

Detachering binnen de EU:

juridisch kader en knelpunten m.b.t.
het toepasselijk arbeids- en
socialezekerheidsrecht

Prof. dr. Herwig VERSCHUEREN

Universiteit Antwerpen
Vrije Universiteit Brussel

Brussel, 27 januari 2015

Overzicht

- **Toepasselijk arbeidsrecht**
 - Vrij verkeer van werknemers
 - IPR
 - Detacheringsrichtlijn
 - Handhavingsrichtlijn
 - Rechtspraak Hof van Justitie
- **Toepasselijk socialezekerheidsrecht**
 - Verordeningen 883/2004 en 987/2009
 - Handhaving en controle
 - Rechtspraak Hof van Justitie

Vrij verkeer van werknemers

- Art. 45 VWEU
- Verordening 492/2011
- Gelijke behandeling van migrerende werknemers met de werknemers van het land waar zij werken
 - Dubbele doelstelling: bescherming migrerende werknemers; vermijden van oneerlijke concurrentie

IPR en individuele arbeidsovereenkomsten

- Rome I-Conventie (art. 6 en 7)
- Thans Rome I- Verordening 593/2008 (art. 8 en 9)
- Basisprincipe: wilsautonomie van de contractspartijen

Correcties op de wilsautonomie: dwingend recht (art. 8 Rome I)

- Voorrang dwingende bepalingen van “objectief toepasselijk recht”
- Eerst: bepalen welk rechtstelsel van toepassing zou zijn zonder rechtskeuze
- Dan: nagaan in welke mate de dwingende bepalingen van dat rechtstelsel een betere bescherming geeft aan de werknemer
 - Toepassing van deze dwingende bepalingen
- Voor de andere bepalingen (geen betere bescherming): respecteren van de rechtskeuze

IPR: Afwezigheid van rechtskeuze

- Art. 8, leden 2, 3 en 4 Rome I
 - Waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht (lid 2)
 - of bij gebreke aan een land van gewoonlijke tewerkstelling: het land “van waaruit” gewoonlijk de arbeid wordt verricht
 - Indien deze regel niet tot een oplossing leidt (lid 3):
 - Het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen
 - Kennelijk nauwere band met een ander land (lid 4)
 - Het recht van dat land

Land van gewoonlijke tewerkstelling

- Feitenkwestie te beoordelen op het moment dat het geschil ontstaat
- Land van gewoonlijke tewerkstelling wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht (art. 8, lid 2, *in fine* Rome I)
 - Zie detachering
 - Zie ov. 36 bij Rome I: dit is het geval indien van de werknemer verwacht wordt na de opdracht terug te keren naar land van herkomst

Geen “land van gewoonlijke tewerkstelling”

- Land **van waaruit** de werknemer gewoonlijk werkt
 - Zie personeel in de transportsector
 - *Koelzsch*, C-29/10
- Indien er evenmin een land is “van waaruit de werknemer gewoonlijk werkt”:
 - Land van de **vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen**
 - Rekening houden met “bestendige vestiging”
 - Tenzij bewezen kan worden dat de effectieve werkgever een andere onderneming is
 - *Voogsgeerd*, C-384/10

Kennelijk nauwere verbondenheid met een andere land

- Art. 8, lid 4 Rome I: “ontsnappingsclausule”
- Moet blijken uit het geheel van de omstandigheden:
 - Toepasselijk fiscaal en/of socialezekerheidsstelsel
 - *Schlecker*, C-64/12
 - Taal van contract en werktal
 - Plaats van aanwerving, van ondertekening AO, van tewerkstelling, van waaruit instructies worden gegeven, waar loon wordt uitbetaald
- Rol voor de rechtbank: beoordeling door de rechter
 - Kan eventueel gebruikt worden om misbruiken te voorkomen (postbusbedrijven)

Correctie mogelijk: bijzonder dwingend recht

- Art. 9 Rome I: “*bijzonder dwingend recht*” (voorrangsregels)
 - Afwijking van de rechtskeuze (art. 3) en van het “objectief toepasselijke recht” (art. 8, lid 2)
 - Art. 9, lid 2 Rome I: recht van het land van de rechter waarbij de zaak aanhangig is
 - Art. 9, lid 3 Rome I: recht van het land waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen

Bijzonder dwingend recht

- Verwijzing naar de handhaving van de openbare belangen zoals de politieke, sociale of economische organisatie
- Detacheringsrichtlijn 96/71 is een verbijzondering van wat het “bijzonder dwingend recht” is
 - Minimale bescherming volgens wetgeving van ontvangstland aan de gedetacheerde werknemer, terwijl het oorsprongslang het “land van gewoonlijke tewerkstelling” is

