaakte kosten in verband met de detachering, zoals reiskosten, verblijfskosten en maaltijdkosten. Met andere woorden, de vergoedingen die een werkgever aan een gedetacheerde werknemer betaalt ter dekking van de reis-, maaltijd- of verblijfskosten die de werknemer in verband met zijn detachering heeft gemaakt, kunnen door de werkgever nooit als onderdeel van het loon worden beschouwd. Daarmee wordt bedoeld dat de vergoedingen niet in aanmerking kunnen worden genomen om na te gaan of het minimumloon werd betaald. De vergoedingen genieten natuurlijk wél de dwingende bescherming van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers.

Indien uit de arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst niet blijkt of er (bepaalde) delen van een vergoeding in verband met de detachering worden betaald als vergoeding voor werkelijk gemaakte kosten in verband met de detachering of dat die deel uitmaken van de bezoldiging, wordt de volledige vergoeding geacht te zijn betaald als vergoeding voor kosten.

11.- Uitbreiding bij K.B. - Hoewel de verplichtingen die de Belgische wetgever bij detachering oplegt reeds bijzonder ruim zijn in het licht van de bepalingen van richtlijn 96/71 zelf, bepaalt artikel 5 § 2 dat de Koning nog andere bepalingen betreffende de arbeids-, loons- en tewerkstellingsvoorwaarden kan vaststellen dan die welke in § 1 bedoeld worden, voor zover het gaat om bepalingen van openbare orde. Tot dusver werden evenwel nog geen bijkomende bepalingen aangewezen.

12.- Uitzonderingen - 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.
Ook voor bepaalde activiteiten in de bouwsector heeft de Koning een afwijking ingevoerd op grond van artikel 6 § 2. Het gaat om alle activiteiten in de bouwsector die betrekking hebben op van nature onroerende goederen of op onroerende goederen door incorporatie en die de verwezenlijking, het herstel, het onderhoud, de wijziging of de vernietiging van bouwwerken beogen, en die uitdrukkelijk opgesomd worden in artikel 4 van het K.B. van 1 april 2007.

13.- Detachering langer dan 12 maanden - Een nieuwigheid sinds de wet van 12 juni 2020 betreft de langere detacheringen. Indien de detachering langer duurt dan 12 maanden, moeten vanaf dat moment alle andere arbeidsvoorwaarden van het gastland worden nageleefd, behalve die welke betrekking hebben op het sluiten en beëindigen van arbeidsovereenkomsten. Het nieuwe art. 5, §2 van de wet spreekt van de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden die zijn vastgelegd in:

- de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, met uitzondering van de bepalingen inzake procedures, formaliteiten en voorwaarden voor het sluiten en beëindigen van arbeidsovereenkomsten, met inbegrip van niet-concurrentiebedingen, en
- de conventionele bepalingen die algemeen verbindend zijn verklaard, met uitzondering van de bepalingen betreffende de procedures, formaliteiten en voorwaarden voor het sluiten en beëindigen van de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van het niet-concurrentiebeding, en van de bepalingen die voorzien in bijdragen aan aanvullende pensioenregelingen.

Het enige verschil met de toepasselijke regels die gedurende de eerste twaalf maanden moeten worden toegepast, is daarbij dat de voorwaarde dat zij strafrechtelijk moeten worden bestraft, niet langer geldig is. Aangezien de meeste arbeidsrechtelijke bepalingen worden gehandhaafd door het Sociaal Strafwetboek, lijkt de wijziging na 12 maanden niet van bijzonder groot belang voor werknemers die naar België worden gedetacheerd. Het gaat hier meer bepaald over de toepassing van bepaalde bepalingen uit de Arbeidsovereenkomstenwet, zoals de regels inzake:

- de algemene verplichtingen van de werknemer en de werkgever;
- de aansprakelijkheid van de werknemer;
- de schorsing van de uitvoering van de overeenkomst (regels inzake ziekte en ongeval, waaronder de regels voor het gebruik van de controlearts en het gewaarborgd loon, geboorteverlof en klein verlet).