Vrij verkeer van diensten

- Art. 56 VWEU
 - Uitgangspunt: dienstverlener in “gastland” dezelfde behandeling als dienstverleners van dat “gastland”
 - Maar ook: verbod van niet-discriminatoire belemmeringen op het vrij verkeer van diensten
 - De toepassing op de tijdelijke dienstverlener van alle voorwaarden die in de ontvangstlidstaat gelden voor dienstverrichters
 - kan een belemmering zijn op het vrij verkeer van diensten
 - als de toepassing van deze voorwaarden bijkomende administratieve en economische lasten met zich mee brengt

Rechtspraak HvJ

- Gedetacheerde werknemers zijn geen “migrerende werknemers” in de zin van art. 45 VWEU (*Finalarte*)
 - en kunnen dus ook geen beroep doen op de gelijke behandeling met de werknemers van het gastland (toepassing arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht van dat land)

Rechtspraak HvJ

- Toepassing van arbeidsrecht van het gastland kan bijkomende administratieve en economische last met zich brengen voor de tijdelijke dienstverlener
 - Kan gerechtvaardigd worden
 - Indien het ter bescherming is van de werknemers en voor hen een reëel voordeel inhouden die in aanzienlijke mate bijdraagt tot hun sociale bescherming
 - *Guiot; Arblade en Leloup; Finalarte,*
- *Rush Portuguesa (1990)* en *Vander Elst (1994)*
 - Ontvangstlidstaten mogen hun minimumlonen toepassen

Detacheringsrichtlijn

- Richtlijn 96/71/EG van 16 december 1996
- Wilde meer rechtszekerheid creëren
- Doelstelling: evenwicht tussen
 - vrij verkeer van diensten
 - eerlijke mededinging
 - bescherming van de werknemers
- Blijft controversieel

Toepassingsgebied (art. 1)

- Een in een lidstaat gevestigde onderneming
- Die werknemers ter beschikking stelt op het grondgebied van een andere lidstaat
 - Werken voor rekening en onder leiding van onderneming van herkomst voor een ontvanger van diensten (aanneming)
 - Werken in dienstverband met de onderneming van herkomst maar voor een vestiging of dochteronderneming ervan (intra-concern mobiliteit)
 - Werken in dienstverband met een uitzendbureau of een onderneming van herkomst maar voor een ontvangende onderneming (uitzending)

Toepassingsgebied (art. 1)

- Let op:
 - begrip “terbeschikkingstelling” in Belgische wetgeving: uitlenen van personeel met overdracht van gezag
 - art. 31 Wet 24 juli 1987: in principe verboden
 - Is geen “terbeschikkingstelling” in de zin van Rl. 96/71
 - in deze Rl. betekent terbeschikkingstelling eigenlijk “detachering”

Toepassingsgebied (art. 2)

- “Ter beschikking gestelde werknemer”
 - “Gedurende een bepaalde periode”
 - Geen vaste tijdsduur zoals in Ver. 883/2004 (sociale zekerheid)
 - Kan niet ongelimiteerd zijn: bedoeling om na het uitvoeren van het werk terug te keren naar oorsprongsland
 - Verdere verduidelijking in nieuw handhavingsrichtlijn 2014/67
 - Op het grondgebied van een lidstaat die niet de staat is waar die werknemer gewoonlijk werkt

Toepassingsgebied (art. 2)

- Begrip “werknemer”
 - Bepaald volgens **recht van ontvangende lidstaat**
 - Indien “werknemer” in ontvangende lidstaat: Rl. van toepassing
 - Niet van toepassing op zelfstandigen
 - Wel op “schijnzelfstandigen” ; “schijnvennoten”

Verplicht toepasselijk recht (art. 3, lid 1)

- Recht van de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd is van toepassing
 - dat vastgelegd is in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen en/of
 - in algemeen verbindende verklaarde CAO's of scheidsrechtelijke uitspraken
 - voor een beperkt aantal aangelegenheden (zie lijst art. 3, lid 1) (“harde kern”)
- Voor de andere materies: Rome I

“harde kern”: art. 3, lid 1 a) tot g)

- Minimumlonen (ook overwerk)
 - Probleem vergelijking met minimumloon uitzendende lidstaat (zie art. 3, lid 7)
 - Brutoloon
 - Niet: vergoeding voor gemaakte kosten (reis, verblijf)
 - Statuut toeslagen: vakantiegeld, eindejaarspremie betaald in uitzendland
 - Toeslagen maken deel uit van het minimumloon indien ze geen verband houden met een wijziging in de verhouding prestatie werknemer