Om na te gaan wat de totale duur van de detachering is voor de toepassing van het nieuwe artikel 5 § 2 moet ook rekening worden gehouden met de werkzaamheden die vóór 30 juli 2020 (inwerkingtreding van de wet van 12 juni 2020) zijn verricht, voor het geval de detachering daarna wordt voortgezet. Deze 12 maanden-regel is evenwel niet van toepassing indien een kennisgeving wordt gestuurd naar de sociale inspectie – overeenkomstig de bepalingen van het Koninklijk Besluit betreffende diverse maatregelen met betrekking tot de terbeschikkingstelling van werknemers[9] waarin een reden wordt gegeven waarom de detachering langer dan 12 maanden duurt. De initiële periode kan in dit geval met nog eens 6 maanden worden verlengd, wat tot een totale maximale duur van 18 maanden leidt. Deze 12 of 18 maanden kunnen beschouwd worden als een maximumduurtijd van een (normale) detacheringsperiode. Dit wijkt af van de regel in de sociale zekerheid die de normale maximumduur van een detachering vastlegt op twee jaar.

De grens van 12 (of 18) maanden kan niet worden omzeild door de gedetacheerde werknemer éénvoudigweg te vervangen door een andere gedetacheerde werknemer. Art. 5, §2, lid 2 bepaalt immers dat indien de werkgever een gedetacheerde werknemer vervangt door een andere gedetacheerde werknemer en die op dezelfde plaats dezelfde taak uitvoert, de tewerkstellingsperiodes in België van elke gedetacheerde werknemer bij elkaar moet worden opgeteld. Om te kunnen oordelen of de tweede gedetacheerde werknemer daadwerkelijk dezelfde taak uitvoert op dezelfde plaats als de eerste gedetacheerde werknemer die hij vervangt, kan o.a. rekening gehouden worden met de aard van de te verrichten diensten, de uit te voeren werkzaamheden en het adres of de adressen van de plaats van tewerkstelling.

14.- Rechtsvordering - De gedetacheerde werknemers kunnen naar luid van artikel 8*bis* in België een rechtsvordering instellen om de rechten die hen op grond van de wet toekomen af te dwingen, en kunnen, conform de geldende internationale overeenkomsten inzake rechterlijke bevoegdheid, een rechtsvordering instellen in een andere Staat. Deze laatste bepaling verbindt uiteraard de vreemde rechtbanken niet. Zij beduidt wellicht enkel dat België, door bevoegdheid te verstrekken aan zijn nationale rechtbanken, de eventuele bevoegdheid van de vreemde rechtbanken niet wil

[9] Zie K.B. van 15 juli 2020 houdende diverse maatregelen inzake detachering van werknemers (*B.S.*, 20 juli 2020)

inperken. Overigens kunnen ook de representatieve werknemers- en werkgeversorganisaties in rechte treden ter verdediging van de rechten van de ter beschikking gestelde werknemers, en dit zelfs zonder dat zij daartoe over een machtiging dienen te beschikken van de betrokken werknemer. Zij behoeven daartoe enkel de machtiging van de interprofessionele organisatie waarbij zij aangesloten zijn. Vooraleer deze een machtiging kan verlenen, dient zij de andere interprofessionele organisaties te verwittigen.

15.- Documenten - Sedert de inwerkingtreding van de wet van 11 december 2016 werd een aantal verplichtingen werden ingevoerd om de controle te vergemakkelijken.
Artikel 7/1 bepaalt nu inderdaad dat de werkgevers op verzoek volgende documenten aan de inspectiediensten dienen te bezorgen :
1° een kopie van de arbeidsovereenkomst van de gedetacheerde werknemer (of een gelijkwaardig document in de zin van richtlijn 91/533/EEG van 14 oktober 1991);
2° de informatie met betrekking tot de vreemde valuta die dienst doet als betaling van het loon, de voordelen in geld of in natura verbonden aan de tewerkstelling in het buitenland, de voorwaarden van de repatriëring van de gedetacheerde werknemer;
3° de arbeidstijdenoverzichten die begin, einde en duur van de dagelijkse arbeidstijd van de gedetacheerde werknemer aangeven;
4° de betalingsbewijzen van de lonen van de gedetacheerde werknemer.
De Koning kan deze lijst nog aanvullen.
Bovendien moeten de werkgevers de inspectie desgevallend een vertaling bezorgen van deze documenten in een van de landstalen of in het Engels.
De verplichting om te documenten te overhandigen blijft gelden tot een jaar na het einde van de tewerkstelling in België. De documenten kunnen op papier of elektronisch worden bezorgd.

16.- Verbindingspersoon - Voorafgaandelijk aan de tewerkstelling van de in België gedetacheerde werknemers, moet de werkgever een verbindingspersoon aanwijzen en, volgens de nadere regels bepaald door de Koning[10], deze aanwijzing meedelen aan de inspectie (artikel 7/2).

17.- Versoepelingen - De werkgever die de voorafgaande melding, bedoeld bij het artikel 139 van de Programmawet (I) van 27 december 2006 (d.w.z. de Limosa-melding), heeft verricht, en de werkgever die ervan vrijgesteld is krachtens artikel 138, tweede lid, van dezelfde wet, zijn niet gehouden tot het opstellen van een arbeidsreglement gedurende een door de Koning bij K.B. van 1 april 2007 vastgestelde periode van twaalf maanden.
Onder dezelfde voorwaarden zijn zij er niet toe gehouden de bepalingen opgenomen onder Titel II, Hoofdstuk IV, afdeling 2, van de Programmawet van 22 december 1989 na te leven. Het gaat om de bepalingen die betrekkingen hebben op het toezicht op de werkroosters van de deeltijdse werknemers.

3. Incidentie van het verbod op terbeschikkingstelling van personeel

18.- Het principiële verbod - Artikel 31 van de Uitzendarbeidwet dat aanvankelijk een principieel verbod oplegde op elke activiteit die erin bestaat werknemers ter beschikking te stellen van een gebruiker die over deze werknemers het geheel of een gedeelte van het werknemersgezag uitoefent, werd voor het eerst gevoelig gewijzigd door artikel 181 van de wet van 31 augustus 2000. Hoewel terbeschikkingstelling van werknemers en de daarmee gepaard gaande gezagsdelegatie in principe verboden bleef, was er ingevolge deze wetswijziging niet langer sprake van verboden

[10] K.B. 14 september 2017 (*B.S.*, 20 september 2017)

terbeschikkingstelling wanneer de gebruiker op grond van de overeenkomst onderrichtingen verstrekt aangaande de uitvoering van het werk.
De Programmawet van 27 december 2012 heeft de wet evenwel opnieuw gevoelig verstrengd. De derde mag nog slechts instructies geven aan de werknemers van de werkgever in uitvoering van een geschreven overeenkomst tussen de derde en de werkgever, waarin uitdrukkelijk en gedetailleerd wordt bepaald welke instructies de derde precies kan geven. Het instructierecht van de derde mag bovendien het gezag van de werkgever op geen enkele wijze uithollen en de feitelijke uitvoering van de overeenkomst moet volledig overeenstemmen met de uitdrukkelijke bepalingen ervan. Eender welke instructie die de derde geeft zonder dat elk van de voormelde voorwaarden zijn nageleefd, zal worden beschouwd als de uitoefening van niet-toegelaten werkgeversgezag door de derde en dus als verboden terbeschikkingstelling, met alle gevolgen van dien voor werkgever en derde.
Bij verboden terbeschikkingstelling bestaat de sanctie erin dat de overeenkomst op grond waarvan de werknemer werd aangeworven om te worden ter beschikking gesteld, nietig is. Of deze nietigheid ook een arbeidsovereenkomst treft van een werknemer die in de loop van de uitvoering daarvan wordt ter beschikking gesteld is niet duidelijk. Daarnaast wordt er in elk geval geacht een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te ontstaan tussen de werknemer en de gebruiker, die bovendien door de werknemer op elk ogenblik zonder opzegging kan worden beëindigd. Als kers op de taart geldt dat er een hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat voor alle sociale verplichtingen tussen de gebruiker en de oorspronkelijke werkgever.