“harde kern”: art. 3, lid 1 a) tot g)

- Maximale werk- en minimale rustperioden
 - Ook bijv. weerverlet
- Minimum aantal vakantiedagen
- Voorwaarden voor o.m. uitzendarbeid
 - Mogelijkheid om gehele wetgeving van ontvangende lidstaat toe te passen (art. 3, lid 9)
- Andere aangelegenheden: zie punten e), f), g)

Beperkte ruimte voor de ontvangststaten

- Ontvangststaten mogen geen andere elementen van hun arbeidsrecht opleggen op gedetacheerde werknemers
 - Tenzij omwille van de openbare orde:
 - Zeer strikte interpretatie door HvJ
 - *Commissie v. Luxemburg*, C-319/06
 - Zie Belgische wet van 5 maart 2002

Controlemaatregelen door de lidstaten

- Toezicht
 - Art. 4: algemene samenwerkings- en informatieplicht
 - Art. 5: de lidstaten mogen adequate maatregelen nemen
 - *Wolff-Müller*: hoofdelijke aansprakelijkheid
 - Art. 6: mogelijkheid om rechtbanken van ontvangstlidstaat bevoegd te maken
 - Zie Belgische Wet 3 juni 2007

Controlemaatregelen door de lidstaten

- Rechtspraak HvJ
 - Controlemaatregelen moet de toetst van de *rule of reason* doorstaan
 - Streng voor elke vorm van voorafgaande toestemming
 - Administratieve verplichtingen mogen niet overlappen met die van de oorsprongsstaat
 - Moeten proportioneel blijven
 - Zie LIMOSA
 - *Commissie v. België*, C-577/10 en *De Clercq*, C-315/13 (3.12.2014)
 - HvJ erkent de noodzaak van het tegengaan van sociale fraude en misbruik

Handhavingsrichtlijn 2014/67/EU van 15 mei 2014

- Verbeteren van toezicht en handhaving van de detacheringsrichtlijn
 - Problemen met postbusbedrijven; langdurige detacheringen; gebrekkige grensoverschrijdende controlemogelijkheden;
- Voorkoming van misbruik en omzeiling
- Toegang tot informatie
- Administratieve samenwerking
- Toezicht op de naleving
- Handhaving
- Grensoverschrijdende handhaving van administratieve sancties

Voorkomen van misbruik en omzeiling (art. 4)

- Identificatie van een “daadwerkelijke detachering”
- 2 elementen:
 - de uitzendende onderneming moet daadwerkelijk substantiële activiteiten verrichten in uitzendstaat
 - de gedetacheerd werknemer oefent “tijdelijk” zijn werkzaamheden in de ontvangststaat uit
- Niet exhaustieve lijst van feitelijke elementen
- Beoordeling moet aangepast worden aan elk specifiek geval, rekening houdend met de specificiteit van de situatie (Art. 4, lid 4)
- Deze elementen kunnen ook gebruik worden om “schijnzelfstandigen” op te sporen

Voorkomen van omzeiling en misbruik (art. 4)

- Art. 4 bepaalt niet welk recht van toepassing is, indien er geen sprake is van “detachering”
- Overweging 11 verwijst naar Rome I
 - Wellicht het effectieve werkland, maar
 - Kan ook plaats van vestiging zijn (*Voogsgeerd*)
 - Of nog een ander land (*Schlecker*)
- Het niet toepasselijke zijn van de detacheringsrichtlijn, garandeert niet de toepassing van het arbeidsrecht van land waar de werkzaamheden effectief worden uitgeoefend

Toegang tot informatie (art. 5)

- Lidstaten moeten de nodige informatiemaatregelen nemen i.v.m. de toepasselijke arbeidsvoorwaarden
 - Gratis
 - Transparant, begrijpelijk en volledig
 - Op afstand en elektronisch
 - Een officiële nationale website
 - In de meest relevant talen

Administratieve samenwerking (art. 6-8)

- Gedetailleerde regels over vooral uitwisseling van informatie over de omstandigheden van de detachering zowel in de oorsprongsstaat als in de ontvangststaat
 - Strikte tijdslimieten
 - Rol van de onderscheiden lidstaten
 - en van de Commissie
 - o.m. financiële steun voor de uitwisseling van ambtenaren

Toezicht op de naleving (art. 9)