19.- Toepassing bij detachering - Te noteren valt dat de Uitzendarbeidwet strafrechtelijk gesanctioneerd is, zodat zij overeenkomstig de wet van 5 maart 2002 kan worden toegepast telkens een werknemers in België tijdelijk kan worden tewerkgesteld. In principe zal enkel de in België gevestigde werkgever of gebruiker kunnen worden vervolgd, aangezien de Belgische strafwet in beginsel niet extraterritoriaal kan worden toegepast.
Bij detacheringen vanuit het buitenland naar België bestaat dus de kans dat toepassing wordt gemaakt van de Uitzendarbeidwet om bv. aan te tonen dat de gedetacheerde werknemer voor onbepaalde tijd in dienst is gekomen van de Belgische onderneming waarbij hij tijdelijk werkte. Indien uitzonderlijk evenwel zou zijn geopteerd voor toepassing van de Belgische wet valt niet uit te sluiten dat de buitenlandse werkgever zou delen in de klappen wanneer de hoofdelijke aansprakelijkheid ter sprake komt.
Bij detacheringen vanuit België naar het buitenland is het risico op het ontstaan van een arbeidsovereenkomst tussen gebruiker en werknemer natuurlijk minder groot, tenzij voor toepassing van de Belgische wet zou zijn geopteerd. Wel loopt de Belgische detacherende werkgever het risico dat hij hoofdelijk wordt aangesproken voor mogelijke verbintenissen die in hoofde van de buitenlandse gebruiker zouden zijn ontstaan[11].
Ook hier rijst de vraag of, wat betreft detachering tussen Europese landen, de Belgische wet niet te ver gaat in het schenden van het vrije verkeer van diensten.

20.- Informatieplicht voor de gebruiker - Een nieuwe regel in de gewijzigde detacheringsrichtlijn is dat de gebruiker in geval van uitzendarbeid de detacherende werkgever (het uitzendbureau) moet informeren over de arbeidsvoorwaarden die in het bedrijf gelden.

In België werd daartoe artikel 18 van de wet van 24 juli 1987 gewijzigd. Naar luid van dat artikel moet, wanneer de uitzendkracht vanuit een ander land ter beschikking wordt gesteld van een in België gevestigde gebruiker, de gebruiker het uitzendbureau schriftelijk op papier of elektronisch

[11] Zie over dit alles Van Hoogenbemt, H.,'Internationale detachering en terbeschikkingstelling van werknemers', in Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.), *Internationale detachering*, Brugge, Die Keure, 1993, blz. 215-243.

informeren over de arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn in zijn onderneming en die betrekking hebben op:

- Arbeidstijd;
- Overuren;
- Pauzes;
- Rusttijden;
- Nachtwerk;
- Jaarlijks verlof;
- Officiële feestdagen;
- Loon;
- Bescherming van zwangere vrouwen en moeders bij de lactatie;
- Bescherming van kinderen en jongeren;
- Gelijke behandeling van mannen en vrouwen en alle maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.

Bovendien geldt ingevolge de nieuwe artikelen 20*quater*, 32 § 5 en 32*bis* § 8 van de wet van 1987 een tweede en meer specifieke informatieplicht. Indien de Belgische gebruiker de gedetacheerde uitzendkracht of werknemer in een ander land van de Europese Economische Ruimte (of Zwitserland) dan België wil tewerkstellen, moet hij inderdaad het uitzendbureau of de werkgever op de hoogte stellen van het land waar hij de gedetacheerde werknemer wil tewerkstellen, en dit schriftelijk (via post of elektronisch) vóór de aanvang van de tewerkstelling in dit derde land. Deze specifieke informatieplicht geldt zowel ten aanzien van uitzendarbeiders als van ter beschikking gestelde werknemers.

Deze informatieverplichtingen worden gesanctioneerd door een straf van niveau 2.

4. Bestrijding van frauduleuze detacheringen

21.- Algemeen - Zoals reeds betoogd, is detachering van een rechtsfiguur tot bevordering van het vrije verkeer en van de Europese integratie, meer en meer vergleden naar een concept dat sociale dumping en oneerlijke concurrentie in de hand werkt, in die mate zelfs dat er stemmen opgaan om de detachering gewoon af te schaffen. Uit wat hierboven reeds werd gezegd, blijkt dat het beleid de afgelopen jaren zowel op Europees als op Belgisch vlak aanzienlijk is verscherpt. Deze maatregelen beogen de detachering te reglementeren en aan een aantal voorwaarden en controles te onderwerpen, precies om te voorkomen dat zij als een middel tot het voeren van oneerlijke concurrentie zou worden gebruikt.
Bovendien zijn er maatregelen om het frauduleuze misbruik van detachering te bestrijden.
Het gaat daarbij om fictieve detacheringen, waarbij er van tijdelijkheid eigenlijk geen sprake is. Vaak wordt daarbij gebruik gemaakt van zgn. postbusvennootschappen die soms daartoe in de uitzendstaat worden opgericht door ondernemingen in de ontvangststaat[12]. Uiteraard zijn er ook andere vormen van fraude, zoals de niet-naleving van de sociale-zekerheidswetgeving van de uitzendstaat (waartegen de ontvangstaat maar zeer moeilijk kan optreden, als er een formulier A 1

[12]Nog recent, op 25 april 2016, veroordeelde de correctionele rechtbank te Luik elf beklaagden die ervan verdacht werden Bulgaarse en Turkse werknemers te hebben laten werken via fictieve Slovaakse en Bulgaarse bedrijven die als onderaannemer optraden voor Belgische transporteurs. Er werden gevangenisstraffen uitgesproken van zes tot zestig maanden. Zie in dit verband ook de nota over de detachering in de sociale zekerheid, blz. 13, noot 33.

werd afgegeven), of de niet-naleving van de dwingende arbeidsrechtelijke regelen van de ontvangststaat.

22.- Hoofdelijke aansprakelijkheid van opdrachtgevers - Reeds door een wet van 29 maart 2012 werd in de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers een hoofdstuk VI/1 ingevoerd, dat voorzag in de hoofdelijke aansprakelijkheid van het loon. Aanvankelijk bestond er slechts een algemene regeling; de wet van 11 december 2016 heeft een bijzondere regeling ingevoerd voor de bouwsector.
In de algemene regeling gaat het om activiteiten die bij K.B. worden vastgelegd na advies van het paritaire comité.
De opdrachtgevers, aannemers en onderaannemers die voor dergelijke activiteiten een beroep doen op één of meerdere aannemers of onderaannemers, en die door de inspectie schriftelijk in kennis worden gesteld van de omstandigheid dat hun aannemers of de na hun aannemers komende onderaannemers op zwaarwichtige wijze tekortschieten in hun verplichting om aan hun werknemers tijdig het loon te betalen waarop deze recht hebben, zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van het loon aan de betrokken werknemers.
Dit houdt in dat de hoofdelijk aansprakelijke gehouden is om onverwijld over te gaan tot betaling aan de betrokken werknemers van het loon, wanneer hij hiertoe door middel van een aangetekend schrijven wordt aangemaand, hetzij door één der betrokken werknemers, hetzij door de inspectie.
Wordt de hoofdelijk aansprakelijke rechtstreeks door een werknemer aangesproken, dan heeft de hoofdelijke aansprakelijkheid steeds betrekking op het nog niet betaalde gedeelte van het verschuldigd loon. De aansprakelijkheid kan worden beperkt, als de aansprakelijke bewijst dat de arbeidstijd die de betrokken werknemer heeft besteed in het raam van de activiteiten die hij hetzij rechtstreeks, hetzij via intermediaire aannemers of onderaannemers laat uitvoeren, beperkt is tot een welbepaald aantal uren. In dat geval heeft de hoofdelijke aansprakelijkheid slechts betrekking op het met deze prestaties overeenstemmend niet-betaalde gedeelte van het verschuldigd loon. Kan de aansprakelijke bewijzen dat de werknemer geen dergelijke prestaties heeft verricht, dan is hij niet hoofdelijk aansprakelijk.
Wordt de hoofdelijk aansprakelijke daarentegen aangesproken door de inspectie, dan heeft zijn aansprakelijkheid enkel betrekking op het niet betaalde gedeelte van het verschuldigd loon dat overeenstemt met de prestaties geleverd in het raam van de activiteiten die hij, hetzij rechtstreeks, hetzij via intermediaire aannemers of onderaannemers, laat uitvoeren. Wanneer echter niet kan vastgesteld worden welke prestaties de betrokken werknemers hebben geleverd in het raam van de werken die de hoofdelijk aansprakelijke, hetzij rechtstreeks, hetzij via intermediaire aannemers of onderaannemers laat uitvoeren, dan heeft de hoofdelijke aansprakelijkheid betrekking op de betaling aan elke betrokken werknemer die is vermeld op een lijst die samen met aanmaning door de inspectie wordt medegedeeld, van een percentage van een bij K.B. bepaald minimumloon. Dit percentage is gelijk aan het aandeel, die de activiteiten die door de betrokken werkgever worden uitgevoerd in het raam van de opdracht die de hoofdelijk aansprakelijke, hetzij rechtstreeks, hetzij via intermediaire aannemers of onderaannemers, laat uitvoeren, vertegenwoordigen in de omzet van de betrokken werkgever gedurende een door de Koning bepaalde referteperiode.
De periode gedurende dewelke de hoofdelijke aansprakelijkheid geldt, wordt door de inspectie bepaald in haar kennisgeving. Deze periode vangt aan na het verstrijken van 14 werkdagen na de kennisgeving en kan niet langer zijn dan één jaar.
De werkgever moet de kennisgeving die hij van de inspectie ontvangt aanplakken op elke plaats waar hij werknemers tewerkstelt.