- Niet-exhaustieve lijst van controlemaatregelen die de ontvangststaten mogen opleggen
 - vragen van gegevens voorafgaand aan de detachering
 - Bijhouden van documenten, eventueel in vertaling
 - Aanwijzen van contactpersoon
- Andere maatregelen mogelijk, maar onderworpen aan de *rule of reason*
- Maatregelen moeten gemeld worden en de Commissie controleert
- Zie arrest *De Clercq* van 3 december 2014

Handhaving

- Inspecties (art. 10)
 - Lidstaten moeten “*adequate en doeltreffende*” controles organiseren
 - Gebaseerd op risicobeoordeling
 - Geen Europese sociale inspectie

Handhaving

- Verdediging van rechten en faciliteren van klachten (art. 11)
 - Lidstaten moeten het mogelijk maken dat gedetacheerde werknemers tegen hun werkgevers klacht indien of een administratieve of gerechtelijke procedure starten
 - Onder meer met het oog op het ontvangen van achterstallig loon, van onrechtmatig ingehouden belastingen of socialezekerheidsbijdragen, de terugbetaling van buitensporige kosten in verhouding tot het nettoloon of de kwaliteit van de accommodatie

Handhaving: hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 12)

- De lidstaten mogen voorzien dat in onderaannemingsketens de contractant van wie de werkgever-dienstverrichter een directe onderaannemer is, door de gedetacheerde werknemers naast of in plaats van de werkgever aansprakelijk kan worden gesteld met betrekking tot het achterstallige nettoloon dat met het minimumloon overeenkomt (§1)
- De lidstaten moeten zulke hoofdelijke aansprakelijkheid invoeren in de sectoren opgesomd in de bijlage bij RI. 96/71 (bouwsector) (§2)
- In plaats hiervan kunnen de lidstaten andere passende handhavingsmaatregelen treffen die het in een directe onderaannemingsrelatie mogelijk maken effectieve en evenredige sancties tegen de aannemer te treffen en fraude en misbruik aan te pakken (§6)
- De lidstaten kunnen strengere aansprakelijkheidsregels vaststellen, en ook in andere sectoren (§4)
- De lidstaten kunnen bepalen dat een contractant die zich aan de door het nationale recht voorgeschreven zorgvuldigheidseisen heeft gehouden, niet aansprakelijk is (§5)

Handhaving van administratieve sancties (art. 13-19)

- Gedetailleerde regels over wederzijdse bijstand en erkenning van administratieve sancties
 - Inning van boetes in het land van vestiging van de detacherende onderneming

Evaluatie Handhavingsrichtlijn 2014/67

- Positief
 - Zij bestaat, ondanks politieke gevoeligheid
 - Bepalingen over toegang tot informatie, samenwerking tussen lidstaten, verdediging van rechten, grensoverschrijdende uitvoering van sancties
- Minder positief
 - Bepalingen over bestrijden van misbruik blijven “vrijblijvend”
 - Blijvende discussie over welke controlemaatregelen mogelijk zijn
 - Veel beleidsruimte voor lidstaten inzake hoofdelijke aansprakelijkheid
 - Geen Europese arbeidsinspectie

Sociale zekerheid

- Verordening 883/2004 (basisverordening)
- Verordening 987/2009 (toepassingsverordening)

Detachering werknemers (1)

- Art. 12, lid 1 Ver. 883/2004; art. 14, lid 1 en 2 Ver. 987/2009
- Bedoeling:
 - Juridische en administratieve complicaties bij kortdurende verandering van werkland vermijden
- Voorwaarden
 - Maximum 24 maanden
 - Ook van toepassing in het geval van aanwerving met het oog op de detachering
 - Maar: onderworpen zijn aan wetgeving uitzendstaat onmiddellijk voor de uitzending (1 maand)

Detachering werknemers (2)

- Werknemer normaal verbonden aan detacherende onderneming
 - Aanwerving met het oog op detachering kan
 - *Manpower; Fitzwilliam*
 - Organische band met uitzendende onderneming
 - Wie heeft het werkgeversgezag, o.a. betaling loon, bepaling inhoud AO en aard werkzaamheden, ontslagbevoegdheid
 - Detacheringsregel niet van toepassing indien zulke band bestaat met onderneming in ontvangende lidstaat

Detachering werknemers (3)

- Detacherende onderneming gewoonlijk actief in uitzendende staat
- Moeten wel “substantiële activiteiten” zijn (*Fitzwilliam*);
kijken naar reeks van factoren:
 - Plaats vestiging en hoofdkantoor;
 - Plaats waar admin. personeel
 - Plaats aanwerving gedetacheerde werknemers
 - “doorgaans” prestaties verrichten in uitzendende staat: niet “hoofdzakelijk”
 - Geen brievenbusfirma’s (*Plum*)