24.- De hoofdelijke aansprakelijkheid in de bouwsector - Sedert de wet van 11 december 2016 geldt een bijzondere regeling voor de bouwsector. Het gaat om de activiteiten waarvoor het paritaire comité voor de bouw bevoegd is, en voor de werken die als werken in onroerende staat worden beschouwd in de zin van de btw-wetgeving die behoren tot de bevoegdheid van de paritaire comités

voor metaal-, machine en elektrische bouw, schoonmaak, stoffering en houtbewerking en elektriciens : installatie en distributie.
De (professionele) opdrachtgever die voor activiteiten in de bouwsector een beroep doet op een aannemer is hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van het loon dat verschuldigd is aan de werknemer die tewerkgesteld wordt door deze aannemer en dat overeenstemt met de arbeidsprestaties die deze werknemer heeft verricht voor die opdrachtgever.
Hij is echter niet hoofdelijk aansprakelijk, indien hij in het bezit is van een schriftelijke verklaring, ondertekend door hem en door zijn aannemer, waarin :

- de opdrachtgever aan zijn aannemer de coördinaten meedeelt van de internetsite van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg waarin de inlichtingen betreffende het verschuldigd loon zijn opgenomen, en;
- de aannemer van bevestigt dat hij het verschuldigd loon aan de werknemers van deze aannemer betaalt en zal betalen.

In afwijking daarvan is de opdrachtgever, toch hoofdelijk aansprakelijk vanaf het verstrijken van een termijn van 14 werkdagen die aanvangt op het ogenblik waarop hij opdrachtgever kennis heeft van het feit dat zijn aannemer niet het volledig of gedeeltelijk loon betaalt dat verschuldigd is aan de werknemers van dezelfde aannemer. Dergelijke kennis is, onder andere, bewezen wanneer de opdrachtgever daarvan in kennis gesteld wordt door de inspectie.
Een analoge regeling geldt voor de aannemer, bij gebrek aan keten van onderaannemers, of de intermediaire aannemer, in geval van een dergelijke keten, die voor activiteiten in de bouwsector een beroep doen op een onderaannemer.

25.- Hoofdelijke aansprakelijkheid wanneer de werknemer illegaal in België verblijft - Een afzonderlijke regeling geldt wanneer de werknemer, die geen burger is van de Europese Unie en die niet onder het vrij verkeer valt, illegaal in België verblijft. De regeling is sterk analoog aan die welke sedert de wet van 11 december 2016 geldt voor de bouwsector.

26.- Checkinatwork - Een wet van 8 december heeft in artikel 30*bis* van de Sociale-Zekerheidswet Werknemers de verplichting ingevoerd voor bouwheren om aan de aannemers waarop hij op een bouwwerf beroep doet een toestel ter beschikking te stellen dat de aanwezigheid registreert van iedereen die op de werf werkzaam is. Bedoeld zijn de werven met een bepaalde waarde (oorspronkelijk hoger dan 800.000 EUR, voor nieuwe werven vanaf 1 maart 2016 500.000 EUR). De bouwheer en de aannemers kunnen bij niet-naleving gestraft worden met een sanctie van niveau 3 (600 tot 6.000 EUR). Ook de werknemer kan een administratieve boete oplopen van 60 tot 60 EUR.
Enigszins in dezelfde optiek en met hetzelfde doel werd in het paritaire comité voor de bouwnijverheid op 11 september 2014 een C.A.O. gesloten die elke werknemer de verplichting oplegt een badge te dragen, die wordt uitgegeven door het fonds voor bestaanszekerheid op basis van de Dimona- of Limosaverklaringen of de digitale multifunctionele aangifte. Hierdoor wordt dus de aansluiting bij een stelsel van sociale zekerheid bevestigd.

5. Detachering van en naar landen buiten de EER

27.- Detachering vanuit andere landen - De detacheringsrichtlijn is uiteraard enkel van toepassing in de relaties tussen België en de andere landen van de Europese Unie (en, bij uitbreiding, van de Europese Economische Ruimte). De Belgische wet van 5 maart 2002 heeft evenwel een algemene gelding, zodat zij ook toepasselijk is wanneer werknemers uit derde landen in België worden tewerkgesteld. De toepassing ervan kan in deze gevallen zelfs niet worden blootgesteld aan mogelijke kritiek vanuit Europese hoek op grond van het principe van het vrije verkeer van diensten.

Vanuit Belgisch perspectief heeft de Brexit dan ook geen gevolgen. Weliswaar is de detacheringsrichtlijn niet meer bindend voor het Verenigd Koninkrijk, maar werknemers die vanuit het Verenigd Koninkrijk naar België worden gedetacheerd blijven de bescherming genieten van de (gewijzigde) Belgische wet van 5 maart 2002. Het Verenigd Koninkrijk zelf staat het, nu het principe van het vrije verkeer daar te lande niet meer geldt, vanzelfsprekend vrij zijn nationale regels toe te passen op werknemers die erheen worden gedetacheerd.

28.- Detachering vanuit België - Anderzijds dient er bij detachering van een Belgische werknemer - of tenminste van een werknemer die normaal in België is tewerkgesteld - ook rekening mee te worden gehouden dat andere lidstaten eveneens toepassing kunnen maken van dwingende nationale normen die zij met toepassing van de detacheringsrichtlijn, aangevuld door haar uitvoeringsrichtlijn, als zodanig hebben aangeduid.
Veelal gaat het daarbij om regels inzake welzijn en veiligheid, arbeidstijd en bescherming van het loon. Niet zelden zijn ook de regels van het ontslagrecht tenminste gedeeltelijk als dwingend te beschouwen, al gaan zeker niet alle lidstaten daarin even ver als België.
Andere landen buiten de E.E.R. (zoals het Verenigd Koninkrijk) zijn uiteraard nog vrijer om toepassing te maken van hun dwingende nationale regelen, in de mate waarin zij daarin niet gehinderd worden door de beginselen van het vrije dienstenverkeer.

6. Praktisch opzetten van een detachering

29.- Principe – Zoals hierboven reeds werd benadrukt impliceert detachering dat er een band blijft bestaan met de oorspronkelijke uitzendende werkgever. De oorspronkelijke arbeidsovereenkomst moet blijven bestaan; zoniet is er geen sprake van detachering. Vanuit het oogpunt van de sociale zekerheid is dit essentieel : de Europese verordeningen terzake laten geen detachering toe als er geen 'organische' band blijft bestaan met de uitzendende werkgever. Deze band moet zelfs inhouden dat de essentiële beslissingen inzake de arbeidsrelatie (ontslag, belangrijke functiewijziging, beëindiging van de detachering, enz.) door de uitzendende werkgever moeten worden getroffen, en dus niet door de werkgever in het gastland.
Bij het opzetten van de detacheringsrelatie moet daarmee terdege rekening worden gehouden.
Er wordt dus best een zgn. detacheringsbrief worden opgesteld.
Deze kan de vorm van een brief aannemen, die voor akkoord wordt ondertekend door de werkgever; hij kan ook de vorm van een overeenkomst aannemen en desgevallend zelfs tussen de drie betrokken partijen worden gesloten.
In principe zal het recht van het uitzendland blijven gelden, onder het voorbehoud van de dwingende bepalingen die door het gastland zullen worden afgedwongen op grond van de detacheringsrichtlijn (of, buiten de E.E.R., op grond van de eigen wetten). Maar in principe belet niets het recht van de gaststaat toepasselijk te verklaren op de detacheringsbrief, ook als de originele relatie door het recht van het uitzendland beheerst blijft. De partijen mogen ingevolge de Rome I-Verordening immers het recht kiezen dat toepasselijk is, op voorwaarde dat het een relevante band vertoont met de arbeidsrelatie, en dat de 'organische' band met de oorspronkelijke werkgever niet wordt verstoord. Bij de keuze mag immers het principe van *dépeçage* worden toegepast, zodat het recht toepasselijk op de detachering een ander kan zijn dan dat dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst beheerst.