Detachering zelfstandigen

- Art. 12, lid 2 Ver. 883/2004 en Art. 14, lid 3 en 4 Ver. 987/2009
- 24 maanden
- “*werkzaamheden van gelijke aard*”
- Gewoonlijk verrichten van werkzaamheden anders dan in loondienst in uitzendende staat (*Banks – C-178/97*)
 - Reeds gedurende een bepaalde tijd zelfstandige
 - Aanhouden van nodige infrastructuur in uitzendende staat
 - Kantoor, betaling belastingen, inschrijving beroepskamers
- Verrichten van “werkzaamheden” in ontvangende staat
 - Kan aldaar zowel werkzaamheid in loondienst als werkzaamheid anders dan in loondienst zijn (*Banks*)

Rol A1 formulier (vroeger E 101)

- A1-document af te leveren door de bevoegde instelling van de uitzendende staat
 - Attesteert dat betrokken werknemer/zelfstandige onderworpen blijft aan de socialezekerheidswetgeving van de uitzendende staat
 - Is geen constitutieve voorwaarde voor de detachering
 - Kan eventueel na het begin van de detachering
 - Eenzijdig document

Rol A1 formulier

- Hof van Justitie (*Fitzwilliam; Banks*)
 - Het is de bevoegde instelling die een A1-document aflevert die moet nagaan of aan alle voorwaarden is voldaan
 - Indien de bevoegde instelling van de ontvangende lidstaat van mening is dat dit niet het geval is, mag deze niet eenzijdig dit A1-document naast zich neerleggen, maar moeten het zijn twijfels voorleggen aan de instelling die het document heeft afgeleverd;
 - indien dit niet leidt tot een oplossing (eventueel intrekking) dan moeten de betrokken lidstaten zich wenden tot de Administratieve Commissie
 - en desnoods tot het Hof van Justitie zelf

Rol A1 formulier

- Hof van Justitie
 - Ook de nationale rechter van de ontvangende lidstaat heeft geen bevoegdheid om de juistheid van het document te checken en het eventueel ongeldig te verklaren (*Herbosch Kiere*)
 - Rechtspraak HvJ bevestigd door Cassatie

Rol A1 formulier

- Besluit A2 Admin. Com. (12.6.2009)
 - Uitzendende lidstaat moet de betrokkenen inlichten over de voorwaarden die gelden en deze moeten de bevoegde instelling inlichten over eventuele veranderingen in de situatie (punt 5)
 - Bevoegde organen moeten controles uitoefenen (punt 6)
- Besluit A1 Admin. Com. (12.6.2009) (en art. 76 Ver. 883/2004)
 - Dialoog- en bemiddelingsprocedure tussen de lidstaten
 - Bemiddelingsprocedure bij de Admin. Com.: conciliatiecommissie
- Werkt in de praktijk met sommige lidstaten en nauwelijks of niet met andere
 - Frustraties bij heel wat lidstaten

Programmawet 2012

- Programmawet van 27 december 2012
 - Artikel 23: er is sprake van rechtsmisbruik indien de unierechtelijke bepalingen inzake de vaststelling van de toe te passen wetgeving niet worden nageleefd met de doelstelling zich te onttrekken aan de Belgische SZ
 - Art. 24: indien dit soort misbruik wordt vastgesteld: dan ambtshalve onderwerpen aan Belgische SZ
 - Art. 25 bewijs moet geleverd worden
 - Zie arresten *Fitzwilliam* en *Herbosch-Kiere*: eenzijdige onderwerping is niet aanvaardbaar
 - Inbreukprocedure Europese Commissie
 - Discussie over begrippen “fraude” en “misbruik”
- Rechtspraak Franse Hof van Cassatie
 - Houdt geen rekening met het voorhanden zijn van een A1 formulier

Besluit

- Wirwar van regels en rechtspraak
 - Komt ten goede aan diegenen die achterpoortjes zoeken
- Problemen met de handhaving
 - Postbusbedrijven
 - Schijnzelfstandigen en schijnvennoten
 - Echte of valse A1-verklaringen
 - Gebrekkige samenwerking tussen de diensten van de verschillende lidstaten
 - Niet betalen socialezekerheidsbijdragen in herkomstland
 - Regelrechte fraude
 -

Hartelijk dank voor uw aandacht