30.- Detacheringsbrief - Deze brief dient uiteraard de voorwaarden te vermelden die tijdens de detachering zullen gelden, o.a. inzake arbeidsvoorwaarden en reis- en verblijfskosten. Niet zelden worden tijdens de detachering bepaalde kosten door de werkgever ten laste genomen, worden bijkomende premies toegekend voor bv. *hardship*, worden vliegtuigtickets toegezegd en wordt in een terugkeerpolicy voorzien.

Het verdient aanbeveling daarbij zo duidelijk mogelijk te regels uiteen te zetten. Op die manier kan worden vermeden dat de werknemer na terugkeer beweert dat de voordelen die hem tijdens de detachering werden toegekend na zijn terugkeer moeten blijven doorlopen.
Nuttig is te bepalen hoeveel en wanneer vakantie wordt opgenomen, of de werknemer dan naar zijn thuisland terugkan en tegen welke voorwaarden. Bij langere detacheringen is het gebruikelijk om te bepalen dat de werknemer recht heeft op een aantal vliegtuigtickets per jaar.
Eventueel moeten ook voorzieningen worden getroffen voor de familie van de werknemer, indien zij hem vergezelt. Daarbij kan in compensaties worden voorzien voor een partner die zijn werk moet opzeggen, regelingen worden getroffen voor onderwijs voor de kinderen, enz.
Geregeld moet ook worden hoe lang de detachering duurt, of zij kan verlengd worden, en hoe zij voortijdig kan worden beëindigd. Het verdient aanbeveling er even bij stil te staan wat er gebeurt als de detachering onvoorzien wordt onderbroken of beëindigd door de werknemer. Wordt de arbeidsovereenkomst zelf daardoor dan al dan niet beëindigd ?
Het kan zelfs nuttig zijn een ontbindend beding in te bouwen voor de nu en dan voorkomende hypothese waarbij de werknemer na het voorziene einde van de detachering koudweg weigert terug te komen, vaak onder het voorwendsel dat de tewerkstelling in het gastland door het substantiële tijdsverloop een essentiële voorwaarde van de arbeidsovereenkomst is geworden. De ervaring leert dat dit tot zeer lastige en riskante gerechtelijke procedures kan leiden in het uitzendland én in het gastland. In elk geval leert de ervaring dat, zelfs al is contractueel bepaald dat de detachering op een bepaald ogenblik een einde neemt, het nuttig is om een mechanisme in te bouwen dat de werknemer bv. zes maanden vooraf nog een aangetekende verwittiging terzake krijgt (al was het maar omdat hij lokale engagementen, zoals een huurcontract, tijdig moet kunnen opzeggen).
Noodzakelijk is ook te bepalen in welk soort functie de werknemer bij zijn terugkeer zal worden gere-integreerd. Hieromtrent rijzen vaak problemen, vooral als de werknemer geruime tijd in het buitenland heeft vertoefd. Een perfect passende functie is dan vaak niet meteen voor handen, wat de werknemer, als dit niet behoorlijk is geregeld, de kans biedt om zich tegen zijn terugroeping te verzetten of zelfs de verbreking van zijn arbeidsovereenkomst in te roepen. In de detacheringsbrief moet er dus de klemtoon worden op gelegd dat bij terugkeer een gelijkwaardige betrekking zal worden aangeboden, maar niet noodzakelijk dezelfde. Eventueel kan overeengekomen worden dat er een korte periode wordt uitgetrokken om een functie te zoeken of te creëren, gedurende welke de werknemer uiteraard zijn (Belgisch) loon verdient.